

Ad
AC

DOTTRINA

JEAN-SEBASTIEN BORGHETTI

LE NOUVEAU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS, ENTRE CONTINUITÉ ET EUROPEANISATION

SOMMAIRE:

1. Introduction. – 2. Les origines intellectuelles, les objectifs et les grandes orientations de la réforme. – 3. La teneur du nouveau droit des contrats. – 3.1. Dispositions liminaires. – 3.2. La formation du contrat. – 3.3. L'interprétation du contrat. – 3.4. Les effets du contrat. – 4. Les perspectives d'avenir. – 4.1. La mise en œuvre de la réforme. – 4.2. La poursuite du processus de réforme.

1. Introduction

Rien n'est éternel en ce bas monde, comme le confirme la réforme du droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations opérée par l'ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016¹. Alors que les dispositions du code civil relatives au droit des obligations étaient demeurées pratiquement inchangées depuis 1804², au point d'apparaître comme le seul élément véritablement stable de l'ordre juridique français au cours des deux derniers siècles³, elles viennent d'être profondément renouvelées par cette

^{*} Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II).

¹ Il s'agit donc d'une réforme opérée par le Gouvernement, sur autorisation du Parlement, mais sans que celui-ci se soit prononcé sur le détail des dispositions adoptées. Le ministère de la Justice a souhaité procéder ainsi, afin d'éviter les aléas du calendrier législatif et les initiatives intempestives de parlementaires ignorant du droit des obligations.

² Leur substance était même souvent bien antérieure à cette date, un grand nombre d'articles du Code ayant été purement et simplement recopiés des travaux d'auteurs plus anciens, et notamment du *Traité des obligations* (1761) de POTHIER.

³ JEAN CARBONNIER, l'un des plus grands civilistes français du 20^{ème} siècle, a pu parler du code civil comme de la «constitution civile de la France», dont la stabilité (et tout particuliè-

ordonnance, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016, soit à peine plus de six mois après sa publication.

Cette réforme était à vrai dire attendue depuis plusieurs années et elle n'a pas pris les juristes français par surprise. Un avant-projet de réforme, dont le contenu de l'ordonnance de février 2016 s'avère très proche, avait été publié en février 2015 et soumis à une large consultation⁴. Il se situait lui-même dans la continuité de plusieurs projets antérieurs, dont certains au moins avaient circulé dans les milieux juridiques. Le nouveau droit des français des obligations ne se veut en outre nullement révolutionnaire. S'il comporte évidemment des modifications et des innovations par rapport au droit antérieur, il constitue avant tout une œuvre de clarification et de confirmation.

L'objectif premier de la réforme est en effet de rendre le droit français des obligations plus lisible et plus accessible. La stabilité des textes au cours des deux siècles écoulés a eu comme contrepartie le développement d'une jurisprudence extrêmement riche et abondante, qui est venue compléter, préciser et parfois même corriger ou contredire les dispositions du code civil. La langue de celles-ci, héritée du siècle des Lumières, quoique particulièrement élégante⁵, les rendait par ailleurs dans certains cas difficilement compréhensibles pour un lecteur modérément cultivé. Il en était résulté une situation où la lecture du Code ne permettait plus du tout de se faire une idée, même approximative, de la réalité du droit français en matière d'obligations. Cette situation était jugée d'autant plus inopportune que, dans le contexte actuel de compétition mondiale des systèmes juridiques et d'harmonisation possible du droit européen des contrats, il paraissait essentiel de faciliter la connaissance et la compréhension du droit français par les juristes étrangers.

De ce point de vue, la réforme de 2016 est incontestablement une réussite. Alors que les anciennes dispositions relatives au droit des obligations compor-

rement celle de ses dispositions relatives au droit des obligations) contrastait avec les fréquents changements constitutionnels qu'a connus le pays entre la Révolution et l'instauration de la V^{ème} République en 1958.

⁴V. JEAN-SÉBASTIEN BORGHETTI, *Riforma in vista!*, in *AdC*, 2014, p. 336 ss.

⁵L'élégance et la précision de la langue du code civil ont été louées par de nombreux écrivains, notamment au XIX^{ème}: v. G. DE BROGLIE, *La langue du code civil*, allocation à la séance solennelle de l'Académie des sciences morales et politiques du 15 mars 2004 (www.academie-francaise.fr/media/838/download). Stendhal écrivait ainsi de Civita Vecchia le 30 octobre 1840 à Balzac: «En composant la Chartreuse [*La Chartreuse de Parme*], pour prendre le tour, je lisais chaque matin deux ou trois pages du Code civil, afin d'être toujours naturel: je ne veux pas, par des moyens factices, fasciner l'âme du lecteur».

taient des lacunes et étaient ordonnées selon une logique héritée de POTHIER, devenue difficile à saisir, le «nouveau» code civil adopte un plan beaucoup plus clair, qui se veut aussi plus pédagogique. Les dispositions relatives au droit commun des obligations (par opposition au droit des contrats spéciaux, auquel la réforme n'a pas touché) forment toujours les titres III, IV et IV bis du livre III⁶ du Code, mais ceux-ci ont été profondément remaniés. Le titre III est désormais consacré aux sources des obligations et envisage successivement, conformément à une présentation largement répandue en doctrine, le contrat, la responsabilité délictuelle (rebaptisée «extracontractuelle») et les autres sources d'obligation (c'est-à-dire la gestion d'affaires, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié). Le titre IV traite quant à lui du régime des obligations en général, c'est-à-dire des règles applicables à toutes les obligations indépendamment de leur source (paiement, autres causes d'extinction, circulation, etc.), tandis que le titre IV bis porte sur la preuve des obligations. L'intégralité des dispositions de ces trois titres a été remaniée, à l'exception de celles relatives à la responsabilité délictuelle, qui ont été reprises telles quelles du code antérieur⁷ et ont simplement fait l'objet d'une renumérotation, en attendant une possible modernisation du droit de la responsabilité dans son ensemble⁸. L'ampleur de la réforme et de la réorganisation opérée a en effet obligé à un changement complet de la numérotation des dispositions relatives au droit commun des obligations. Même les textes les plus célèbres du Code, comme l'ancien article 1134 relatif à la force obligatoire des contrats ou l'ancien article 1382 relatif à la responsabilité pour faute, en ont été victimes. Qui plus est, sauf en ce qui concerne la responsabilité délictuelle, il n'est pratiquement aucun texte antérieur à la réforme dont la rédaction n'ait été modifiée, même lorsque la règle posée est demeurée inchangée. Au total ce ne sont pas moins de 329 articles qui ont été modifiés ou introduits dans le code civil⁹.

⁶ Ce livre III constitue lui-même une sorte de fourre-tout, à l'intitulé trompeur («Des différentes manières dont on acquiert la propriété»), qui rassemble en fait toutes les règles qui ne relèvent ni du droit des personnes (livre I), ni du droit des biens (livre II), ni du droit des sûretés (livre IV, créé en 2006, date avant laquelle les dispositions relatives au droit des sûretés étaient elles aussi incluses dans le livre III).

⁷ Indépendamment de la réforme opérée par l'ordonnance de février 2016, la loi n. 2016-1087 a introduit dans ce sous-titre de nouvelles dispositions relatives à la réparation du préjudice écologique (art. 1246 à 1252 nouv.)

⁸ V. *infra*, § 4.2.

⁹ Sans compter les 23 articles relatifs à la responsabilité délictuelle, qui n'ont fait l'objet que d'une renumérotation.

L'ampleur de cette réforme interdit d'en faire ici un examen détaillé et nous nous concentrerons sur le droit des contrats, ce à quoi nous invitent tout à la fois le titre de cet annuaire et le fait que c'est dans ce domaine que l'on observe les évolutions les plus marquantes¹⁰. Même à s'en tenir aux contrats, au demeurant, il est difficile de prétendre faire en quelques pages à la fois la synthèse et l'analyse d'une réforme aussi importante, qui a en outre déjà fait l'objet d'une littérature très abondante, non seulement en France mais aussi à l'étranger¹¹. Il nous paraît toutefois utile de préciser les origines intellectuelles de la réforme, ses objectifs et ses grandes orientations (2), avant de présenter la teneur du nouveau droit des contrats (3) et d'envisager les perspectives qui s'ouvrent désormais (4).

2. Les origines intellectuelles, les objectifs et les grandes orientations de la réforme

Le texte de la réforme adoptée en 2016 puise ses origines dans deux projets doctrinaux concurrents, qui furent tous deux rédigés après que l'idée d'une réforme du droit des obligations eut été relancée à l'occasion de la célébration du bicentenaire du code civil, en 2004¹². Le premier, couramment

¹⁰ Le droit de la preuve des obligations a été profondément modernisé dans sa présentation, mais il n'a pratiquement pas été modifié sur le fond, même si de nombreux articles depuis longtemps sans objet ont été supprimés. Quelques modifications significatives ont en revanche été apportées au droit du régime des obligations. Elles consistent notamment en la simplification de la cession de créance (art. 1321 nouv. et s.), l'introduction de la reprise de dette (art. 1327 nouv. et s.), la modernisation de la *mora creditoris* (art. 1345 nouv. et s.), l'extension du domaine de la subrogation légale au profit de celui qui paie la dette d'autrui (art. 1346 nouv.) et l'introduction de règles légales sur les restitutions (art. 1352 nouv. et s.).

¹¹ Pour s'en tenir à la France, pratiquement tous les manuels de droit des obligations ont déjà été mis à jour de la réforme. Plusieurs commentaires de la réforme ont par ailleurs été publiés, dont certains analysent une à une toutes les nouvelles dispositions. Il convient notamment de citer G. CHANTEPIE-M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016; F. CHENEDE, *Le nouveau Droit des obligations et des contrats. Consolidations – Innovations – Perspectives*, Dalloz, 2016; O. DESHAYES-TH. GENICON-Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016. A l'étranger, on signalera en particulier J. CARTWRIGHT-S. WHITTAKER (dir.), *The Code Napoleon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms*, Hart Publishing, 2017; F. BIEN-J.-S. BORGHETTI (dir.), *Die Reform des französischen Vertragsrechts*, Mohr Siebeck, 2017.

¹² V. JEAN-SÉBASTIEN BORGHETTI, *Progetti di riforma del diritto dei contratti*, in AdC, 2009, p. 524 ss.

appelé projet Catala, du nom du professeur qui l'avait initié, avait clairement adopté le parti de la continuité¹³. Reprenant le plan précis du code civil, en dépit des critiques anciennes adressées à celui-ci, il proposait pour l'essentiel une «codification à jurisprudence constante», c'est-à-dire une intégration dans le Code des règles développées par les tribunaux, sans modifier, ou à peine, ni le cadre conceptuel du droit des contrats, ni les solutions du droit positif. Le deuxième projet, dit projet Terré, du nom là encore de son initiateur, avait adopté une approche plus novatrice¹⁴. Nourri notamment des projets européens d'harmonisation du droit des contrats, il se voulait tout à la fois fidèle à la tradition juridique française et plus soucieux de rénovation, à travers des innovations conceptuelles et la modification de certaines règles pourtant bien ancrées en droit positif.

Le ministère français de la Justice (aussi nommé Chancellerie), en charge de préparer la réforme du droit des obligations, a élaboré à partir de ces deux textes un premier projet en 2008¹⁵, qui a ensuite été remanié à de nombreuses reprises, pour finalement aboutir à l'ordonnance de 2016. De très nombreuses personnes ont contribué à ce travail, qui s'est étalé sur près de dix ans: au premier chef les magistrats détachés à la Chancellerie et qui composent le «bureau du droit des obligations», en charge de la réforme (la composition du bureau a cependant beaucoup varié au cours de la période); mais aussi des professeurs de droit, des représentants des professions judiciaires, du patronat et des consommateurs, qui ont été consultés ou sont intervenus de manière officieuse ou officielle, sur l'ensemble du projet ou sur des points précis; et, enfin, tous ceux qui ont présenté des observations dans le cadre de la consultation publique ouverte en 2015. Le texte final de la réforme ne peut donc être assigné à un auteur ou un groupe d'auteurs précis, qui auraient adopté une philosophie ou une orientation explicites. Il s'agit bien plutôt d'une œuvre composite, élaborée à partir d'un compromis initial entre les projets Catala et Terré et ayant fait l'objet par la

¹³ P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2005.

¹⁴ F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009. Les parties du projet relatives à la responsabilité civile et au régime des obligations furent publiées respectivement en 2011 et 2013.

¹⁵ Ce texte n'a jamais été rendu public officiellement, mais il a circulé dans les milieux universitaires. La partie du projet Terré consacrée au droit des contrats n'avait par ailleurs pas encore été publiée lors de l'élaboration de ce premier projet gouvernemental, mais la Chancellerie avait connaissance de sa substance.

suite d'une infinité de retouches, mais sans qu'une ligne directrice claire ait jamais été fixée¹⁶.

Sur le fond, le trait le plus caractéristique du nouveau droit des contrats nous paraît être la continuité avec le droit antérieur. Un certain nombre de changements ou d'innovations ont certes été introduits par l'ordonnance de 2016, mais ceux-ci ont plus opéré des ajustements qu'ils n'ont bouleversé la physionomie du droit français des contrats. De ce point de vue, on peut dire que la réforme n'a pas d'orientation idéologique très prononcée, ou plutôt qu'elle perpétue le compromis déjà en vigueur. Alors que le débat doctrinal français a été marqué dans les années 1990 et 2000 par une opposition (il est vrai parfois un peu forcée) entre un courant «solidariste», insistant sur la nécessité de protéger les parties faibles, et un courant libéral, mettant en avant le respect de la volonté manifestée par les parties, le droit positif a paru donner des gages alternativement à l'un et à l'autre, et la réforme ne fait pas autre chose. Elle contient ainsi plusieurs règles dont la finalité est manifestement d'améliorer la protection de la partie faible, comme la généralisation du contrôle des clauses abusives¹⁷, mais elle insiste en même temps sur le principe de liberté contractuelle et renforce sensiblement les pouvoirs du créancier en cas d'inexécution du contrat¹⁸. De même, s'agissant de la place du juge dans la vie des contrats, certaines dispositions vont dans le sens de son renforcement, et d'autres dans celui de son affaiblissement.

Cette ambivalence se retrouve dans les discours officiels qui ont accompagné l'adoption de la réforme, et notamment le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016, qui constitue le commentaire par la Chancellerie de son propre texte (mais dénué de toute valeur normative officielle)¹⁹. Le nouveau droit des contrats a parfois été présenté comme devant réaliser tout et son contraire: améliorer la lisibilité du droit français, le moderniser, développer son attractivité internationale, améliorer la sécurité juridique, tout en confirmant la «tradition humaniste du droit français» et en renforçant la protection de la partie faible. En réalité, la réforme est une œuvre de compromis, dans la réalisation de laquelle

¹⁶ Pour une analyse détaillée du processus de la réforme, v. F. ANCEL-B. FAUVARQUE-COSSON-J. GEST, *Aux Sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017.

¹⁷ V. *infra*, § 3.2

¹⁸ V. *infra*, § 3.3.

¹⁹ Accessible à l'adresse <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539>.

toutes ces considérations sont entrées en ligne de compte, et d'autres encore, mais sans que se dégage de ligne directrice claire, sinon celle de l'amélioration de l'accessibilité du droit français.

Cette volonté d'accessibilité, combinée avec l'influence des projets européens d'harmonisation et la tendance au compromis qui irrigue la réforme, a conduit à un rapprochement assez net du droit français avec ce que l'on pourrait nommer le droit européen des contrats, entendu comme ce droit virtuel qui constituerait une forme de synthèse des droits nationaux européens et qui s'incarne dans divers instruments aux statuts divers, tel que les Principes de droit européen des contrats (PEDC), ou le projet (désormais abandonné) de droit commun européen de la vente (DCEV). Cette convergence vers le «standard» européen se manifeste sur de nombreux points, comme par exemple l'abandon de la cause comme condition de validité du contrat²⁰, un assouplissement du principe d'intangibilité contractuelle en cas de changement de circonstances²¹ ou un plus grand encadrement du droit du créancier d'obtenir l'exécution en nature²². Il est remarquable, cependant, que ce rapprochement ne résulte pas d'abord d'une volonté délibérée des différents acteurs ayant contribué à l'élaboration de la réforme, mais bien plutôt d'un désir un peu vague de "modernisation". Le paradoxe est que la réforme, tout en voulant redonner toute sa place au droit français dans le concert contractuel européen, vient dans une certaine mesure gommer ce qui faisait sa spécificité.

3. La teneur du nouveau droit des contrats

L'article 1100, alinéa 1^{er}, nouveau du code civil, première disposition du nouveau titre III du livre III consacré aux sources des obligations, énonce que «les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi». Il reprend ainsi la distinction couramment faite dans la doctrine française entre les actes juridiques et les faits juridiques. Les premiers, définis à l'article 1100-1, alinéa 1^{er}, nouveau, consistent en des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Il s'agit

²⁰ V. *infra*, § 3.2.

²¹ V. *infra*, § 3.2.

²² V. *infra*, § 3.3.

essentiellement des contrats, mais aussi des engagements unilatéraux de volonté, dont la validité avait longtemps été discutée sous l'empire du Code de 1804 et se trouve ici confirmée, même s'il s'agit d'une source d'obligations ayant vocation à rester subsidiaire. Les faits juridiques, quant à eux, sont définis en quelque sorte par défaut, comme «des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit» (art. 1100-2, al. 1^{er}, nouv.). Ils englobent concrètement ces deux autres sources d'obligations que sont, en droit français, la responsabilité délictuelle et les quasi-contrats²³. Cette présentation des sources d'obligations est cependant très formelle et ne reflète guère l'approche concrète de la matière, qui se manifeste quant à elle dans le découpage du titre III. Celui-ci envisage en effet successivement le contrat (sous-titre I), la responsabilité délictuelle, rebaptisée extracontractuelle (sous-titre II), et les autres sources d'obligations (sous-titre III).

Le sous-titre I, qui seul retiendra ici notre attention, est organisé d'une manière qui se veut à la fois pédagogique et chronologique. Il est divisé en quatre chapitres, dont nous envisagerons successivement la teneur, et qui sont consacrés respectivement aux dispositions liminaires (3.1), à la formation du contrat (3.2), à l'interprétation du contrat (3.3) et aux effets du contrat (3.4)²⁴.

3.1. Dispositions liminaires

Ce chapitre premier s'ouvre sur une définition du contrat: «Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations» (art. 1101 nouv.). Il s'agit d'une définition relativement restrictive, dans la mesure où elle laisse entendre que les accords de volonté destinés à produire des effets de droit mais dénués d'effets «obligationnels», comme par exemple la convention créant sans contrepartie un droit réel sur la chose d'autrui, ne seraient pas des contrats. En pratique, cependant, ces subtilités sont de peu d'importan-

²³Le droit français n'ayant pas renoncé à l'usage de cette catégorie conceptuelle (v. l'art. 1300 nouv. c. civ.), en dépit des critiques qu'elle suscite.

²⁴Le nouveau code civil contient aussi des dispositions consacrées aux restitutions (sujet non traité dans le code de 1804) qui, bien que concernant prioritairement le contrat, sont renvoyées dans le titre consacré au régime des obligations (art. 1352 nouv. et suiv. c. civ.). Il n'en sera pas question ici.

ce et il ne fait pas de doute que, aujourd'hui comme hier²⁵, les règles du droit des contrats s'appliqueront à tous les accords de volonté destinés à produire des effets de droit.

Les trois articles qui suivent énoncent trois principes fondamentaux, à savoir la liberté contractuelle (art. 1102 nouv.), la force obligatoire des contrats légalement formés (art. 1103 nouv.) et l'exigence que les contrats soient négociés, formés et exécutés de bonne foi (art. 1104 nouv.). Aucun de ces principes n'est nouveau, mais celui de liberté contractuelle ne figurait jusqu'à présent pas explicitement dans le Code²⁶. En outre, l'ancien article 1134, qui affirmait à la fois la force obligatoire des conventions légalement formées (al. 1^{er}) et l'exigence de bonne foi (al. 3), ne mentionnait celle-ci qu'au stade de l'exécution. Le champ d'application de la bonne foi se trouve donc formellement étendu, même si cette extension était déjà acquise en jurisprudence.

L'article 1105 nouveau rappelle quant à lui le principe selon lequel les règles du droit commun des contrats ont vocation à s'appliquer à tous les contrats, quelle que soit leur dénomination, sous réserve de règles spéciales contraires. Les sept articles suivant définissent différents types de contrat, auxquels il est fait référence dans les autres chapitres du sous-titre²⁷.

3.2. La formation du contrat

Le chapitre II envisage successivement dans quatre sections distinctes la conclusion du contrat, sa validité, sa forme et les sanctions d'un défaut de validité. La troisième section rappelle essentiellement que les contrats sont par principe consensuels, quoiqu'il existe par exception des contrats dits solennels, dont la validité requiert la forme écrite (art. 1172 nouv.). Il ne s'agit là que de rappels, qui n'appellent pas de commentaire particulier²⁸. Seules les sections un, deux et quatre seront donc envisagées ici.

²⁵Le Code de 1804 définissait en effet le contrat de manière encore plus restrictive, comme l'accord de volontés *créant* des obligations (art. 1101 anc.).

²⁶Sur la liberté contractuelle et son affirmation par la jurisprudence française, v. JEAN-SEBASTIEN BORGHETTI, *La libertà contrattuale e i suoi limiti*, in *AdC*, 2013, p. 285 ss.

²⁷Ces définitions ne présentent pas d'originalité ou de difficultés particulières, sauf peut-être celle du contrat d'adhésion (art. 1110, al. 2, nouv.), sur laquelle v. *infra*, § 3.2.

²⁸La section contient par ailleurs quelques dispositions sur le contrat conclu par voie électronique (art. 1174 à 1177 nouv.), reprises de l'ancien Code (art. 1108-1, 1108-2, 1369-10 et 1369-11 anc.) et issues d'une loi du 21 juin 2004 et d'une ordonnance du 16 juin 2005.

La conclusion du contrat

De manière surprenante, le Code de 1804 ne contenait aucune disposition sur le processus de conclusion du contrat. La jurisprudence avait dû combler cette lacune, développant un corps de règles important sur les négociations contractuelles, les avant-contrats, l'offre et l'acceptation. La réforme reprend pour l'essentiel les solutions dégagées par les tribunaux, en les précisant ou en les corrigeant sur certains points. C'est sans doute dans cette section que se manifeste le plus clairement la volonté de la Chancellerie de confirmer et de rendre plus accessible le droit antérieur, à travers une «codification à jurisprudence constante». Seront ici envisagées successivement les négociations, l'offre et à l'acceptation, et enfin le pacte de préférence et à la promesse unilatérale, qui forment les trois premières sous-sections de cette première section²⁹.

Les négociations

Le nouveau Code consacre trois articles aux négociations. Le premier (art. 1112 nouv.) affirme le principe de liberté des négociations précontractuelles, dans le respect du principe de bonne foi (al. 1^{er}). Il confirme en outre la solution jurisprudentielle selon laquelle, «en cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu» (al. 2). La référence à la mesure du préjudice réparable est intéressante, car le droit français est en général peu disert sur cette question. Surtout, le nouveau texte s'écarte de la jurisprudence antérieure en ce que celle-ci excluait la prise en compte des avantages attendus du contrat non conclu sur la base d'un raisonnement causaliste³⁰. La référence implicite à la distinction de l'intérêt négatif et de l'intérêt positif nous paraît nettement préférable et constitue incidemment une première dans la législation française³¹.

L'article 1112-1 nouveau consacre un autre acquis de la jurisprudence, selon lequel une partie peut être tenue d'informer l'autre, avant la conclu-

²⁹ Celle-ci contient en outre une quatrième sous-section portant sur les dispositions propres aux contrats conclus par voie électronique (art. 1125 à 1127-6 nouv.), qui reprend exactement les art. 1369-1 à 1369-9 anc., issus d'une ordonnance du 16 juin 2005, et ne sera pas examinée ici.

³⁰ Sur cette jurisprudence et sur les insuffisances du raisonnement causaliste, v. JEAN-SEBASTIEN BORGHETTI, *Rottura delle trattative e perdita di chances*, in *AdC*, 2012, p. 405 ss.

³¹ La même référence implicite se retrouve à l'art. 1116, al. 3; nouv. (v. *infra*).

sion du contrat, d'un certain nombre d'éléments en sa possession (indépendamment des exigences résultant de textes législatifs spéciaux). Les décisions sont désormais innombrables qui mentionnent ce devoir précontractuel d'information et sanctionnent sa violation, le cas échéant. Le problème, cependant, est que la Cour de cassation n'a jamais donné de définition à la fois générale et précise de ce devoir, se contentant d'ordinaire de constater son existence, ou au contraire son absence, dans certaines circonstances. La Chancellerie a ainsi été confrontée à une tâche redoutable, consistant à synthétiser en une formule unique une multitude de solutions éparées. Le résultat est assez contesté. L'alinéa 1^{er} de l'article énonce que «celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant». La formule est évidemment très générale et les deux alinéas suivants d'efforcent d'en restreindre la portée, en précisant que ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation (al. 2), d'une part, et qu'«ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties» (al. 3), d'autre part. En dépit de ces précisions, beaucoup craignent que le nouvel article 1112-1 ne conduise à une extension du devoir précontractuel d'information par rapport aux solutions de la jurisprudence antérieures à la réforme. Le cas échéant, cela sera sans doute moins la conséquence d'une volonté délibérée des auteurs du texte que l'effet mécanique de la substitution d'une formule générale à des décisions ponctuelles. L'article comporte encore trois autres alinéas, qui fixent la charge de la preuve (al. 4)³², énoncent le caractère d'ordre public de ce devoir (al. 5) et précisent que sa violation engage la responsabilité délictuelle de son auteur et peut aussi conduire à l'annulation du contrat si elle entraîne un vice du consentement (al. 6).

L'offre et l'acceptation

Bien que l'ancien Code n'en dît rien, il n'a jamais été discuté en droit français que la conclusion du contrat résulte en principe de la rencontre d'une offre et d'une acceptation. C'est à la jurisprudence qu'est revenue la tâche de fixer le régime de ces deux manifestations de volonté. Elle a adopté

³² «Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie».

une définition large de l'offre, puisque celle-ci est caractérisée dès lors qu'une personne manifeste sa volonté de s'engager et indique les éléments essentiels du contrat envisagé, peu important qu'elle s'adresse à une ou plusieurs personnes déterminées, ou à un public indéterminé. C'est ainsi que le droit français, contrairement à d'autres droits nationaux, considère que le simple fait d'exposer un produit en magasin avec une indication de prix, ou de le faire figurer dans un catalogue avec un prix, constitue une offre. En revanche, la Cour de cassation n'a jamais totalement tranché le débat entre les deux conceptions de la nature de l'offre, et donc de sa force obligatoire, qu'illustrent respectivement le droit allemand et le droit anglais: d'un côté un engagement unilatéral de volonté qui oblige son auteur durant le temps fixé ou à défaut durant un délai raisonnable; de l'autre une déclaration qui n'engage pas son auteur tant qu'elle n'a pas été acceptée et qui peut être librement révoquée à tout moment. Cela se traduisait par des solutions hésitantes quant aux conséquences d'une révocation de l'offre ou de la survenance d'une incapacité du pollicitant durant le délai fixé pour l'acceptation de l'offre.

La réforme se situe de ce point de vue dans la parfaite continuité du droit positif. Elle affirme tout d'abord, sans surprise, que le contrat se conclut par la rencontre d'une offre et d'une acceptation (art. 1113 nouv.). Elle consacre également une définition large de l'offre, à l'article 1114: «L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation». De manière plus surprenante, même l'ambiguïté relative à la force obligatoire de l'offre est conservée. L'article 1115, alinéa 1^{er}, dispose que l'offre «ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable», ce qui pourrait suggérer qu'elle constitue un engagement unilatéral de volonté. Cette interprétation est toutefois immédiatement démentie par l'alinéa suivant, qui précise que «la rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat». Le troisième alinéa ajoute que cette rétractation «engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat». L'affirmation du caractère obligatoire de l'offre par le pollicitant est donc largement contredite par l'énoncé des effets d'une rétractation abusive. Non seulement celle-ci est efficace, mais elle oblige seulement le pollicitant à indemniser le bénéficiaire de l'offre à hauteur de l'intérêt négatif.

Le reste du régime de l'offre et de l'acceptation ne présente guère d'originalité et se situe dans la ligne tout à la fois du droit français antérieur et des projets européens d'harmonisation. On signalera simplement que le droit français prévoit désormais que le contrat est conclu au lieu et à la date de la réception de l'acceptation par le pollicitant (art. 1121 nouv.)³³. Une disposition spéciale est par ailleurs consacrée à l'hypothèse bien connue du «*battle of forms*», qui prévoit que «en cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet».

Le pacte de préférence et la promesse unilatérale

Le pacte de préférence et la promesse unilatérale sont deux avant-contracts, très courants en pratique, dont le code de 1804 ne faisait évidemment pas mention, mais qui ont beaucoup occupé les tribunaux, notamment au cours des dernières décennies.

Selon les termes de l'article 1123, alinéa 1^{er}, nouveau, le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter. Il s'agit en fait d'un droit de préemption contractuel, qui se rencontre fréquemment en matière immobilière mais aussi, par exemple, dans les rapports entre actionnaires d'une même société. Si la validité de ce contrat n'a jamais été discutée, la sanction de sa violation a en revanche donné lieu à des hésitations en jurisprudence. Reprenant le dernier état de celle-ci, la réforme prévoit trois sanctions possibles (art. 1123, al. 2).

La première et la plus évidente consiste en l'octroi dommages et intérêts. Le Code, cependant, pas plus que la jurisprudence antérieure, ne dit clairement comment doit être calculé le montant de ceux-ci. Le bénéficiaire peut vraisemblablement demander à être indemnisé à hauteur de l'avantage qu'il aurait tiré du contrat envisagé, mais à condition qu'il prouve qu'il aurait effectivement conclu ce contrat si la proposition lui en avait été faite. Pour couper court aux discussions, le plus prudent est sans doute d'insérer dans le contrat de pacte de préférence une clause d'indemnisation forfaitaire, fixant par avance le montant des dommages et intérêts dus par le promettant en cas de violation du pacte³⁴. Deux autres sanctions de la violation du

³³ La jurisprudence retenait jusqu'ici de la date et le lieu de l'émission.

³⁴ V. l'art. 1231-5 nouv. c. civ.

pacte sont par ailleurs envisageables, puisque le Code prévoit que «lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu». La nullité du contrat conclu au mépris du pacte et la substitution du bénéficiaire du pacte au tiers contractant apparaissent ainsi comme deux sanctions alternatives de la violation du pacte, soumises à la condition commune que le tiers ait connu à la fois l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. La preuve de cette connaissance est cependant difficile à apporter, du moins si l'on en juge par la jurisprudence antérieure à la réforme³⁵. La reconnaissance d'une faculté de substitution peut surprendre, ne serait-ce que parce qu'elle porte atteinte à l'effet relatif des contrats, mais elle traduit à la fois la conception assez souple que le droit français a de ce principe et son souci de renforcer l'efficacité du pacte de préférence.

La réforme a par ailleurs introduit, en lien avec le pacte de préférence, une action interrogatoire, prévue aux alinéas 3 et 4 de l'article 1123: «Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. / L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat». Sans évoquer toutes les questions que pose ce texte, on signalera simplement qu'il pourrait *de facto* créer à la charge du tiers une obligation de se renseigner, ou en tout cas de s'informer des intentions du bénéficiaire du pacte lorsqu'il a connaissance de l'existence de celui-ci. L'action interrogatoire pose également problème lorsque le pacte de préférence contient une clause de confidentialité. Celle-ci permettra-t-elle au bénéficiaire, en cas de non-réponse à l'interrogation du tiers, d'échapper à la sanction fulminée par l'article 1123, alinéa 4? La réponse n'est pas évidente.

L'article 1124 est quant à lui consacré à la promesse unilatérale de contrat, que d'autres systèmes juridiques nomment de manière plus parlante le contrat d'option. Il s'agit en effet du contrat par lequel une partie accorde à l'autre le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le

³⁵V. not. Cass. 3^e civ., 25 mars 2009, *Bull. civ.* III, n. 68, *Defrénois* 2009. 1276, obs. E. SAUVAUX, *RTD civ.* 2009. 337, obs. P.-Y. GAUTIER, 524, obs. B. FAGES, *RDC* 2009. 991, obs. Y.-M. LAITHIER.

consentement du bénéficiaire (art. 1124, al. 1^{er}). Cette figure contractuelle est extrêmement classique, mais elle posait problème depuis un arrêt de 1993³⁶, par lequel la Cour de cassation avait décidé que le promettant pouvait valablement révoquer l'option tant que celle-ci n'avait pas été acceptée par le bénéficiaire, et donc faire obstacle à la conclusion du contrat projeté. Bien la justification invoquée ait évolué au cours du temps, la Cour de cassation a maintenu cette solution depuis lors, affirmant que le promettant qui révoquait abusivement le contrat pouvait seulement être condamné à des dommages et intérêts – sans d'ailleurs préciser clairement comment ceux-ci devaient être calculés³⁷. Cette solution était très critiquée en doctrine et la réforme y a sans surprise mis un terme. L'article 1124, alinéa 2, dispose désormais que «la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis». L'alinéa 3 ajoute que le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul.

Si le nouveau texte renforce incontestablement l'efficacité de la promesse en théorie, il n'est pas sûr que son effet pratique soit considérable. En effet, à chaque fois que le promettant aura conclu le contrat projeté avec un tiers avant que le bénéficiaire de l'option n'ait levé celle-ci, il sera en pratique difficile pour le bénéficiaire d'obtenir la nullité de ce contrat, puis la conclusion d'un nouveau contrat à son profit. Il paraît donc utile d'introduire ici aussi des clauses fixant par avance le montant des dommages et intérêts dus par le promettant au bénéficiaire dans l'hypothèse où il contracterait avec un tiers au mépris de l'option consentie.

La validité du contrat

La section consacrée à la validité du contrat s'ouvre avec l'article 1128 nouveau, qui pose trois conditions à la validité d'un contrat: le consentement des parties, leur capacité de contracter et un contenu licite et certain. Une comparaison avec l'ancien article 1108 permet de saisir immédiatement l'une des innovations conceptuelles les plus discutées de la réforme: l'exigence traditionnelle que le contrat ait un objet certain et, surtout, une

³⁶ Cass. civ. 3^e, 15 décembre 1993, n. 91-10.199, *Bull. civ.* III, n. 174, *D.* 1994. 507, note F. BENAC-SCHMIDT, 230, obs. O. TOURNAFOND, et 1995. 87, obs. L. AYNES; *RTD civ.* 1994. 584, obs. J. MESTRE, *JCP* 1995. II. 22366, note D. MAZEAUD.

³⁷ Sur cette jurisprudence, v. JEAN-SEBASTIEN BORGHETTI, *Reirements incerti e progetto di uno strumento opzionale*, in *AdC*, 2011, p. 384.

cause licite, a été remplacée par une condition unique, tenant à l'existence d'un contenu licite et certain. Ce changement a fait couler beaucoup d'encre et suscité un débat animé en doctrine. Certains y ont vu une démission culturelle face à l'impérialisme juridique du *common law* ou du droit allemand, quand d'autres se réjouissent de l'abandon d'une notion mal définie, source d'insécurité jurisprudentielle³⁸. En pratique, cependant, l'abandon du concept de cause ne devrait pas changer grand-chose aux solutions du droit français. C'est que nous verrons en étudiant les règles relatives au contenu du contrat, après avoir envisagé celles relatives au consentement et à la capacité, chacune des conditions posées à la validité du contrat faisant l'objet d'une sous-section distincte.

Le consentement

La réforme n'apporte aucun bouleversement sur la question du consentement et des vices qui peuvent l'affecter, dont l'ancien Code traitait déjà de manière assez précise. Le droit français reconnaît toujours trois vices du consentement: l'erreur, le dol et la violence (art. 1130 nouv.).

Les textes sur l'erreur synthétisent les solutions du droit positif³⁹.

En ce qui concerne le dol, la réforme étend la possibilité d'annuler le contrat en admettant que puisse être sanctionné non seulement le dol commis par le contractant ou son représentant, mais aussi celui émanant d'un «tiers de connivence» (art. 1138, al. 2, nouv.). L'apport principal de la réforme consiste toutefois dans la consécration du dol par réticence, dont l'ancien Code ne faisait pas mention, mais que la jurisprudence admettait depuis plusieurs décennies. L'article 1137, alinéa 2, nouveau dispose ainsi: «Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie». La difficulté posée par ce texte est qu'il ne renvoie pas au devoir précontractuel d'information posé par l'article 1112-1 nouveau⁴⁰, ouvrant ainsi la possibilité qu'un dol par réticence soit retenu en cas de dissimulation intentionnelle par l'une des parties d'une information détermi-

³⁸V. JEAN-SEBASTIEN BORGHETTI, *Vivacità della causa e interrogativi sul rapporto tra il contratto e la responsabilità extracontrattuale*, in *AdC*, 2010, p. 415 ss.

³⁹La notion d'erreur sur les qualités essentielles de la prestation (art. 1132 nouv.) est toutefois substituée à celle d'erreur sur la substance de la chose (art. 1110 anc.), trop restrictive, mais qu'employait l'ancien Code à la suite de POTHIER.

⁴⁰V. *supra*.

nante pour l'autre partie, mais que la première partie n'avait pourtant pas à communiquer en vertu de l'article 1112-1 (par exemple une information sur la valeur de la prestation fournie). En d'autres termes, le devoir précontractuel d'information, déjà conçu de manière très large, pourrait se trouver encore élargi par le jeu de l'article 1137, alinéa 2. Il faut cependant espérer que les juges feront preuve en la matière de modération.

S'agissant de la violence, enfin, le réforme consacre les solutions du droit antérieur et prévoit expressément une forme particulière de violence, inspirée de la jurisprudence de la Cour de cassation, habituellement qualifiée de violence économique. L'article 1143 nouveau dispose: «Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif». Il est intéressant de relever que le droit français envisage sous l'angle du vice de violence des situations qui, dans d'autres systèmes juridiques, sont appréhendées à travers les atteintes aux bonnes mœurs (v. p. ex. le §138, al. 2, BGB), la lésion qualifiée (v. p. ex. l'art. 21 du code des obligations suisse) ou un vice du consentement autonome (v. p. ex. l'art. 51 DCEV, qui distingue l'exploitation déloyale de la menace). Sur le fond, cependant, la règle énoncée à l'article 1143 (et qui a été particulièrement discutée durant la préparation de la réforme) ne devrait pas entraîner de profonde modification du droit français.

La capacité et la représentation

La sous-section 2 traite de la capacité et de la représentation. Il n'existait pas jusqu'à ici en droit français de dispositions générales sur la représentation et il a été jugé opportun d'en introduire à l'occasion de la réforme. En l'absence de partie générale dans le code civil, la sous-section relative à la capacité a paru être le moins mauvaise en droit où les placer.

Les articles sur la capacité n'apportent aucune modification significative aux règles existantes, mais constituent une reformulation bienvenue des anciennes dispositions du Code (art. 1304 anc. et suiv.), qui ne brillaient pas par leur clarté. Il faut simplement signaler que l'article 1145, alinéa 2, nouveau évoque aussi la capacité des personnes morales, à travers une formule relativement restrictive qui suscite quelque inquiétude chez les spécialistes de droit des sociétés: «La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles».

Quant aux dispositions sur la représentation, si elles sont nouvelles en leur principe, leur substance l'est beaucoup moins, puisqu'elles reprennent largement les solutions dégagées par la jurisprudence à propos du contrat de mandat. Une réelle innovation consiste toutefois en la création d'une action interrogatoire, par laquelle le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure l'acte envisagé (art. 1158 nouv.). L'article 1161 nouveau prévoit par ailleurs qu'un représentant ne peut agir pour le compte de deux parties, à peine de nullité du contrat conclu, sauf autorisation de la loi ou des personnes représentés. Cette disposition, destinée à prévenir les conflits d'intérêt, suscite une certaine inquiétude dans les milieux d'affaires, compte tenu de l'usage répandu de la double représentation dans les transactions commerciales.

Le contenu du contrat

Le nouveau droit français, comme l'ancien, envisage le contenu du contrat essentiellement sous l'angle de la validité de celui-ci. Il ne dit presque rien de la manière dont ce contenu doit être déterminé, et occulte notamment complètement la question des conditions d'inclusion dans le contrat d'obligations mentionnées dans les déclarations ou documents précontractuels. Il est regrettable que la réforme ne se soit pas inspirée sur ce point des projets européens d'harmonisation (v. p. ex. l'art. 69 DCEV).

La réforme a donc substitué l'exigence d'un contenu licite et certain du contrat à celles d'un objet certain et d'une cause licite. Afin d'éviter toute rupture avec le droit positif, cependant, le nouveau Code reprend dans diverses dispositions les solutions auparavant fondées sur le mécanisme de la cause, et notamment l'exigence que le contrat ne déroge pas à l'ordre public (art. 1162 nouv.), la nécessité que la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage dans un contrat à titre onéreux ne soit pas illusoire ou dérisoire (art. 1169 nouv.) et l'impossibilité de stipuler une clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur (art. 1170 nouv.). Cela conduit un certain nombre d'auteurs à estimer que, si la réforme a abandonné le concept de cause, elle a conservé la réalité de celle-ci, à travers ses diverses applications. Le fait est, cependant, qu'en renonçant aux textes très généraux par lesquels le Code de 1804 posait l'exigence d'une cause, le nouveau Code ôte à la jurisprudence un instrument souple, dont celle-ci avait fait parfois un usage audacieux pour lutter contre certaines formes de désé-

équilibres dans les contrats⁴¹ et qui aurait pu donner lieu à de nouvelles applications inattendues.

La sous-section consacrée au contenu du contrat traite aussi des conditions dans lesquelles celui-ci peut être déterminé unilatéralement par l'une des parties. Sous l'empire du droit antérieur, un débat avait surgi sur le point de savoir dans quelle mesure les parties sont tenues de déterminer précisément l'objet des obligations principales prévues par le contrat lors de la conclusion de celui-ci, ou si elles sont libres d'abandonner cette détermination à la décision postérieure et unilatérale de l'un des contractants. Sous l'influence d'un texte spécial relatif au contrat de vente, qui exige que le prix soit déterminé dès la conclusion du contrat (art. 1591 c. civ.), une partie de la doctrine défendait une approche très restrictive, en tout cas en ce qui concerne le prix du contrat, mais la Cour de cassation avait finalement opté pour une position plus souple, estimant que, sauf texte spécial, une partie peut valablement se voir confier le soin de fixer le prix par une décision unilatérale ultérieure, l'abus dans la fixation ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation⁴². La réforme ne revient pas totalement sur cette solution, mais adopte un parti pris relativement restrictif, puisqu'elle n'admet la fixation unilatérale du contenu du contrat par l'une des parties qu'en ce qui concerne le prix et dans deux cas seulement: dans les contrats cadres⁴³, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation (art. 1164); dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation (art. 1165). Dans les deux cas, il est prévu que, en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts. Compte tenu de la diversité des contrats de prestation de service (que le Code ne définit d'ailleurs pas), le domaine dans laquelle la fixation unilatérale du prix est possible est

⁴¹ C'est au demeurant cet usage (trop?) audacieux qui a nourri les critiques doctrinales contre le concept de cause et conduit à son abandon par la jurisprudence; v. JEAN-SEBASTIEN BORGHETTI, *cit.*, in *AdC*, 2010, p. 415 ss.

⁴² Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n. 91-15578, *Bull. ass. plén.*, n. 7, commenté in H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE-F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 13^e édition, 2015, n. 152-155.

⁴³ L'art. 1111 nouv. les définit comme les accords par lesquels les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures.

en fait assez large. Il n'empêche que celle-ci est présentée comme une exception, ce qui traduit une défiance à l'égard de l'unilatéralisme au stade de la formation du contrat que tous les systèmes juridiques sont loin de partager (v. p. ex. le § 315 BGB).

L'article 1168 nouveau confirme le principe essentiel selon lequel, dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations (c'est-à-dire ce que le droit français norme d'ordinaire la lésion) n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. Les trois articles qui suivent viennent cependant relativiser la portée de ce principe. L'article 1169, tout d'abord, reprend une solution précédemment dégagée sur le fondement de la cause, mais qui a rarement l'occasion d'être mise en œuvre, selon laquelle un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. L'article 1170, ensuite, reprend la règle posée par la Cour de cassation dans la fameuse affaire *Chronopost*⁴⁴, toujours sur le fondement de la cause, selon laquelle toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. Cette règle a été développée pour lutter contre certaines clauses abusives, et notamment les clauses exclusives ou limitatives de responsabilité, dans les contrats qui n'étaient pas couverts par les règles de protection du consommateur issues du droit européen. Il est donc remarquable qu'elle ait été conservée par la réforme, alors même que celle-ci a généralisé la prohibition des clauses abusives.

L'article 1171, alinéa 1^{er}, nouveau dispose en effet: «Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite». L'alinéa 2 ajoute: «L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation». Les termes employés sont pratiquement ceux de la directive européenne sur les clauses abusives et il s'agit clairement d'étendre le contrôle des clauses abusives à tous les contrats d'adhésion, quelle que soit la qualité des parties au contrat. Le droit français se trouve ainsi doté de trois régimes de lutte contre les clauses abusives: celui du code de la consommation (art. L. 212-1 et s. c. cons.), qui constitue la transposition de la directive européenne; un régime

⁴⁴ Cass. com., 22 octobre 1996, n. 93-18.632, *Bull.* IV, n. 261, commenté in H. CAPITANT-F. TERRE-Y. LEQUETTE-F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 13^e édition, 2015, n. 157.

prévu dans le code de commerce, qui prévoit qu'engage sa responsabilité le professionnel qui soumet ou tente de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (art. L. 442-6, I, 2, c. com.); et désormais le régime «général» de l'article 1171 nouveau du code civil. La création de ce dernier régime a été très critiquée par une partie de la doctrine, qui estime que le droit français disposait déjà des outils nécessaires pour protéger les parties placées en situation de faiblesse et que ce n'est pas au code civil de chercher à rééquilibrer les relations structurellement déséquilibrées.

Quoi que l'on pense de l'opportunité d'une extension de la législation contre les clauses abusives, le fait est que l'article 1171, qui constitue sans doute la disposition la plus discutée du nouveau Code, pose un certain nombre de problèmes. Deux au moins doivent être ici mentionnés⁴⁵. Le premier concerne le champ d'application du nouveau texte. L'article 1171 renvoie en effet à la notion de contrat d'adhésion, que l'article 1110, alinéa 2, nouveau définit par ailleurs comme «celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties». La combinaison de ces deux textes conduit en toute rigueur à étendre le contrôle des clauses abusives à toutes les clauses incluses dans des contrats qui contiennent des conditions générales soustraites à la négociation, y compris les clauses de ces contrats qui auraient fait l'objet d'une négociation entre les parties. Une telle solution limiterait considérablement la liberté contractuelle et il faut espérer que la jurisprudence limitera l'application de la règle de l'article 1171 aux seules clauses contenues dans les conditions générales. Une autre source d'incertitude tient aux modalités du contrôle des clauses abusives, la question centrale étant de savoir comment le juge appréciera le déséquilibre significatif exigé par l'article 1171. Pourra-t-il s'inspirer des listes noire et grise du code de la consommation? Devra-t-il apprécier le déséquilibre au regard de toutes les autres clauses du contrat? Convient-il d'opérer une distinction entre le déséquilibre en pouvoir et le déséquilibre en valeur? Autant d'interrogations auxquelles il est évidemment possible de proposer des réponses, mais qui devront être clairement tranchées par la jurisprudence afin de limiter l'insécurité juridique.

⁴⁵Un autre problème est celui de l'articulation entre le contrôle prévu par le nouvel article 1171 du code civil et celui qui résulte des dispositions préexistantes, et notamment de l'article L. 442-6 du code de commerce.

Les sanctions

Le chapitre consacré à la formation du contrat contient une dernière section consacrée aux sanctions, qui traite essentiellement de la nullité. Le Code de 1804 était sur ce point peu disert, mais posait le caractère nécessairement judiciaire de la nullité, qui doit donc être constatée par le juge. La jurisprudence avait en outre depuis fort longtemps établi une distinction entre la nullité absolue et la nullité relative, qui ne doit pas être confondue avec celle que plusieurs systèmes juridiques font entre la nullité et l'annulabilité. La réforme est venue consacrer, sur ce point encore, les grandes lignes du droit positif.

Il confirme tout d'abord le caractère judiciaire des nullités, prévoyant simplement la possibilité pour les parties de constater la nullité d'un commun accord, ce qui exclut *de facto* qu'une partie puisse annuler le contrat par simple notification, comme cela se fait dans de nombreux systèmes juridiques. L'article 1178, alinéa 1^{er}, nouveau dispose ainsi: «Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord». Les articles suivants sont consacrés à la distinction entre nullité relative et nullité absolue. L'article 1179, tout d'abord, confirme le critère de la distinction qui prévaut depuis plusieurs décennies. Il prévoit que la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général, et relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé. L'enjeu de cette distinction ne tient cependant ni au prononcé de la nullité (qui est donc forcément judiciaire) ni à son effet, qui est toujours le même et consiste en l'anéantissement rétroactif du contrat, censé n'avoir jamais existé. Il concerne les personnes autorisées à invoquer cette nullité. En effet, la nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public. En outre, elle ne peut être couverte par la confirmation du contrat (art. 1180). La nullité relative, en revanche, ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger et elle peut être couverte par la confirmation (art. 1181). La seule réelle nouveauté consiste en l'introduction d'une action interrogatoire, par laquelle une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion (art. 1183).

La réforme consacre par ailleurs deux articles à la caducité, c'est-à-dire en substance la privation d'effets du contrat pour l'avenir (art. 1187, al. 1^{er}, nouv.), sanction non prévue par le Code de 1804, mais dont la jurisprudence avait fait usage dans l'hypothèse de contrats interdépendants, admet-

tant que la nullité ou la résolution de l'un d'entre eux pouvait entraîner la caducité des autres⁴⁶. Le nouveau Code, tout en posant une règle générale assez surprenante (art. 1186, al. 1^{er}, nouv.)⁴⁷, paraît surtout vouloir consacrer cette solution jurisprudentielle. Il prévoit en effet que «lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie» (art. 1186, al. 2, nouv.), à condition toutefois que le contractant contre lequel la caducité est invoquée ait connu l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement (art. 1186, al. 3, nouv.).

3.3. L'interprétation du contrat

Le chapitre III, qui ne comprend que cinq articles, traite de l'interprétation du contrat. Le Code de 1804 consacrait à la matière neuf articles (art. 1156 à 1164 anc.), qui étaient cependant considérés comme de simples conseils donnés aux juges du fond, car la Cour de cassation refusait de contrôler l'interprétation du contrat par ces derniers, sous réserve de la dénaturation de la volonté des parties. Le nouveau Code entreprend de synthétiser ces conseils et de consacrer une règle dégagée par la jurisprudence, selon laquelle les clauses claires et précises du contrat ne doivent pas être interprétées à peine de dénaturation (art. 1192 nouv.).

Il est cependant un point sur lequel la réforme opère un changement important. L'ancien Code prévoyait que l'interprétation devait se faire selon la commune intention des parties, sans s'arrêter au sens littéral des termes employés (art. 1156). Le problème est que, dans certains cas, cette intention commune ne peut être décelée, ou faisait même défaut au moment de la conclusion du contrat. Prenant acte du caractère insuffisant de la directive traditionnelle, le nouveau Code la reprend (art. 1188, al. 1^{er}, nouv.), mais ajoute que, lorsqu'un l'intention commune des parties ne peut être décelée,

⁴⁶ V. JEAN-SEBASTIEN BORGHETTI, *La libertà contrattuale e i suoi limiti*, in *AdC*, 2013, p. 285.

⁴⁷ L'art. 1186, al. 1^{er}, nouveau dispose: «Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît». Il ne dit cependant pas ce que sont les éléments essentiels du contrat, sachant qu'il ne s'agit *a priori* pas des éléments nécessaires à sa validité (consentement, capacité et contenu), dont la disparition en cours de contrat est réglée par diverses autres règles.

«le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation» (art. 1188, al. 2, nouv.). Se trouve ainsi consacré le principe d'une interprétation du point de vue d'un «tiers raisonnable», qui rappelle évidemment la règle en vigueur dans certains droits étrangers, et notamment en droit anglais.

3.4. Les effets du contrat

Le chapitre IV, consacré aux effets du contrat, est divisé en cinq sections, qu'il convient d'envisager successivement: les effets du contrat entre les parties, les effets du contrat à l'égard des tiers, la durée du contrat, la cession de contrat et l'inexécution du contrat.

Les effets du contrat entre les parties

Cette section est divisée en deux sous-section, consacrées respectivement à la force obligatoire et à l'effet translatif.

La force obligatoire. L'affirmation du principe fondamental de la force obligatoire du contrat ayant été placée dans les dispositions liminaires (art. 1103), la première sous-section commence par affirmer le principe d'irrévocabilité et d'immutabilité du contrat (sous réserve des exceptions prévues par la loi, finalement assez nombreuses), dans des termes repris de l'ancien article 1134, alinéa 2, du code civil (art. 1193 nouv.). L'article suivant, reprenant quant à lui l'ancien article 1135, qui avait notamment permis la «découverte» d'obligations de sécurité ou d'obligations d'information dans certains contrats, affirme que «les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi».

La principale innovation de cette sous-section, et peut-être de toute la réforme, figure à l'article suivant, qui pose la possibilité pour le juge de réviser le contrat en cas de changement de circonstances (ce que les juristes français nomment traditionnellement "imprévision"). Le nouveau droit rompt ainsi avec la solution plus que centenaire affirmée dans le fameux arrêt *Canal de Craponne*⁴⁸, fondée sur une interprétation stricte du principe de force

⁴⁸ Cass. civ., 6 mars 1876, DP 1876, I, p. 193, note A. GIBOULOT, commente in H. CAPITANT-F. TERRE-Y. LEQUETTE-F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 13^e édition, 2015, n. 167.

obligatoire, et qui voulait que la survenance d'un cas d'imprévision n'autorise ni la modification ni la rupture du contrat (en l'absence de nouvel accord des parties). Que la réforme consacre une évolution sur ce point n'est à vrai dire pas une surprise, car tous les projets et avant-projets prévoyaient à tout le moins un assouplissement de l'intangibilité du contrat en cas d'imprévision, en accord avec la doctrine majoritaire et suivant l'exemple de nombreux droits étrangers ou textes internationaux.

Les conditions posées à la révision pour imprévision sont proches de celles que l'on trouve dans certains instruments d'harmonisation (v. p. ex. l'art. 89 DCEV). Il faut tout d'abord un changement de circonstances (cette notion n'est pas définie) qui ait été imprévisible au moment de la conclusion du contrat. La deuxième condition est que ce changement de circonstances rende l'exécution excessivement onéreuse pour l'une des parties. La loi ne précise malheureusement pas si cette onérosité excessive doit s'apprécier par rapport au bénéfice ou à l'avantage que la partie en question devait retirer du contrat, ou par rapport à la situation personnelle de cette partie. La première approche nous paraît devoir être retenue, mais la doctrine est sur ce point divisée. L'exigence d'excessive onérosité traduit en tout cas une conception relativement étroite de l'imprévision, qui se distingue de celle retenue par certains droits étrangers, comme le droit allemand. En effet, elle exclut les cas où le contrat perd tout intérêt (le cas échéant financier) pour l'une des parties, sans que son exécution devienne exagérément coûteuse pour celle-ci (v. les fameux *coronation cases* du droit anglais). La troisième condition, enfin, est que la partie affectée par l'excessive onérosité n'ait pas accepté d'assumer le risque du changement de circonstances. Il s'agit là d'un élément essentiel, mais potentiellement difficile à apprécier. En effet, une telle acceptation ne sera pas toujours explicite et résultera souvent de l'économie du contrat ou de sa finalité.

Lorsque ces conditions sont réunies, et si les parties ne parviennent pas à un accord en vue de mettre un terme au contrat ou de modifier celui-ci, l'article 1195, alinéa 2, prévoit que le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. Cette atteinte à la force obligatoire du contrat est évidemment remarquable sur le plan des principes. En pratique, cependant, il est probable que les tribunaux ne feront pas souvent application de ce nouvel article 1195 (de même que, dans les autres pays qui admettent la révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances, les exemples d'une telle révision sont rares). En effet, outre que les conditions de leur intervention seront rarement réu-

nies⁴⁹, le nouveau texte risque surtout d'inciter les parties à trouver un accord en cas de changement de circonstances, ou à prévoir des clauses permettant d'éviter le recours au juge (l'article 1195 ayant un caractère supplétif de la volonté des parties). La perspective d'une intrusion du juge dans le contrat, compte tenu de l'incertitude qu'elle engendre, jouera en effet vraisemblablement comme un repoussoir pour les parties.

L'effet translatif. La sous-section suivante traite de l'effet translatif (de propriété), qui ne concerne évidemment que certains contrats. L'article 1196 pose une solution qui était discutée sous l'empire du droit antérieur à la réforme, compte tenu de l'ambiguïté des textes du Code de 1804 sur la question: «Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat». Le droit français paraît ainsi adhérer sans réserve au principe du transfert solo contractu de la propriété, ce en quoi il rejoint le droit italien (art. 1376 codice civile) et se sépare des droits qui dissocient la conclusion du contrat et le transfert de la propriété, comme le droit allemand (§ 929 BGB). Il convient simplement de faire remarquer que le droit français ne va pas jusqu'au bout du principe qu'il professe, affirmant par exemple que «lorsque deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a pris possession de ce meuble en premier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi» (art. 1198, al. 1er, nouv.).

Les effets du contrat à l'égard des tiers

Un trait singulier du droit français des contrats est qu'il accorde depuis fort longtemps un intérêt particulier à la question des effets du contrat à l'égard des tiers. Non seulement cette question est traitée expressément dans le code civil, ce qui n'est pas le cas dans tous les pays, mais la doctrine s'y est beaucoup intéressée. Plusieurs auteurs ont en effet fait le constat que la fameux principe de l'effet relatif du contrat, qu'énonçait l'article 1165 ancien du code civil, n'empêche pas que le contrat puisse avoir des effets à l'égard des tiers⁵⁰. Certes, ces derniers ne seront en principe pas obligés par

⁴⁹ L'article 1195 n'a vocation à jouer que si le contrat affecté par le changement de circonstances est à durée déterminée, puisque, lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable (art. 1211).

⁵⁰ V. not. les thèses fondatrices de A. WEILL, *La relativité des conventions en droit privé fran-*

le contrat qu'ils n'ont pas conclu, mais ils devront, par exemple, respecter le droit de propriété transmis par contrat ou tenir compte de la personne morale constituée par contrat. Ils pourront aussi, dans certains cas, voir leur responsabilité engagée pour avoir aidé une des parties au contrat à violer celui-ci, ou, au contraire, demander réparation du dommage que leur a causé l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat. Ces effets possibles du contrat à l'égard des tiers ont été synthétisés à travers la notion d'«opposabilité». La présentation désormais couramment adoptée en droit français veut donc que, si le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties, il est opposable aux tiers par les parties et aux parties par les tiers. La réforme s'en fait l'écho fidèle aux articles 1199 et 1200 nouveaux du code civil. Alors que le premier affirme le principe de l'effet relatif, le second énonce que les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat et qu'ils peuvent s'en prévaloir, notamment pour apporter la preuve d'un fait⁵¹. La portée de ces deux dispositions doit cependant être sérieusement nuancée⁵².

L'effet relatif, tout d'abord, connaît dans le nouveau droit, comme dans l'ancien, de nombreuses exceptions⁵³. La plus connue est évidemment la stipulation pour autrui, dont le régime est désormais précisément détaillé aux articles 1205 à 1209 nouveaux, qui confirment les solutions dégagées précédemment par la jurisprudence. Une autre exception notable est constituée par les actions directes en paiement, par lesquelles un tiers se voit donner la faculté d'exiger du débiteur, pour son bénéfice propre, l'exécution d'une obligation contractuelle. Le code civil de 1804 prévoyait déjà quelques cas dans lesquels une personne pouvait exiger du débiteur d'un contrat auquel elle n'était pas partie qu'il exécute à son profit une obligation⁵⁴. Depuis lors, le lé-

çais, th. Strasbourg, 1939, et S. CALASTRENG, *La relativité des conventions. Étude de l'article 1165 du Code civil*, th. Toulouse, 1939.

⁵¹ Le terme même d'«opposabilité» ne figure à vrai dire pas dans le texte, mais il est employé dans d'autres dispositions issues de la réforme et le rapport au Président de la République décrit l'article 1200 comme traitant de l'opposabilité.

⁵² Outre les exceptions à l'effet relatif prévues aux articles 1203 nouv. et suiv., la section traite aussi de la simulation (art. 1201 et 1202 nouv.), confirmant sur ce point les solutions antérieures.

⁵³ Outre les deux exceptions dont il va être question, le Code présente comme des exceptions le porte-fort (art. 1203 et 1204 nouv.), l'action oblique (art. 1341-1 nouv.) et l'action paulienne (art. 1341-2 nouv.), qui n'en sont pourtant pas vraiment (et dont le régime ne subit aucune modification notable par rapport au droit antérieur).

⁵⁴ V. not. l'art. 1753, relatif à la sous-location, et l'art. 1994, relatif au sous-mandat.

gislateur a créé d'autres actions directes en paiement, la plus importante en pratique étant celle que la loi accorde aux victimes de dommages, qui peuvent demander le paiement de leur créance de réparation à l'assureur du responsable⁵⁵. Jusqu'à présent, cependant, il n'existait en droit français que des cas particuliers d'action directe en paiement, mais aucune disposition générale qui les visât spécifiquement. La réforme innove en les mentionnant explicitement à l'article 1341-3 nouveau du code civil (auquel renvoie l'art. 1199, al. 2, nouv.), sans toutefois en fixer le régime. Le principal objectif de cette disposition semble être de prendre acte de l'existence de ce mécanisme et d'affirmer qu'une action directe ne peut exister que dans les cas prévus par la loi, ce qui revient à interdire à la jurisprudence de créer de nouvelles actions directes. La précision n'est pas négligeable, quand on connaît les velléités créatrices de la Cour de cassation, qui est d'ailleurs à l'origine de l'action en directe en paiement de la victime contre l'assureur du responsable⁵⁶.

L'article 1200 nouveau constitue quant à lui une singularité française. Si le principe de l'effet relatif est présent dans quelques autres codifications, et notamment à l'article 1372 du *codice civile* italien, celui de l'opposabilité, en revanche, n'est, sauf erreur, explicité nulle part. On peut toutefois s'interroger sur les conséquences pratiques de ce texte. Il pose tout d'abord la question de savoir si les tiers doivent plus ou moins de respect aux situations juridiques créées par contrat qu'à celles qui ne le sont pas. La réponse nous paraît devoir être: en règle générale, ni plus ni moins. Les sujets de droits doivent respecter les situations juridiques existantes, indépendamment de leur origine⁵⁷. La vraie question n'est pas celle de l'origine de la situation juridique, mais celle de la signification du «respect» dû à cette situation. Or, le code civil ne dit rien d'explicite à ce sujet. En particulier, il ne permet pas de résoudre le principal problème que soulève le respect dû par les tiers au contrat, qui est celui de la responsabilité du tiers qui concourt à la violation du contrat par l'une des parties. Ce problème se pose dans divers contextes, par

⁵⁵ Art. L.124-3, al. 1^{er}, du code des assurances: «le tiers lésé dispose d'un droit d'action directe à l'encontre de l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable».

⁵⁶ Cass. civ., 14 juin 1926, DP 1927, I, 57, note L. JOSSERAND et rapp. A. COLIN, S. 1927, I, 25, note P. ESMEIN. Ce n'est qu'en 2007 que cette solution a été expressément confirmée par la législature, qui l'a intégrée au code des assurances: v. M. CHAGNY-L. PERDRIX, *Droit des assurances*, 3^e éd., 2014, n. 732.

⁵⁷ Pour ne prendre qu'un exemple, le respect dû au droit de propriété d'autrui ne varie pas selon que ce droit a été transféré par contrat ou par succession.

exemple en cas d'embauche du salarié ou de l'ex-salarié d'une entreprise concurrente, lorsque celui-ci est tenu par une clause de non-concurrence, ou encore en cas d'achat de biens à un distributeur tenu par une clause d'exclusivité. La jurisprudence n'a toutefois pas consacré en la matière de règle générale. Le tiers doit certes avoir commis une faute pour engager sa responsabilité à l'égard de la partie au contrat victime de la violation de celui-ci mais les conditions de cette faute ne sont pas clairement définies. Suffit-il que le tiers ait eu connaissance de l'existence du contrat violé et qu'il ait su que son acte allait contribuer à la violation de celui-ci; ou faut-il qu'il ait eu l'intention de contribuer à la violation du contrat, voire de nuire au co-contractant lésé? Les tribunaux apportent à cette question des réponses qui varient en fonction du contexte et le nouvel article 1200, alinéa 1^{er}, n'en apporte quant à lui aucune. De la même manière, l'article 1200, alinéa 2, nouveau ne permet pas de décider à quelles conditions un tiers peut engager la responsabilité d'une partie au contrat lorsqu'une violation de celui-ci lui a causé un dommage, alors qu'il s'agit de la question principale qui se pose aujourd'hui en droit français à propos de l'opposabilité du contrat aux parties par les tiers⁵⁸. L'apport normatif de l'article 1200 apparaît donc finalement comme singulièrement limité.

La durée du contrat

Le Code de 1804 ne posait aucune règle générale relative à la durée du contrat. La réforme entreprend de combler cette lacune en synthétisant les solutions dégagées par la jurisprudence. Elle confirme notamment la prohibition des engagements perpétuels, en précisant qu'un tel engagement doit être traité comme un contrat à durée indéterminée (art. 1210 nouv.), ce qui signifie que chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable (art. 1211 nouv.). La réforme reprend aussi sans surprise la règle selon laquelle, lorsque les contractants continuent à exécuter leurs obligations à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, il y a conclusion d'un nouveau contrat, dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée. On parle alors de tacite reconduction (art. 1215 nouv.).

⁵⁸V. JEAN-SEBASTIEN BORGHETTI, *Vivacità della causa e interrogativi sul rapporto tra il contratto e la responsabilità extracontrattuale*, in *AdC*, 2010, p. 417, ID., *Revirements incerti e progetto di uno strumento opzionale*, in *AdC*, 2011, p. 385 et *infra*, § 4.2.

La cession de contrat

La cession de contrat, que l'on peut définir sommairement comme le changement de l'une des parties à un contrat, non lié au décès de cette partie et sans que le contrat s'en trouve autrement altéré, est un mécanisme qui a donné lieu en droit français à de nombreuses discussions. Le code de 1804 et des lois postérieures prévoient sa possibilité, mais seulement à propos de certains contrats particuliers⁵⁹. Le code Napoléon reflétait en cela une conception encore très classique du contrat, voyant dans celui-ci un lien interpersonnel, qui ne peut donc exister indépendamment des parties l'ayant conclu (sauf hypothèse de transmission par succession). L'idée que le contrat peut aussi être envisagé comme un bien, susceptible à ce titre de circuler comme les choses corporelles, semble avoir été étrangère aux rédacteurs du Code, qui, en conséquence, n'avaient prévu ni la reprise de dette⁶⁰, ni la cession de contrat, et avaient soumis la cession de créance à un régime extrêmement lourd⁶¹. Le code français contrastait ici très nettement avec d'autres codes plus récents, et notamment avec le BGB et le *codice civile*. Cela a contribué à nourrir en France un débat sur la possibilité de faire de la cession de contrat un mécanisme général, malgré le silence du code civil, ainsi que sur la nature et le régime de ce mécanisme, le cas échéant. La jurisprudence a fini par trancher ce débat vers la fin du 20^{ème} siècle, en admettant la cession de contrat en dehors des hypothèses prévues par le code civil, et en précisant au moins pour partie le régime. Sans réelle surprise, tant cette évolution paraît imposée par les nécessités du commerce juridique moderne, la réforme de 2016 est venue consacrer cette évolution, en faisant officiellement de la cession de contrat un mécanisme général. La présentation du Code suggère en outre que la cession ne constitue pas l'addition d'une cession de créance et d'une reprise de dette, mais une opération autonome, par laquelle une personne «cède sa qualité de partie» au contrat (art. 1216, al. 1^{er}, nouv.).

Le nouveau code civil subordonne la cession de contrat à l'accord du

⁵⁹V. not. l'art. 1743 du code civil, en cas de cession de l'immeuble loué.

⁶⁰Ce mécanisme est souvent nommé «cession de dette», par analogie avec la cession de créance et la cession de contrat, et c'est d'ailleurs cette appellation qu'a retenue la réforme de 2016, qui a introduit ce mécanisme dans le droit commun des obligations (v. les art. 1387 nouv. et s.).

⁶¹V. les art. 1689 anc. et s. c. civ., qui subordonnaient notamment l'opposabilité au débiteur de la cession à une signification par huissier ou à son acceptation par acte authentique.

cédé, ce qui ne va pas absolument de soi. Assurément, le cédant ne saurait se trouver libéré à l'égard du cédé sans l'accord de ce dernier, mais on pourrait très bien concevoir que la cession soit effective *inter partes* sans cet accord. Quoi qu'il en soit, ce consentement du cédé à la cession peut évidemment être donné à l'avance, le cas échéant lors de la conclusion du contrat cédé, auquel cas la cession deviendra effective lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire sera notifié au cédé ou que celui-ci en prendra acte (art. 1216, al. 2, nouv.). Si l'exigence d'une notification au cédé ne pose guère de difficulté, celle d'une «prise d'acte» est moins évidente, ne serait-ce que parce que l'on ne sait pas très bien ce que recouvre cette notion. Le consentement du cédé à la cession doit en outre être soigneusement distingué du consentement du cédé à la libération du cédant, prévu à l'article 1216-1 nouveau, qui doit quant à lui être exprès.

L'inexécution du contrat

Le Code de 1804 laissait particulièrement à désirer sur la question de l'inexécution du contrat, qu'il n'envisageait que de manière incomplète et éclatée. La réforme réalise de ce point de vue un très grand progrès, en proposant une présentation claire et ordonnée des différentes sanctions de l'inexécution. L'article 1217, alinéa 1^{er}, nouveau, clairement inspiré des projets européens d'harmonisation (v. p. ex. l'art. 106 DCEV), dispose ainsi: «La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut: refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation; solliciter une réduction du prix; provoquer la résolution du contrat; demander réparation des conséquences de l'inexécution». L'alinéa 2 ajoute: «Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter».

À l'exception de la réduction de prix, qui n'était précédemment admise qu'en matière commerciale, toutes les sanctions énumérées par l'article 1217 étaient déjà connues du droit civil français. La réforme leur apporte cependant plusieurs modifications notables, qui vont globalement dans le sens d'un rapprochement avec les solutions qui prévalent en droit privé européen. Surtout, et c'est là un point qui n'a peut-être pas été suffisamment souligné par la doctrine française, la réforme renforce nettement les prérogatives unilatérales du créancier en cas d'inexécution du contrat, alors même qu'elle perpétue par ailleurs la tradition de défiance du droit français

à l'égard de l'unilatéralisme au stade de la conclusion du contrat⁶².

L'exception d'inexécution, première sanction envisagée par le nouveau Code (art. 1219-1220 nouv.) n'était pas mentionnée par le texte de 1804, mais la jurisprudence en avait toujours reconnu le principe. La nouveauté introduite par la réforme consiste en l'admission d'un recours à l'exception d'inexécution par anticipation, lorsque le cocontractant n'est pas encore techniquement en situation d'inexécution, mais qu'«il est manifeste [qu'il] ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves» pour l'autre partie (art. 1220 nouv.). On a là une des manifestations du renforcement des prérogatives unilatérales du créancier.

La condamnation du débiteur à s'exécuter en nature, qu'une logique chronologique conduit le nouveau Code à envisager après l'exception d'inexécution (art. 1221-1222), constitue toujours la «sanction reine» de l'inexécution, du moins sur le plan symbolique. C'est là un élément important dans la tradition contractuelle française. La réforme introduit toutefois une grande nouveauté, en ce qu'elle écarte ce droit à l'exécution en nature non seulement en cas d'impossibilité, ce qui constitue une exception classique, mais aussi en cas «de disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier», ce qui est nouveau. Jusqu'à présent, en effet, hors cas d'impossibilité, la jurisprudence estimait que le créancier pouvait exiger du débiteur qu'il exécute en nature (ou qu'il corrige sa mauvaise exécution initiale), quel que soit la gravité de l'inexécution et quel qu'en soit le coût⁶³. La doctrine est partagée sur cette évolution, qui devrait avoir des conséquences sensibles notamment en droit de la construction.

L'autre nouveauté de la réforme, s'agissant de l'exécution en nature, concerne la facilitation du remplacement. L'ancien code civil prévoyait que le créancier ne pouvait faire détruire ce que le débiteur avait fait en violation du contrat ou faire exécuter l'obligation par un tiers aux frais du débiteur que sur autorisation du juge (art. 1143 et 1144 anc.). Le nouveau Code maintient l'exigence d'une autorisation pour la destruction, mais il la supprime pour le remplacement. L'article 1222, alinéa 1^{er}, nouveau dispose ain-

⁶² V. *supra*, § 3.2.

⁶³ V. p. ex. Cass. 3^e civ., 11 mai 2005, n. 03-21.136, *RDC* 2006. 323, obs. D. MAZEAUD, *RTD Civ.* 2005. 596, obs. J. MESTRE-B. FAGES, qui condamne un entrepreneur à démolir et reconstruire une maison pour une différence de 33 cm par rapport au plan.

si: «Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin». Là encore, on observe une avancée notable de l'unilatéralisme, même si cette faculté de remplacement doit évidemment être soumise à la même limite de la disproportion que l'exécution en nature par le débiteur lui-même.

La troisième sanction de l'inexécution prévue par le nouveau Code est la réduction de prix, qui constitue donc une nouveauté. L'article 1223, alinéa 1^{er}, nouveau dispose: «Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix». Bien que l'emploi du verbe «solliciter» crée une certaine ambiguïté, il faut nous semble-t-il considérer que le créancier peut, en cas d'exécution imparfaite et après mise en demeure, imposer une réduction de prix au débiteur, sans avoir à s'adresser au juge⁶⁴ – nouvelle manifestation de la faveur dont jouit l'unilatéralisme au stade de l'inexécution.

La quatrième sanction de l'inexécution prévue par le Code est la résolution. Le texte de 1804 n'envisageait que la résolution judiciaire, mais la jurisprudence avait vite admis la validité des clauses résolutoires et avait même consacré à la fin des années 1990, *contra legem*, une possibilité de résolution par notification⁶⁵. La réforme confirme sans surprise ces trois modes de résolution (art. 1224 nouv.), sans apporter de modification notable à leur régime (art. 1225-1230 nouv.).

Les dommages et intérêts constituent la dernière sanction de l'inexécution prévue par le Code. De manière surprenante et contestable, cependant, la réforme s'est contentée de reprendre sur ce point les anciennes dispositions du code civil (art. 1146 à 1153-1 anc.), qui n'ont fait l'objet que d'une renumérotation et de quelques retouches de forme (art. 1231 à 1231-7 nouv.). La raison n'en est évidemment pas que ces textes auraient mieux résisté que les autres à l'usure du temps. Simplement, la Chancellerie a estimé que la responsabilité contractuelle avait vocation à être traitée aux côtés de la responsabilité délictuelle dans un sous-titre distinct consacré à la responsabilité civile. Le maintien des anciennes dispositions constitue donc

⁶⁴ V. en ce sens le rapport au Président de la République.

⁶⁵ Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1998, n. 96-21485, *Bull. civ. I*, n. 300, commenté in H. CAPITANT-F. TERRE-Y. LEQUETTE-F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 13^e édition, 2015, n. 181.

une solution temporaire, en attendant que soit adoptée la réforme prévue de la responsabilité civile⁶⁶. Les articles que le Code consacre aujourd'hui à «la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat» seront alors supprimés et il faudra se reporter aux dispositions du sous-titre sur la responsabilité civile pour connaître les règles applicables à l'attribution des dommages et intérêts contractuels. Cette manière de procéder nous semble extrêmement regrettable, ne serait-ce que parce qu'elle aboutit à ce que la seule partie non mise à jour du droit des contrats soit justement celle dont l'enjeu pratique est sans doute le plus considérable⁶⁷.

Quoi qu'il en soit, les règles de la responsabilité contractuelle ont vocation à demeurer pour l'instant inchangées. On signalera simplement que le nouveau Code innove opportunément par rapport à son prédécesseur en définissant la force majeure et en précisant plus clairement ses effets (art. 1218 nouv.). Il ne dit par ailleurs rien de la distinction désormais célèbre des obligations de moyens et de résultat, que ne mentionnait pas le Code de 1804 mais que la jurisprudence avait adoptée sous l'influence de la doctrine. Le nouvel article 1231-1, reprenant quasiment mot à mot les termes de l'ancien article 1147, se contente d'affirmer en substance que, sauf cas de force majeure, le débiteur doit des dommages et intérêts au créancier du seul fait de l'inexécution, indépendamment de sa faute éventuelle.

Les dispositions relatives à l'inexécution du contrat ne disent également rien d'une question pourtant très importante en pratique, mais largement ignorée par la doctrine française, qui est celle de la correction de la mauvaise exécution. Au contraire de certains droits européens et des projets d'harmonisation (v. p. ex. l'art. 109 DCEV), le nouveau Code ne se prononce malheureusement expressément ni sur l'existence pour le débiteur d'un droit de remédier à une mauvaise exécution initiale, ni sur les modalités d'une correction éventuelle.

4. Les perspectives d'avenir

La réforme du droit des contrats est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016 et s'applique aux contrats conclus à compter de cette date, tous ceux con-

⁶⁶ V. *infra*, § 4.2.

⁶⁷ V. déjà nos obs. sur ce point, JEAN-SEBASTIEN BORGHETTI, *Riforma in vista!*, in *AdC*, 2014, p. 339.

clus à une date antérieure restant soumis au droit antérieur⁶⁸. Il faudra évidemment un certain temps avant qu'une jurisprudence ne se forme sur les nouvelles dispositions, permettant d'en préciser le sens, les conditions d'application et la portée. D'ores-et-déjà, cependant, plusieurs questions d'ordre général se posent au sujet de la mise en œuvre de la réforme (4.1). Une certaine incertitude existe par ailleurs quant à la poursuite du processus de réforme du droit des obligations (4.2).

4.1. La mise en œuvre de la réforme

Par-delà le détail des règles issues de la réforme, celle-ci soulève au moins trois problèmes généraux, qui tiennent à l'application de la loi dans le temps, à la distinction des dispositions supplétives et impératives et à l'articulation du droit commun et du droit spécial.

L'application de la loi dans le temps

Si la règle relative à l'application de l'ordonnance dans le temps a le mérite de la simplicité, elle n'écarte cependant pas toutes les difficultés susceptibles de se poser à l'occasion de l'entrée en vigueur d'une réforme d'une telle ampleur. De nombreuses situations vont en effet se trouver à cheval entre l'ancien et le nouveau droit. On songe par exemple aux contrats d'option négociés et conclus avant l'entrée en vigueur de la réforme (et peut-être même avant que la réforme ne soit sérieusement envisagée), mais donnant lieu à une levée d'option postérieure à la réforme; ou encore à la tacite reconduction, après le 1^{er} octobre 2016, d'un contrat conclu avant cette date. À chaque fois, à vrai dire, il ne fait pas de doute que le droit nouveau a vocation à s'appliquer au contrat conclu après l'entrée en vigueur de la réforme. Le problème est que cela ira parfois à l'encontre des prévisions légitimes des parties. Une possibilité sera alors évidemment que les parties se mettent d'accord pour conclure un avenant au nouveau contrat, qui écarte l'application à celui-ci de certaines règles du droit nouveau. Cela ne sera toutefois possible que dans les limites de l'ordre public⁶⁹. Il paraît par ailleurs certain que les parties ne peuvent pas prétendre échapper au nou-

⁶⁸ Art. 9, al. 1 et 2 de l'ordonnance. Seuls les articles créant des actions interrogatoires (art. 1123, al. 3 et 4, art. 1158 et art. 1183 nouv. c. civ.) ont été déclarés applicables aux contrats en cours (art. 9, al. 3, de l'ordonnance).

⁶⁹ V. *infra*.

veau droit dans son ensemble et proroger, de par leur seule volonté, le champ d'application *ratione temporis* du droit antérieur à la réforme.

Indépendamment des règles d'application de la loi dans le temps, il est quasiment certain que le nouveau droit des contrats va exercer une influence sur la mise en œuvre des règles du droit antérieur à la réforme. Cette influence ne pourra que croître avec le temps et, dans dix ou vingt ans, lorsque des juges formés au seul droit nouveau auront à connaître d'affaires relatives à des contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016, ils interpréteront forcément les dispositions anciennes du code civil à la lumière des règles «nouvelles» (qui ne le seront d'ailleurs plus). Dès aujourd'hui, cependant, il est possible et même probable que la Cour de cassation soit tentée de faire évoluer son interprétation de l'ancien droit en fonction du nouveau droit (par exemple sur la question de la condamnation du débiteur à exécuter en nature en cas de disproportion entre le coût de cette exécution pour le débiteur et son intérêt pour le créancier).

La distinction des dispositions supplétives et impératives

La réforme n'a prévu aucune disposition générale sur le caractère impératif ou supplétif des nouveaux textes relatifs au droit des contrats. Le rapport au Président de la République justifie ce silence en faisant valoir que, selon la tradition du code civil et conformément au principe de liberté contractuelle (art. 1102 nouv.), les nouvelles dispositions ont un caractère supplétif, sauf mention contraire explicite. De fait, un certain nombre d'articles sont expressément déclarés impératifs. L'article 1104, alinéa 1^{er}, nouveau, qui prévoit que «les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi», est ainsi présenté à l'alinéa suivant comme étant d'ordre public. De même, il est précisé à l'article 1112-1, alinéa 5, nouveau, que le devoir d'information précontractuel prévu par cet article ne peut être ni limité ni exclu par les parties.

Les choses ne sont cependant pas aussi simples que le prétend le rapport au Président de la République. Il ne fait en effet guère de doute que certaines dispositions, quoique n'étant pas expressément présentées comme étant d'ordre public, doivent pourtant être considérées comme telles. Il en va par exemple ainsi de l'article 1171 nouveau relatif au contrôle des clauses abusives. Le problème est dès lors d'identifier toutes les nouvelles dispositions qui composent cet ordre public «virtuel» ou implicite. La question se pose notamment à propos de trois dispositions qui marquent un changement certain par rapport au droit antérieur et dont les parties pourraient

être particulièrement tentées d'écarter l'application.

La première est l'article 1124 nouveau, en tant qu'il affirme le caractère irrévocable des contrats de promesse unilatéral. Serait-il possible pour les parties de prévoir que, en cas de révocation de sa promesse au mépris du contrat, le promettant pourra faire efficacement obstacle à la levée d'option par le bénéficiaire et n'encourra qu'une condamnation à payer des dommages et intérêts? La réponse paraît devoir être affirmative, car on ne voit pas trop quelle raison d'intérêt général s'opposerait à une telle solution. En outre, la Cour de cassation ne verrait sans doute pas d'un mauvais œil cette volonté des parties de maintenir la solution issue de sa jurisprudence antérieure à la réforme.

La deuxième disposition litigieuse est l'article 1195 nouveau, qui introduit la possibilité d'une révision judiciaire en cas d'imprévision. Si une opinion très minoritaire défend l'idée selon laquelle ce texte devrait être considéré comme étant d'ordre public, car il ne constituerait qu'une application du principe de bonne foi, qui est lui-même d'ordre public, la doctrine majoritaire considère, à raison selon nous, qu'il s'agit d'une disposition supplétive, que les parties sont donc libres d'écarter ou d'aménager.

Plus délicat est le cas de l'article 1221 nouveau, en tant qu'il écarte la possibilité pour le créancier de poursuivre l'exécution en nature de l'obligation en cas de disproportion manifeste entre le coût de celle-ci pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. Rien ne paraît *a priori* s'opposer à que cette règle soit écartée par des parties qui souhaiteraient revenir à l'état du droit antérieur à la réforme, car on ne voit pas trop en quoi celui-ci heurte l'intérêt général. D'un autre côté, la Cour de cassation fait de plus en plus de place à l'exigence de proportionnalité dans sa jurisprudence et elle pourrait être tentée de considérer que l'article 1221 est d'ordre public, notwithstanding sa jurisprudence antérieure à la réforme.

L'articulation avec le droit spécial

Malheureusement, la réforme de février 2016 ne couvre que le droit commun des contrats, et non le droit spécial. Il n'eût certes pas été possible de réformer tous les contrats spéciaux, mais du moins aurait-on pu envisager de réformer ceux qui sont régis par le code civil, et notamment le principal d'entre eux, à savoir le contrat de vente. Celui-ci fait aujourd'hui l'objet d'une réglementation particulièrement complexe, notamment en ce qui concerne les recours ouverts à l'acheteur déçu en cas de livraison d'une chose viciée ou non conforme, et une refonte de son régime est manifeste-

ment nécessaire. En outre, le régime propre aux différents contrats spéciaux du code civil a été pensé en lien avec le droit commun des contrats, tel qu'il avait été posé en 1804. Dès lors, la réforme de ce droit commun va nécessairement susciter des problèmes d'articulation avec les règles du droit spécial. Pour ne prendre qu'un exemple, on peut se demander dans quelle mesure les nouvelles règles de droit commun relatives aux sanctions de la mauvaise exécution peuvent s'appliquer en cas de vice caché de la chose vendue (art. 1641 et suiv. c. civ.). Le Code prévoit en ce cas des règles spéciales, qui ont certes vocation à l'emporter sur les règles générales, mais qui étaient originellement plus favorable à l'acheteur que les règles du droit commun, alors qu'elles apparaissent aujourd'hui comme plus restrictives que les règles issues de la réforme, ce qui pourrait conduire à autoriser l'application de celles-ci.

4.2. La poursuite du processus de réforme

L'ordonnance du 10 février 2016 est censée n'être qu'une première étape d'une réforme plus large du droit français des obligations. Mais cette première étape n'est elle-même pas nécessairement achevée. En effet, cette ordonnance a été adoptée par le Gouvernement en vertu d'une habilitation accordée par le Parlement et celui-ci a la faculté, mais non l'obligation, de la ratifier, afin qu'elle acquière force de loi. À défaut, ses dispositions conserveront un caractère réglementaire, ce qui ouvre la voie à une contestation de leur légalité devant le Conseil d'État. En pratique, cependant, on voit mal quelle disposition du nouveau droit des contrats pourrait être invalidée pour cause de contrariété à la loi.

Le vrai enjeu d'une éventuelle ratification tient à la possibilité que, à l'occasion de celle-ci, le Parlement apporte des retouches au texte adopté en février 2016. Il ne s'agirait certes pas d'opérer des bouleversements, mais de faire quelques corrections. Certaines espèrent ainsi de la ratification qu'elle permette de préciser (si possible en le restreignant!) le champ d'application de l'article 1171 nouveau relatif aux clauses abusives. Il est en revanche très improbable que la ratification soit l'occasion de combler les lacunes de la réforme, et notamment ce qui concerne la correction de la mauvaise exécution.

Cette ratification, si elle doit avoir lieu, pourrait se faire à l'occasion de l'adoption d'une loi relative à la responsabilité civile. La réforme de la responsabilité civile doit en effet constituer la deuxième étape de la réforme du

droit des obligations, mais, contrairement à la première, elle se fera en principe par la voie législative. En vertu de l'article 34 de la constitution française, c'est le Parlement qui a compétence pour déterminer «les principes fondamentaux [...] du régime des obligations civiles», et donc les règles fondamentales de la responsabilité civile. En demandant l'autorisation de réformer le droit des contrats par ordonnance, le Gouvernement s'est implicitement engagé à ne pas solliciter une habilitation similaire pour la responsabilité civile et le Parlement ne la lui accorderait de toute façon vraisemblablement pas. La réforme de la responsabilité, si elle a lieu, sera donc discutée au Parlement, avec toutes les incertitudes que cela entraîne, aussi bien en termes de calendrier que de modification possible du contenu du projet de loi qui sera soumis par le Gouvernement.

En avril 2016, le ministère de la Justice a présenté un avant-projet de réforme de la responsabilité civile, inspiré, comme le projet de réforme du droit des contrats, par les projets doctrinaux rédigés sous l'égide des professeurs Catala et Terré. Une consultation publique a en même temps été ouverte, qui a suscité un nombre important de contributions (quoique moindre que pour le droit des contrats). Au vu de ces contributions, le ministère a apporté des modifications à l'avant-projet et un nouveau projet de réforme a été rendu public en mars 2017⁷⁰. Il doit encore faire l'objet d'une discussion interministérielle et d'un passage devant le Conseil d'État avant de pouvoir être formellement adopté par le Gouvernement comme projet de loi, susceptible d'être inscrit à l'ordre du jour du Parlement. Il est peu probable qu'un tel projet de loi soit adopté avant la fin de l'année 2017, ce qui signifie que la réforme pourrait, dans le meilleur des cas, intervenir en 2018.

En ce qui concerne la responsabilité contractuelle, il ne faut de toute façon pas en attendre de grandes nouveautés. Le projet de réforme de mars 2017 est globalement très conservateur et il contient peu de dispositions sur la responsabilité contractuelle. La seule innovation significative relative à cette matière consiste en la «décontractualisation» du dommage corporel. Il est en effet prévu que le dommage corporel soit systématiquement réparé sur le fondement des règles de la responsabilité délictuelle, même lorsqu'il est causé à l'occasion d'un contrat, afin d'éviter les différences de traitement entre les victimes selon qu'elles sont ou non liées par contrat avec l'auteur

⁷⁰Le projet est disponible à l'adresse http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf.

de leur dommage (art. 1233-1 du projet)⁷¹. En ce qui concerne la responsabilité des contractants à l'égard des tiers, par ailleurs, le projet prévoit malheureusement en substance le maintien de la solution actuellement en vigueur, qui veut que le débiteur est responsable de tout dommage directement causé à un tiers par un manquement contractuel qui lui est imputable⁷². La seule nouveauté consisterait en ceci que la responsabilité des contractants à l'égard des tiers serait désormais le plus souvent contractuelle, et non plus délictuelle (art. 1234 du projet).

Il n'est pour le moment pas prévu de poursuivre la réforme du droit des obligations au-delà de la responsabilité civile. Des voix de plus en plus nombreuses se font cependant entendre, qui plaident en faveur d'une réforme des contrats spéciaux, ou en tout cas de la vente. Le ministère de la Justice ne paraît pas hostile à cette idée, mais il n'a pas les ressources en interne qui lui permettrait d'élaborer un projet de réforme *ex nihilo*. Les choses n'avanceront donc pas tant que la doctrine ne produira pas de texte à partir duquel le ministère pourrait travailler, comme elle l'avait fait pour le droit des contrats et le droit de la responsabilité. Un groupe d'universitaire s'est constitué à cette fin il y a quelque temps, sous l'égide de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Il faut espérer que ses travaux portent bientôt leurs fruits, afin que puisse être parachevée la réforme initiée par l'ordonnance du 10 février 2016.

⁷¹ Le droit français applique sinon la règle dite du non-cumul (art. 1233 du projet), qui est en fait une règle de non-option, et qui interdit d'appliquer les règles de la responsabilité délictuelle entre parties liées par un contrat.

⁷² Sur cette solution étrange et contestable, v. JEAN-SEBASTIEN BORGHETTI, *Vivacità della causa e interrogativi sul rapporto tra il contratto e la responsabilità extracontrattuale*, in AdC, 2010, p. 417, et ID., *Revirements incerti e progetti di uno strumento opzionale*, in AdC, 2011, p. 385.