



N° 429

ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

QUINZIÈME LÉGISLATURE

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 novembre 2017

RAPPORT

FAIT

AU NOM DE LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA
LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE, SUR
LE PROJET DE LOI, ADOPTÉ PAR LE SÉNAT,

*ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016
portant **réforme du droit des contrats, du régime général**
et de la **preuve des obligations** (n° 315),*

PAR M. SACHA HOULIÉ
Député

Voir les numéros :

Sé debates : **578** (2016-2017), **22, 23** et T.A. **5** (2017-2018).

SOMMAIRE

Pages

INTRODUCTION	5
I. UNE RÉFORME NÉCESSAIRE, EN DISCUSSION DEPUIS PRÈS DE 15 ANS	7
II. LE CONTENU DE LA RÉFORME : CODIFICATION, MODIFICATION, RÉVOLUTION ?	8
A. LA CODIFICATION DU DROIT D'ORIGINE JURISPRUDENTIELLE	8
1. Formation du contrat	9
2. Validité du contrat	10
3. Efficacité du contrat	11
4. Inexécution du contrat	12
B. LES MODIFICATIONS DU CODE CIVIL ET DU DROIT POSITIF	12
1. Les modifications du code civil	12
2. Les modifications du droit positif	14
a. Formation du contrat	14
b. Validité du contrat	15
c. Efficacité du contrat	15
d. Inexécution du contrat	16
C. UNE RÉVOLUTION AU NOM DE LA JUSTICE CONTRACTUELLE ?	17
1. La protection du cocontractant le plus faible	18
a. Le contrat d'adhésion et la protection contre les clauses abusives	18
b. L'abus de dépendance	18
2. L'imprévision	19
III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT	20
A. MODIFICATIONS DU DROIT DES CONTRATS	20
1. Définitions, négociations et consentement (articles 2 à 5)	20
2. Capacité et représentation (article 6)	20
3. Contenu du contrat (article 7)	21

4. Effets du contrat (article 8)	21
5. Exécution du contrat (article 9).....	21
B. MODIFICATIONS DU DROIT DES OBLIGATIONS (ARTICLES 10 À 14)....	22
C. APPLICATION DE LA RÉFORME DANS LE TEMPS (ARTICLE 15).....	22
IV. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LA COMMISSION	22
DISCUSSION GÉNÉRALE.....	25
EXAMEN DES ARTICLES	33
<i>Article 1^{er}</i> : Ratification de l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations	33
<i>Après l’article 2</i>	34
<i>Article 2</i> (article 1110 du code civil) : Définition du contrat d’adhésion.....	36
<i>Article 3</i> (art. 1112 du code civil) : Les négociations précontractuelles	42
<i>Article 3 bis (nouveau)</i> (art. 1119 du code civil) : Définition des conditions générales.....	44
<i>Article 4 (supprimé)</i> (art. 1117 et 1123 du code civil) : Caducité de l’offre de contrat et pacte de préférence.....	47
<i>Après l’article 4</i>	54
<i>Article 5 (supprimé)</i> (art. 1137 et 1143 du code civil) : Les vices du consentement.....	54
<i>Article 6</i> (art. 1145, 1158 et 1161 du code civil) : La capacité des personnes morales et les règles de représentation dans la formation du contrat.....	61
<i>Article 7</i> (art. 1165, 1166 et 1171 du code civil) : Le contenu du contrat.....	67
<i>Article 8</i> (art. 1195 du code civil et art. L. 211-40-1 [nouveau] du code monétaire et financier) : Le régime de l’imprévision.....	74
<i>Article 8 bis (nouveau)</i> (art. 1216-3 du code civil) : Disparition automatique des garanties accordées par le cédant en cas de cession de contrat.....	81
<i>Article 9</i> (art. 1217, 1221 et 1223 du code civil) : Les sanctions de l’inexécution du contrat.....	82
<i>Article 10</i> (art. 1304-4 et 1305-5 du code civil) : Certaines modalités de l’obligation.....	89
<i>Article 11</i> (art. 1327 du code civil) : La cession de dette.....	91
<i>Article 12</i> (art. 1327-1, 1328-1 et 1352-4 du code civil) : Corrections d’erreurs matérielles et précision.....	93
<i>Article 13</i> (art. 1343-3 du code civil) : Le paiement de sommes d’argent en monnaie étrangère	95
<i>Article 14</i> (art. 1347-6 du code civil) : Les effets de la compensation à l’égard des tiers	99
<i>Article 15</i> (art. 9 de l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations) : Les conditions du maintien de la loi ancienne pour les contrats conclus avant le 1 ^{er} octobre 2016.....	101
PERSONNES ENTENDUES.....	107

MESDAMES, MESSIEURS,

« *Autant dire que le Code civil n'est plus ni le reflet, ni l'écrin du droit positif, ce qui est difficilement concevable dans un système juridique acquis aux vertus de la codification, à savoir l'accessibilité, l'intelligibilité et la prévisibilité du droit* ». Tels étaient les termes employés par le Professeur Denis Mazeaud dans un article du 23 février 2016 ⁽¹⁾ pour justifier le bien-fondé de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 (ci-après « l'ordonnance »).

Prise sur le fondement d'une habilitation issue de l'article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, cette ordonnance est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Elle correspond à l'aboutissement de quinze années de travaux préparatoires, associant les théoriciens et praticiens du droit et des affaires, pour élaborer la première grande réforme du droit des contrats et des obligations depuis l'élaboration du code Napoléon en 1804.

Largement décrié en raison de nombreuses dispositions désuètes, incomplètes ou imparfaites, le code civil a mal vieilli au regard de l'évolution de la société française et de la mondialisation. En pratique, le droit des contrats et des obligations a sensiblement évolué grâce à l'œuvre considérable de la Cour de cassation, qui a forgé des règles très importantes de notre droit positif, parfois en contradiction avec certaines règles du code. Donnant lieu à des revirements jurisprudentiels parfois inattendus, notre droit des contrats et des obligations souffrait néanmoins d'une imprévisibilité affectant particulièrement le monde des affaires.

Poursuivant un double objectif d'intelligibilité, de lisibilité et de prévisibilité du droit d'une part, d'attractivité du droit français au plan politique, économique et culturel d'autre part, l'ordonnance consacre et codifie de nombreuses solutions jurisprudentielles, tranche certaines difficultés d'interprétation et introduit des innovations dans notre droit positif, s'inspirant des projets européens et internationaux du droit publiés depuis 1994.

(1) Denis Mazeaud, Présentation de la réforme du droit des contrats, *La gazette du Palais*, 23 février 2016, n° 8, page 15.

Sont principalement novatrices – voire révolutionnaires par rapport au principe fondamental de liberté contractuelle – les dispositions du code civil relatives au contrat d’adhésion (articles 1110 et 1171), à la violence en cas d’état de dépendance (article 1143) ou à l’imprévisibilité (article 1195) qui partent du postulat que, dans certaines situations, la liberté et l’égalité ne se retrouvent pas, si bien qu’il faut protéger la partie contractante la plus faible.

Déposé le 9 juin 2017, le projet de loi initial comportait un article unique visant à ratifier l’ordonnance. Adopté le 17 octobre 2017 par le Sénat, il en comporte désormais 15 : les articles 2 à 14 visent à lever, selon le rapporteur de la commission des Lois du Sénat, M. François Pillet, des ambiguïtés d’interprétation de certaines dispositions du code civil issues de l’ordonnance ou à corriger des malfaçons, tandis que l’article 15 modifie les règles d’application dans le temps de l’ordonnance.

Soucieux de préserver la stabilité juridique du droit des contrats et des obligations, les praticiens et théoriciens du droit s’étant d’ores et déjà largement appropriés la réforme depuis son entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016, votre rapporteur s’est concentré, durant ses auditions, sur l’évaluation de la pertinence des modifications proposées par le Sénat, tout en prenant en considération la nécessité de clarifier ou corriger les dispositions posant effectivement des difficultés d’interprétation majeures.

*

* *

I. UNE RÉFORME NÉCESSAIRE, EN DISCUSSION DEPUIS PRÈS DE 15 ANS

Annoncée lors des festivités organisées à l'occasion du bicentenaire du code civil en 2004, la réforme du droit des contrats et des obligations, considérée par tous comme nécessaire, s'est fait désirer. Pas moins de **trois avant-projets** marquèrent les esprits, cependant que le silence des institutions faisait craindre qu'elle ne devienne « l'Arlésienne du droit civil » :

– l'avant-projet de réforme du droit des obligations préparé sous la direction de M. Pierre Catala, remis au garde des Sceaux le 22 septembre 2005 ⁽¹⁾ (dit « **projet Catala** ») ;

– les propositions de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations élaborées sous la direction de M. François Terré ⁽²⁾ (dit « **projet Terré** »), trois ans plus tard ;

– et le **projet de réforme du droit des contrats**, inspiré des travaux précités, rédigé par la Chancellerie en juillet 2008, suivi de plusieurs autres versions soumises à la réflexion des praticiens et théoriciens du droit et des milieux d'affaires ⁽³⁾.

Trois phénomènes ont en réalité concouru à la rénovation du droit des contrats et des obligations en France à partir des années 2000 et justifié ces différents projets.

Le premier est le **mouvement de codification ou de recodification des codes civils nationaux** dans de nombreux pays à cette époque (Argentine, Québec, Brésil, Pays-Bas, Roumanie, Allemagne...), accentuant le vieillissement du code civil français.

Le deuxième phénomène est l'élaboration de **projets d'harmonisation du droit des contrats au niveau européen**, en particulier les « *Principes du droit européen du contrat* », sous la direction de M. Olivier Lando (dits « principes Lando »), publiés entre 1995 et 2003, relayés par les autorités européennes sous plusieurs formes pour mettre en place un droit des contrats européen. L'on peut ici citer le projet de code européen des contrats ou code *Gandolfi*, publié en 2000, le projet de cadre commun de référence (DCFR), qui couvre tout le droit privé et qui a été remis officiellement au Parlement européen le 21 janvier 2008, et les travaux menés par la société de législation comparée et l'association Henri Capitant des amis de la pensée juridique française, qui ont abouti à la rédaction de principes contractuels communs (PCC) publiés en février 2008.

(1) Pierre Catala (ss dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc.fr., 2006.

(2) François Terré (ss dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008 ; *Pour une réforme du général des obligations*, Dalloz, 2013.

(3) *Pour une présentation des différents projets de la Chancellerie*, voir V.J. Ghestin, G. Loiseu et Y-M. Serinet, *La formation du contrat*, t.1, LGDJ, 4^e édition 2013, n° 24 et suivants.

Le troisième phénomène est le renforcement de la **prise de conscience d'une concurrence normative entre les droits**, en raison de la hiérarchisation des droits nationaux effectuée par la Banque mondiale. Les rapports « *Doing business* » publiés par la Banque mondiale, mettant régulièrement en valeur les systèmes juridiques de *common law*, ont notamment contribué à développer l'image d'un droit français complexe, imprévisible et peu attractif.

La conjugaison de ces trois phénomènes a incité notre pays à se doter d'un droit écrit des contrats plus lisible et prévisible, rédigé dans un style plus accessible et présenté de manière plus claire et didactique, afin d'attirer les investisseurs étrangers et les opérateurs souhaitant rattacher leurs contrats au droit français.

Finalement, surmontant l'opposition du Sénat qui tenait à ce que cette réforme soit débattue au Parlement, la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures a habilité le Gouvernement à « *prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour modifier la structure et le contenu du Livre III du Code civil, afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme* »⁽¹⁾.

Une dizaine de jours plus tard, la Chancellerie a présenté un projet d'ordonnance et l'a soumis à consultation publique, pour finalement aboutir à la rédaction de l'ordonnance du 10 février 2016, proposée aujourd'hui à la ratification du Parlement.

II. LE CONTENU DE LA RÉFORME : CODIFICATION, MODIFICATION, RÉVOLUTION ?

Le contenu de la réforme peut être présenté selon le triptyque proposé par le Professeur Denis Mazeaud⁽²⁾, en distinguant tout d'abord l'entreprise de codification qui en constitue l'essentiel sur le plan quantitatif, puis en soulignant les modifications du code civil résultant d'ajouts ou d'une réécriture du droit positif, avant de conclure par les principales innovations au bénéfice de la partie la plus faible révolutionnant notre code civil au regard du principe traditionnel de liberté contractuelle.

A. LA CODIFICATION DU DROIT D'ORIGINE JURISPRUDENTIELLE

L'ordonnance prévoit, pour sa majeure partie, une codification à droit constant de la jurisprudence, reprenant des solutions ancrées dans le paysage juridique français bien que non écrites, relatives à toutes les phases du processus

(1) Voir le commentaire de l'article 1^{er} dans le présent rapport.

(2) Denis Mazeaud, *Présentation de la réforme du droit des contrats*, précité.

contractuel. Elle restitue ainsi au droit commun des contrats, sans bouleversement, la caractéristique essentielle des systèmes de droit continental.

1. Formation du contrat

En premier lieu, la section 1 du chapitre II de l'ordonnance relatif à la formation du contrat introduit dans le code civil l'**obligation précontractuelle d'information (article 1112-1)**, consacrant ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation, qui l'avait imposé depuis longtemps. La jurisprudence a d'abord cherché à appréhender l'obligation d'information comme l'accessoire d'une obligation préexistante (en matière de vente, en la rattachant à l'obligation de garantie des vices cachés, ou à l'obligation de délivrance ou encore à l'obligation de sécurité). Elle a ensuite cherché à rattacher l'obligation générale d'information aux principes cardinaux qui régissent le droit des contrats au stade de la formation du contrat (incidence sur la validité du consentement) et de l'exécution du contrat (déclinaison des principes de bonne foi, d'équité et de responsabilité).

L'ordonnance déconnecte ainsi l'obligation précontractuelle d'information de l'existence d'une obligation légale issue d'un droit spécial (droit de la consommation par exemple) pour en faire une obligation générale en droit des contrats. Le manquement à cette obligation, qui pèse sur celui qui connaît une information déterminante du consentement de son cocontractant qui l'ignore légitimement ou fait confiance à celui-là, n'est toutefois pas constitué s'il porte sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ce faisant, l'ordonnance consacre la jurisprudence de la Cour de cassation par laquelle le silence de l'acquéreur, fût-il professionnel, sur la valeur du bien vendu ne permet pas à l'acquéreur, non informé, d'agir en responsabilité ou en nullité ⁽¹⁾.

En deuxième lieu, l'ordonnance codifie les règles jurisprudentielles relatives à la **procédure de formation du contrat**, à propos desquelles le Professeur Denis Mazeaud considère que « *le silence du code était proprement assourdissant* » ⁽²⁾. Sont reprises à l'**article 1112** les règles relatives à la négociation du contrat placées sous l'égide de la liberté contractuelle, désormais tempérée par le devoir de bonne foi, que ce soit lors de leur initiative, de leur déroulement ou de leur rupture. La sanction de la rupture déloyale des négociations donne lieu à réparation du préjudice mais ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu. L'ordonnance reprend donc la solution de la Cour de cassation, sans toutefois aller jusqu'à préciser que la perte de chance ne constitue pas un préjudice réparable ⁽³⁾.

En troisième lieu, l'ordonnance introduit dans le code civil la plupart des décisions rendues par la Cour de cassation en matière d'**offre et d'acceptation du contrat (articles 1113 à 1122)**. Ces notions sont désormais définies.

(1) Cour de cassation, 3^e Civ, 17 janvier 2007, pourvoi n° 06-10442.

(2) Denis Mazeaud, *Présentation de la réforme du droit des contrats, précité*.

(3) Cour de cassation, Com, 26 novembre 2003, pourvois n° 00-10243 et 00-10949.

Conformément à l'impératif de liberté contractuelle, il est également précisé que la rétractation de l'offre, pendant le délai fixé par son auteur à son destinataire pour l'accepter ou pendant un délai raisonnable, ne peut pas être sanctionnée par la formation forcée du contrat, mais simplement par la mise en jeu de la responsabilité extracontractuelle de l'offrant fautif (étant entendu que le préjudice réparable sera alors le même que dans l'hypothèse d'une rupture déloyale d'une négociation, à savoir les pertes subies et pas les avantages escomptés du contrat offert). De la même manière, est affirmée clairement la règle selon laquelle le silence du destinataire d'une offre ne vaut pas, en principe, acceptation.

En dernier lieu, l'ordonnance consacre la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de **pacte de préférence à l'article 1123** en précisant la sanction applicable en cas de violation du pacte : quand le promettant a violé son engagement et a conclu le contrat, objet du pacte, avec un tiers, le bénéficiaire peut agir en nullité ou en substitution dans les droits de ce tiers, à condition qu'il apporte la preuve que ce dernier connaissait non seulement l'existence du pacte mais encore son intention de s'en prévaloir ⁽¹⁾.

2. Validité du contrat

L'ordonnance codifie ensuite, **aux articles 1128 à 1144**, les règles de fond relatives à la validité du contrat, dégagées par la Cour de cassation.

En matière de vice du consentement, l'on peut souligner que **l'erreur** doit porter sur les qualités substantielles de la prestation ou sur celles du cocontractant dans les contrats conclus en considération de la personne ; il peut s'agir d'une erreur de droit ou de fait, mais elle n'est sanctionnée que si elle est excusable (**articles 1132 et 1134**). L'erreur sur les motifs est indifférente, à moins que les parties n'en aient fait « expressément » un élément déterminant de leur consentement - réserve étant faite toutefois du cas des libéralités, pour lesquelles il est rappelé que l'erreur sur le motif est bien une cause de nullité, ce qui permet d'appréhender les situations qui étaient auparavant sanctionnées sur le fondement de l'absence de cause dans les contrats à titre gratuit (**article 1135**). L'erreur sur la valeur demeure indifférente (**article 1136**). Le texte tranche également plusieurs questions qui avaient pu être discutées en doctrine, mettant fin à certaines incertitudes : ainsi les qualités essentielles sur lesquelles porte l'erreur sont celles qui ont été convenues et en considération desquelles les parties ont contracté, ce qui correspond à une analyse objective permettant de circonscrire le champ de la nullité pour erreur (**article 1133 alinéa 1**). Par ailleurs, l'erreur peut porter sur sa propre prestation (**article 1133 alinéa 2**), et l'acceptation d'un aléa chasse l'erreur (**article 1133 alinéa 3**). L'ordonnance reprend également les règles jurisprudentielles relatives à l'admission de la **réticence dolosive** comme cause de nullité, c'est-à-dire la dissimulation intentionnelle par l'un des cocontractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie (**article 1137**). Elle admet également la nullité quand l'erreur provoquée par un dol porte

(1) Cour de cassation, chambre mixte, 26 mai 2006, pourvoi n° 03-16800.

sur les motifs (**article 1135**) ou la valeur (**article 1136**), ainsi que le caractère toujours excusable de l'erreur quand elle est la conséquence d'une manœuvre dolosive (**article 1139**).

De plus, l'ordonnance reprend certaines solutions jurisprudentielles qui concernent les **contrats conclus par un incapable**, notamment celle aux termes de laquelle de tels contrats sont valables quand il s'agit d'actes autorisés par la loi ou l'usage et qu'ils sont conclus à des conditions normales, c'est-à-dire quand ils ne sont pas lésionnaires (**articles 1145 à 1152**).

En outre, le code affirme désormais le **principe du consensualisme**, autrement-dit la liberté de la forme, en vertu duquel la validité du contrat n'est, sauf exception, soumise à aucune condition de forme (**article 1172 et 1173**).

Enfin, alors que le code civil ne comportait qu'une disposition régissant la **nullité** (article 1304), celle-ci est désormais l'objet de plusieurs règles qui sont le reflet de celles que la Cour de cassation a forgées depuis des décennies, qu'il s'agisse des notions de nullité relative et absolue ou de leurs régimes respectifs, notamment celles de confirmation ou de nullité partielle (**articles 1178 à 1185**). Par ailleurs, la **caducité**, qui frappe un contrat valablement formé dont un des éléments essentiels disparaît lors de son exécution, trouve également sa place dans le code (**articles 1186 et 1187**).

3. Efficacité du contrat

L'ordonnance poursuit son travail de codification de la jurisprudence relative à l'efficacité du contrat entre les parties et à l'égard des tiers.

Entre les parties, sont intégrées dans le code toute une série de règles que la Cour de cassation avait créées sur la **durée du contrat (articles 1210 à 1215)**. On retrouve, dans la nouvelle subdivision, la prohibition des engagements perpétuels, le droit de résiliation unilatérale qui peut toujours être exercé dans un contrat à durée indéterminée, sous réserve de respecter le délai prévu ou un délai raisonnable, le droit de ne pas renouveler un contrat à durée déterminée, le régime des contrats prorogés, et la règle selon laquelle un contrat à durée déterminée renouvelé ou tacitement reconduit devient un contrat à durée indéterminée⁽¹⁾, étant entendu que l'un et l'autre sont alors considérés comme de nouveaux contrats, dont le contenu est identique au contrat originel.

À l'égard des tiers, l'ordonnance étoffe sensiblement le régime de la **stipulation pour autrui (articles 1205 à 1209)** et consacre la règle de l'**opposabilité du contrat aux tiers**, aux termes de laquelle s'ils contribuent à violer la loi contractuelle, leur responsabilité extracontractuelle pourra être engagée (**articles 1199 à 1201**).

(1) Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 15 nov. 2005, pourvoi n° 02-21366.

4. Inexécution du contrat

Lors de cette phase du processus contractuel, le Professeur Denis Mazeaud relève **trois illustrations de l'entreprise de codification réalisée par l'ordonnance**.

D'abord, **l'exception d'inexécution**, instrument de légitime défense contractuelle et garantie contre l'inexécution, est généralisée comme elle l'était déjà en jurisprudence, et suppose pour être mise en jeu que l'inexécution soit suffisamment grave pour être mise en œuvre, comme l'exigeait déjà la Cour de cassation (**articles 1219 et 1220**).

Ensuite, l'affirmation du **principe de l'exécution forcée en nature** que le code, dans sa version de 1804, continuait de cantonner aux seules obligations de donner, alors que la Cour de cassation avait, par la suite, étendu son champ d'application à toutes les obligations, y compris, donc, celles de faire et de ne pas faire (**articles 1221 et 1222**).

Enfin, apparaissent, dans l'ordonnance, les **clauses résolutoires de plein droit**, dont la validité était admise en jurisprudence, qui permettent de prévoir que le contrat sera résolu, sans intervention du juge lorsque le manquement visé par la clause sera avéré, quelle que soit sa gravité (**article 1225**).

B. LES MODIFICATIONS DU CODE CIVIL ET DU DROIT POSITIF

Outre cette très vaste entreprise de codification à jurisprudence constante, la réforme du droit des contrats se traduit par des modifications formelles et de fond.

1. Les modifications du code civil

À titre liminaire, l'ordonnance **renouvelle le style du code civil**, dont l'élégance n'était pas contestable mais parfois difficilement compréhensible pour l'ensemble des citoyens. Elle rend ainsi ces dispositions plus accessibles, par l'usage d'un vocabulaire contemporain, et des formulations plus simples et plus explicites, tout en conservant la concision et la précision qui caractérisent le code civil.

Ensuite, l'ordonnance propose de **simplifier le plan du livre III du code civil** en adoptant une classification plus pédagogique. Le plan originel, qui reposait notamment sur des distinctions depuis discutées, est entièrement repensé et restructuré aux fins de conférer à chaque texte un champ bien déterminé et d'en renforcer la clarté. L'ordonnance fait ainsi le choix de modifier les titres III à IV *bis* du livre III, pour les consacrer respectivement aux différentes sources d'obligations, au régime général des obligations et à la preuve des obligations. Chacun de ces titres est également restructuré, l'exposé du droit commun des

contrats suivant par exemple un plan chronologique, de la formation du contrat jusqu'à sa fin.

Ainsi, l'ordonnance introduit en tête du titre III **trois grands principes** qui chapeautent toutes les autres dispositions et qui constituent « les dispositions liminaires », même si certains auteurs les interprètent déjà comme des « principes directeurs » du droit des contrats. Il s'agit, dans l'ordre, de la **liberté contractuelle**, de la **force obligatoire du contrat** et du **devoir de bonne foi** (**articles 1102, 1103 et 1104**). Ce choix de mettre en exergue trois principes fondamentaux exprime l'un des objectifs essentiels poursuivis par l'ordonnance : il s'agit de trouver un **équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté**.

Par ailleurs, l'ordonnance introduit une **théorie générale de la représentation**, jusqu'alors objet de dispositions éparpillées d'origine légale, judiciaire ou contractuelle (**articles 1153 à 1161**).

Enfin, l'ordonnance **abandonne certaines notions** présentes dans le code civil et historiquement très ancrées dans le droit français, mais qui n'étaient pas définies, dont le régime n'était pas déterminé par la loi, et dont le maintien ne paraissait pas nécessaire, telles que les **obligations de faire, de ne pas faire et de donner**.

Le sort réservé à la **notion de cause** doit être souligné : si le mot de « cause » n'apparaît plus dans le code civil, cela ne permet pas de conclure à sa disparition pure et simple dans notre droit positif, dans la mesure où certaines de ses fonctions traditionnelles ou plus modernes sont maintenues ou consacrées. En premier lieu, le contenu et le but du contrat doivent être conformes à l'ordre public, que celui-ci ait été connu ou non par tous les contractants (**article 1162** consacrant la notion de cause subjective dégagée par la jurisprudence). En deuxième lieu, un contrat à titre onéreux est nul quand, lors de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est dérisoire ou illusoire (**article 1169** consacrant la notion de cause objective dégagée par la jurisprudence). En dernier lieu, la clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite (**article 1170**) comme le prévoyait déjà la Cour de cassation depuis 1996, sur le fondement de la cause ⁽¹⁾.

L'ordonnance propose également la **disparition de certaines règles d'interprétation du contrat** (articles 1158, 1159, 1160, 1163 et 1164 du code civil de 1804) **priviliégiant l'apparition de règles nouvelles**. D'une part, celle en vertu de laquelle, lorsque la commune intention des parties ne peut pas être découverte, le contrat doit s'interpréter dans le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation (**article 1188 alinéa 2**). D'autre part, celle en vertu de laquelle quand plusieurs contrats contribuent à la

(1) *Cour de cassation, Com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 93-18632 : au nom de la cause, la Cour a réputé non écrites les clauses limitatives de réparation qui contredisaient l'obligation essentielle souscrite par le débiteur professionnel protégeant ainsi le contractant professionnel contre des clauses abusives.*

réalisation d'une opération économique unique, celle-ci constitue alors le centre de gravité de leur interprétation (**article 1186**). Cette prise en compte du phénomène des groupes de contrats constitue une innovation même s'il n'était pas inconnu en droit positif.

2. Les modifications du droit positif

a. Formation du contrat

Trois règles nouvelles, notamment, emportent des modifications de notre droit positif au stade de la formation du contrat.

Contrairement à la jurisprudence antérieure, l'ordonnance précise que le **décès de l'offrant pendant le délai exprès d'acceptation emporte la caducité de l'offre (article 1117)** : cette question était discutée en doctrine et n'était pas réglée clairement par la jurisprudence. En effet, après quelques arrêts dont le sens prêtait à confusion, la Cour de cassation, a décidé en 2014 que l'offre était maintenue jusqu'à l'expiration du délai fixé par l'offrant du temps de son vivant, sans doute parce qu'elle considérait qu'en assortissant son offre d'un tel délai, il avait souscrit un engagement unilatéral de volonté, source d'une obligation de maintien de l'offre qui survivait à son décès. Cette jurisprudence est désormais « brisée ». Selon le rapport au Président de la République, il est apparu qu'une solution contraire serait de nature à soulever des difficultés dans les contrats conclus en considération de la personne du contractant, à engendrer des problèmes d'application complexes en considération de la législation sur les incapables et les successions, et à créer des contentieux.

Ensuite, l'ordonnance prévoit que **la date de formation du contrat entre absents**, fixée par la jurisprudence dès l'émission de l'acceptation, est désormais **retardée à la réception de l'acceptation par l'offrant**, étant entendu que, comme la règle jurisprudentielle, la règle légale n'est que supplétive de la volonté des contractants (**article 1118 alinéa 2**). Cette solution apporte une plus grande sécurité juridique sur la date de formation du contrat. Elle est conforme à celle retenue dans différents projets d'harmonisation européens.

Enfin, une très importante modification du **régime des promesses unilatérales de contrats** doit être relevée. L'**article 1124**, après avoir donné une définition de la promesse unilatérale (alinéa 1), prévoit **la sanction de la révocation de cette promesse, avant la levée de l'option, par l'exécution forcée du contrat** (alinéa 2). Cette solution met fin à une jurisprudence très critiquée : la Cour de cassation refuse en effet la réalisation forcée du contrat lorsque la levée de l'option par le bénéficiaire intervient postérieurement à la rétractation du promettant, et limite la sanction à l'octroi de dommages et intérêts uniquement ⁽¹⁾. La nouvelle solution adoptée, conforme aux projets européens d'harmonisation, tend à renforcer la sécurité et l'efficacité de la promesse unilatérale. L'ordonnance

(1) Cour de cassation, 3^e civ., 15 décembre 1993, pourvoi n° 91-10199.

prévoit une gradation des sanctions en fonction de l'intensité de l'engagement : révocation de l'offre sanctionnée par l'allocation de dommages et intérêts excluant la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu, et révocation de la promesse unilatérale sanctionnée par la conclusion « forcée » du contrat. Le texte codifie par ailleurs la solution jurisprudentielle actuelle sur la nullité du contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence (alinéa 3).

b. Validité du contrat

Plusieurs modifications du droit positif relatives à la validité du contrat méritent d'être soulignées telles que :

– le **nouveau régime de la fixation du prix** : l'ordonnance brise la jurisprudence de la Cour de cassation, qui avait affirmé en 1995 ⁽¹⁾, que, sauf exceptions légales spéciales, le prix pouvait être unilatéralement fixé, sans que la validité du contrat en soit affectée, et que si le prix ainsi fixé était abusif, le contrat pouvait être résilié et la responsabilité du contractant qui avait fixé un tel prix, mise en jeu. Désormais, **le principe redevient la fixation bilatérale du prix contractuel ; la fixation unilatérale redevient une exception cantonnée aux contrats cadre (article 1164) et, dans certaines circonstances, aux contrats de prestations de service (article 1165) ;**

– **la meilleure prise en considération du phénomène des groupes de contrats dans le cadre de la caducité** : ainsi, lorsque deux contrats contribuent à la réalisation d'une opération économique unique, l'ordonnance prévoit que la disparition de l'un des contrats économiquement interdépendants emporte la caducité de l'autre contrat, dont l'exécution est alors devenue impossible. Encore faut-il, et c'est ici qu'apparaît la modification de notre droit positif, que le contractant, dont le contrat est ainsi menacé de caducité, ait connu l'existence de l'opération économique d'ensemble à la réalisation de laquelle contribuait son propre contrat, au moment où il a émis son consentement (**article 1186**) ;

– **l'introduction d'un écrit à peine de nullité en cas de cession de contrat (article 1216).**

c. Efficacité du contrat

Il faut tout d'abord souligner l'apparition d'un nouveau concept, **l'action interrogatoire**, présente dans plusieurs règles nouvelles, qui permet de s'assurer de l'efficacité du contrat entre les parties ou à l'égard des tiers :

– **l'article 1123** du code civil permet à un tiers à un pacte de préférence de demander par écrit au bénéficiaire de celui-ci de lui confirmer, dans un délai raisonnable qu'il fixe, l'existence de ce pacte de préférence et son intention de s'en prévaloir. Faute de réponse dans le délai, l'écrit informe le bénéficiaire que si

(1) Cour de cassation, assemblée plénière, 1^{er} décembre 1995, pourvoi n° 93-13688.

le contrat, objet du pacte, est conclu avec le tiers, il ne pourra agir ni en nullité ni être substitué dans les droits de celui-ci ;

– en matière de représentation, l'**article 1158** permet au tiers qui doute de l'étendue des pouvoirs du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, de demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est bien habilité ;

– l'**article 1183** vise à purger le contrat de ses vices potentiels et à limiter le contentieux : il permet ainsi à une partie d'enjoindre à son cocontractant de prendre position dans un délai de six mois entre une action en nullité et la confirmation du contrat.

L'on doit également mentionner la modification introduite par l'ordonnance à l'**article 1198, alinéa 2** s'agissant du **conflit entre deux acquéreurs d'un seul et même immeuble, qui tiennent leurs droits d'un vendeur identique**. En effet, depuis un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, le 12 janvier 2011, ce conflit était tranché en faveur du second acquéreur qui avait publié son acte authentique le premier, alors même qu'il était de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il connaissait l'existence de la première vente au moment de la conclusion de son propre contrat de vente. L'ordonnance brise cette jurisprudence et redonne au devoir de bonne foi l'influence dont la Cour de cassation l'avait privée. Désormais, le second acquéreur et premier publiant ne sera préféré au premier acquéreur qu'à la condition qu'il ait été de bonne foi au jour de la vente qu'il a conclue ⁽¹⁾.

d. Inexécution du contrat

La section 5 du chapitre IV du sous-titre I^{er} du titre III du livre III du code civil regroupe désormais l'ensemble des règles relatives à l'inexécution contractuelle. Elle est divisée en cinq sous-sections respectivement consacrées aux **différentes sanctions de l'inexécution**, et présentées à titre liminaire à l'**article 1217**. Cette présentation clarifie les règles applicables et en permet une appréhension globale. Les nouvelles dispositions sont également plus étoffées et plus complètes que les textes anciens et comportent quelques innovations remarquables.

La première réside dans l'**instauration d'une exception au principe de l'exécution forcée en nature**. Désormais, ce principe pourra être exclu s'il existe une disproportion entre le coût de l'exécution forcée en nature pour le débiteur et son intérêt pour le créancier (**article 1221**). Selon Denis Mazeaud, « *Si cette nouvelle exception doit retenir l'attention, c'est parce qu'au nom de l'impératif d'efficacité économique du droit, elle porte atteinte au sacro-saint principe du respect de la parole donnée, en vertu duquel la parole contractuellement donnée a une valeur telle qu'elle n'a pas de prix et que, par conséquent, elle ne peut pas, si elle est violée, se résoudre en dommages-intérêts. Ceci étant, on peut aussi*

(1) Cour de cassation, 3^e Civ., 12 janvier 2011, pourvoi n° 09-17068.

détecter dans cette exception nouvelle une application de la traditionnelle réserve d'abus aux termes de laquelle le titulaire d'un droit subjectif, d'un pouvoir ou d'une prérogative contractuelle doivent les exercer sans en abuser»⁽¹⁾. Cette nouvelle exception vise à éviter certaines décisions jurisprudentielles très contestées, la Cour ayant, par exemple, ordonné la démolition d'une maison du fait d'un niveau de construction inférieur de quelques centimètres aux stipulations contractuelles⁽²⁾.

Autre alternative désormais offerte au créancier, **la possibilité de faire exécuter lui-même l'obligation, après mise en demeure du débiteur, et ce, aux frais du débiteur**. Il n'a donc plus à demander au juge une autorisation préalable, contrairement au mécanisme antérieur. Le recours au juge n'est obligatoire que pour faire détruire ce qui a été fait en violation de l'obligation et d'obtenir du débiteur une avance pour procéder à cette destruction (**article 1222**).

Une autre modification concerne **l'introduction de la résolution unilatérale du contrat**, alors qu'elle n'était admise jusqu'alors par la Cour de cassation que comme une exception à notre traditionnelle résolution judiciaire. Dans l'ordonnance, le contractant, victime d'une inexécution suffisamment grave, a désormais une option : soit il peut demander la résolution au juge, soit il peut la notifier au débiteur (**article 1224**). La résolution unilatérale est donc érigée au rang de principe concurrent de la résolution judiciaire. Néanmoins, son régime est plus rigoureusement encadré qu'en droit positif, puisque le créancier qui choisit la voie de la résolution unilatérale est tenu de mettre en demeure son débiteur de s'exécuter, et si celle-ci est infructueuse, d'une obligation de motivation (**article 1226**). En outre, il semble résulter de l'article 1228 que le juge pourrait, si la résolution unilatérale est infondée, ordonner la poursuite de l'exécution du contrat.

Enfin, l'ordonnance introduit une **nouvelle sanction à l'article 1223 : la réduction unilatérale du prix en cas d'exécution imparfaite du contrat**. Dans un tel cas de figure, le créancier peut solliciter une réduction proportionnelle du prix, étant précisé que, s'il n'a pas encore payé, il notifie sa décision de réduire le prix à son débiteur.

C. UNE RÉVOLUTION AU NOM DE LA JUSTICE CONTRACTUELLE ?

Trois innovations majeures viennent bousculer notre conception traditionnelle du droit des contrats fondée sur le principe de la liberté contractuelle : au nom de la justice contractuelle, l'ordonnance introduit deux mécanismes destinés à protéger la partie la plus faible du contrat, qu'elle se trouve liée par un contrat d'adhésion ou dans un état de dépendance, et un mécanisme permettant aux parties, et, *in fine*, au juge de réviser les termes du contrat ou d'y mettre fin en cas de changement de circonstances imprévisibles rendant

(1) Denis Mazeaud, *Présentation de la réforme du droit des contrats, précité*.

(2) Cour de cassation, 3^e Civ., 11 mai 2005, pourvoi n° 03-21.136.

l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour une partie n'ayant pas accepté d'en assumer le risque.

Ce mouvement vers un droit commun des contrats français plus juste le rapproche des autres droits étrangers et des projets d'harmonisation européens, qui proposent des dispositions similaires.

1. La protection du cocontractant le plus faible

a. Le contrat d'adhésion et la protection contre les clauses abusives

La figure du contrat d'adhésion apparaît dans le droit civil à l'**article 1110**, par opposition au contrat de gré à gré, et permet de sanctionner par la nullité, au titre de l'**article 1171**, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, à l'exception de celles relatives à l'objet principal du contrat et à l'adéquation du prix à la prestation. L'ordonnance s'inspire ici, sans les transposer littéralement, des dispositions spéciales de lutte contre les clauses abusives dans les contrats entre un professionnel et un consommateur (article 212-1 du code de la consommation) et dans les contrats entre partenaires commerciaux (2° du I de l'article L. 442-6 du code de commerce).

Partant du postulat que, dans ce type de contrat, la liberté et l'égalité ne se retrouvent pas, le Gouvernement a fait le choix dans l'ordonnance de protéger le contractant faible contre le risque de déséquilibre excessif. Ce choix est confirmé par l'**article 1190** qui précise que dans ce type de contrat, en cas de doute, les dispositions doivent être interprétées contre celui qui l'a proposé, c'est-à-dire au bénéfice de celui qui a adhéré. Il s'agit d'une règle jumelle de celle édictée par le code de la consommation au profit du consommateur et dont il n'est pas imprudent de penser qu'elle sera dotée de la même force, et donc qu'elle sera d'ordre public.

b. L'abus de dépendance

L'une des innovations essentielles du texte consiste à assimiler à la violence – vice de consentement par excellence – l'abus de la dépendance dans laquelle se trouve son cocontractant, ce que la jurisprudence de la Cour de cassation a admis dans des arrêts récents, et que la doctrine et les praticiens qualifient de « violence économique », même si le texte est en réalité plus large et n'est pas circonscrit à la dépendance économique (**article 1143**).

En effet, toutes les hypothèses de dépendance sont visées (y compris la violence psychologique ou sentimentale), ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles, en particulier dans le cadre de contrat à titre gratuit (libéralités, donations). Il y a 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.

Afin de répondre aux craintes des entreprises et d'objectiver l'appréciation de cet abus, a néanmoins été introduit, pour apprécier ce vice, un critère tenant à l'avantage manifestement excessif qu'en tire le cocontractant, ce qui permet de circonscrire précisément les cas d'application de ce texte.

2. L'imprévision

L'**article 1195** constitue en revanche l'une des innovations les plus importantes de l'ordonnance puisqu'il introduit l'imprévision dans le droit des contrats français, notion bien connue en jurisprudence administrative.

Désormais, lorsqu'un changement de circonstances, imprévisible lors de sa conclusion, survient pendant l'exécution du contrat et la rend excessivement onéreuse pour un des contractants, celui-ci peut demander à son contractant une renégociation du contrat et, en cas de refus ou d'échec de la renégociation, se tourner vers le juge pour que celui-ci révisé ou résilie le contrat devenu excessivement déséquilibré.

Cette règle nouvelle qui rompt avec une solution jurisprudentielle inaugurée avec le célèbre arrêt *Canal de Craponne* rendu en 1876 par la Cour de cassation⁽¹⁾, dans lequel celle-ci refusait la révision judiciaire pour imprévision, constitue « *une véritable révolution contractuelle, en ce qu'elle porte une atteinte frontale au principe cardinal de non-ingérence du juge dans le contrat, au nom d'un impératif de justice* »⁽²⁾.

Toutefois, cette « révolution » mérite d'être relativisée tant ses conditions de mise en œuvre sont encadrées : tout d'abord, l'imprévision est subordonnée à un changement de circonstances « imprévisibles » ; ensuite, ce changement de circonstances imprévisibles doit rendre l'exécution du contrat « excessivement onéreuse » pour une partie ; enfin, contrairement à ce que certains auteurs ont pu écrire, cette disposition est supplétive de volonté puisqu'elle peut être mise en échec par une clause d'acceptation du risque d'imprévision stipulée dans le contrat. La liberté contractuelle peut donc s'opposer à l'intervention du juge en cas d'imprévision, alors qu'aujourd'hui, via les clauses de *hardship*, elle peut lui permettre de réviser le contrat en dépit de la règle énoncée par la Cour de cassation en 1876⁽³⁾.

(1) Cour de cassation, Civ., 6 mars 1876.

(2) Denis Mazeaud, *Présentation de la réforme du droit des contrats*, précité.

(3) Voir le commentaire de l'article 8 dans le présent rapport.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT

A. MODIFICATIONS DU DROIT DES CONTRATS

1. Définitions, négociations et consentement (articles 2 à 5)

L'**article 2** clarifie la définition du contrat de gré à gré, dont les stipulations sont désormais librement « négociables » et non plus « négociées ». De même, il simplifie la définition du contrat d'adhésion en supprimant la référence aux conditions générales et en la remplaçant par la référence à des « *clauses non négociables, unilatéralement déterminées à l'avance par l'une des parties* » (article 1110 du code civil).

L'**article 3** précise le préjudice réparable en cas de faute commise dans les négociations précontractuelles, en excluant la perte de chance d'obtenir les avantages attendus du contrat non conclu, et procède à une correction rédactionnelle (article 1112).

L'**article 4** étend la caducité de l'offre, prévue à l'article 1117, au cas de décès de son destinataire. Il fixe également, en lieu et place du délai raisonnable prévu par l'article 1123 pour l'action interrogatoire sur l'existence d'un droit de préférence, un délai de deux mois.

L'**article 5** subordonne la nullité du contrat pour réticence dolosive, prévue par l'article 1137, aux seules hypothèses dans lesquelles une obligation d'information préalable existe légalement (au lieu de viser l'ensemble des informations « à caractère déterminant pour l'autre partie »). Il prévoit par ailleurs que la dépendance, qui peut être le siège du vice de violence, doit être une dépendance « économique » (article 1143).

2. Capacité et représentation (article 6)

L'**article 6** modifie l'article 1145 du code civil afin de veiller à l'articulation entre le code civil et, notamment, le droit des sociétés, en clarifiant les règles de capacité et de représentation concernant les personnes morales, pour éviter le risque de remise en cause des règles existantes. Désormais, la capacité des personnes morales est « *limitée au respect des règles applicables à chacune d'entre elles* ».

Le délai de l'action interrogatoire pour savoir si une personne a le pouvoir d'en représenter une autre est fixé à « *deux mois* » alors que l'article 1158 issu de l'ordonnance prévoyait un « *délai raisonnable* ».

Enfin, l'article 6 modifie l'article 1161 relatif aux situations de conflit d'intérêts (contrat conclu par le représentant avec le représenté, ou contrat pour lequel le même représentant intervient pour les deux parties) afin d'en limiter les effets aux situations où le représenté est une personne physique, ce qui fait

disparaître les questions d’articulation de ce texte avec les règles de représentation du droit des sociétés et du droit des autres groupements.

3. Contenu du contrat (article 7)

L’**article 7** introduit trois modifications substantielles des dispositions du code civil relatives au contenu du contrat.

La première concerne l’introduction de la résolution judiciaire comme sanction applicable en cas de prix abusif dans les contrats de prestations de service (article 1165), à l’instar du dispositif applicable au contrat-cadre (article 1164).

La deuxième restreint le champ de la révision de prix en cas d’indétermination de la qualité de la prestation (article 1166) en considérant que seul doit être prise en compte ce que le créancier peut raisonnablement attendre pour apprécier la réduction du prix (au lieu de tenir compte de « l’attente légitime des parties » dans le texte initial).

La dernière fait écho à la modification introduite à l’article 2 dans la mesure où elle introduit une nouvelle définition des clauses abusives dans un contrat d’adhésion, comme celles étant « *non négociables, unilatéralement déterminées à l’avance par l’une des parties* » (article 1171).

4. Effets du contrat (article 8)

L’**article 8** restreint le champ de l’article 1195 relatif à l’imprévision, en retirant au juge le pouvoir de réviser le contrat à la demande d’une seule partie en cas de changement de circonstances imprévisibles (il ne pourra qu’y mettre fin). Par ailleurs, les opérations sur instruments financiers (actions et obligations notamment) sont exclues du champ de l’imprévision grâce à un article additionnel introduit au sein du code monétaire et financier.

5. Exécution du contrat (article 9)

L’**article 9** limite au débiteur « *de bonne foi* » la possibilité de s’opposer à l’exécution forcée en nature du contrat lorsqu’il y a disproportion entre l’intérêt pour le créancier et le coût pour le débiteur (article 1221).

Par ailleurs, cet article précise que la réduction du prix par le créancier insatisfait résulte d’une décision unilatérale de sa part, qu’il ait payé ou non la prestation, alors que le texte initial prévoyait qu’il « *sollicite* » le débiteur s’il a déjà payé la prestation (articles 1217 et 1223).

B. MODIFICATIONS DU DROIT DES OBLIGATIONS (ARTICLES 10 À 14)

L'**article 10** apporte une clarification quant à la possibilité pour la partie engagée sous condition de renoncer à celle-ci (article 1304-4) et quant à l'inopposabilité de la déchéance du terme, étendue aux cautions (article 1305-5).

L'**article 11** soumet la cession de dette au formalisme de l'écrit (article 1327), comme la cession de créance et la cession de contrat.

L'**article 12** corrige une erreur rédactionnelle relative à l'opposabilité de la cession de dette au créancier lorsque celui-ci a par avance donné son accord à la cession et n'y est pas intervenu (le « *et* » remplace un « *ou* » malencontreux). C'est ensuite la restitution impliquant un mineur ou un majeur protégé qui est confirmée comme étant celle due par celui-ci, et non à ce mineur ou majeur protégé (article 1352-4).

L'**article 13** entend clarifier les règles relatives au paiement de sommes d'argent en monnaie étrangère pour maintenir le droit constant alors que l'article 1343-3 du code civil est perçu par les milieux d'affaires comme une restriction à la liberté de paiement en monnaie étrangère dans les affaires internationales. Il substitue donc à la notion de « *contrat international* » celle d'« *opération à caractère international* ».

L'**article 14** apporte enfin des précisions quant à la possibilité pour la caution et le codébiteur solidaire de se prévaloir de la compensation, alors même qu'elle n'aurait pas été invoquée par le débiteur principal, un codébiteur ou le créancier.

C. APPLICATION DE LA RÉFORME DANS LE TEMPS (ARTICLE 15)

L'**article 15** modifie l'article 9 de l'ordonnance en précisant que les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 demeurent soumis à la loi ancienne et en ajoutant que cela vaut aussi pour leurs « *effets légaux et pour les dispositions d'ordre public* ».

IV. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LA COMMISSION

Particulièrement soucieux de préserver **la justice contractuelle**, votre rapporteur s'est attaché à **rétablir ou à améliorer les dispositions de l'ordonnance qui ont été supprimées ou amputées par le Sénat au nom d'une vision libérale**, en particulier s'agissant du contrat d'adhésion, de la violence liée à l'abus de l'état de dépendance et du pouvoir de révision du juge dans le cadre de l'imprévision.

LES PRINCIPALES MODIFICATIONS ADOPTÉES PAR LA COMMISSION

La Commission a :

- à l'initiative de votre rapporteur, simplifié les définitions du contrat de gré à gré et du contrat d'adhésion à l'article 2 et définit, à l'article 3 *bis*, la notion de « conditions générales » qui conditionne l'existence du contrat d'adhésion ;

- à l'initiative de votre rapporteur et de l'ensemble des membres du groupe La France insoumise, supprimé l'article 4, qui visait à prévoir la caducité de l'offre en cas de décès du destinataire et à fixer à deux mois le délai dans lequel la réponse doit être apportée à l'action interrogatoire en matière de pacte de préférence ;

- à l'initiative de votre rapporteur, de M. Raphaël Gauvain et de l'ensemble des membres du groupe La République en marche et de M. Jean-Luc Warsmann, supprimé l'article 5, revenant ainsi sur la limitation de la réticence dolosive au contenu de l'obligation d'information préalable ainsi que sur la restriction à la dépendance économique de l'abus de l'état de dépendance ;

- à l'initiative de votre rapporteur, de M. Raphaël Gauvain et de l'ensemble des membres du groupe La République en marche et de M. Jean-Luc Warsmann, modifié l'article 6 pour revenir au délai raisonnable prévu initialement pour l'action interrogatoire en matière de représentation ;

- à l'initiative de votre rapporteur, de M. Raphaël Gauvain et de l'ensemble des membres du groupe La République en marche, et de M. Warsmann, rétabli l'article 1166 du code civil prévoyant qu'en cas d'indétermination de la qualité de la prestation, il convient de l'apprécier « *conformément aux attentes légitimes des parties* » (article 7, alinéa 6) ;

- à l'initiative de votre rapporteur, rétabli l'article 1179 du code civil prévoyant que l'ensemble des clauses d'un contrat d'adhésion sont susceptibles d'être déclarées abusives, sauf exceptions légales (article 7, alinéa 7) ;

- à l'initiative de votre rapporteur, de M. Raphaël Gauvain et de l'ensemble des membres du groupe La République en marche et de M. Jean-Luc Warsmann, rétabli le pouvoir de révision du juge à la demande d'une seule partie en cas d'imprévision (article 8) ;

- à l'initiative de votre rapporteur, précisé à l'article 8 *bis* et à l'article 12 qu'en cas de cession de contrat ou de cession de dettes, les sûretés accordées respectivement par le cédant ou par le débiteur originaire disparaissent automatiquement ;

● à l'initiative de votre rapporteur, clarifié à l'article 9 les dispositions du code civil relatives à la réduction du prix par le créancier en cas d'inexécution imparfaite de la prestation ;

● à l'initiative de votre rapporteur, étendu à l'article 13 la possibilité d'utiliser des monnaies étrangères en tant que « monnaie de compte » à tous les contrats dès lors que le débiteur de l'obligation conserve la faculté de se libérer en euros ;

● à l'initiative de votre rapporteur, supprimé à l'article 15 les modifications introduites par le Sénat concernant l'application dans le temps des dispositions de l'ordonnance. La Commission a ensuite précisé que l'entrée en vigueur de la présente loi de ratification est fixée au premier jour du troisième mois de sa publication, avant d'expliciter les conditions d'application de ses dispositions aux contrats en cours : par principe, les dispositions du code civil modifiées ne sont pas applicables aux contrats conclus avant son entrée en vigueur ; toutefois, par dérogation, les dispositions interprétatives, qui font corps avec les dispositions de l'ordonnance, s'appliquent rétroactivement, pour en garantir la sécurité juridique.

*

* *

DISCUSSION GÉNÉRALE

Lors de sa réunion du mercredi 29 novembre 2017, la commission des Lois examine le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (M. Sacha Houlié, rapporteur).

M. Sacha Houlié, rapporteur. Il s'agit de ratifier une ordonnance pour laquelle une habilitation a été donnée sous la précédente législature, par l'article 8 de la loi du 16 février 2015.

Cette ordonnance est l'aboutissement de quinze années de travaux préparatoires que beaucoup d'entre nous ont eu l'occasion d'étudier lorsqu'ils sont passés par des facultés de droit ou différentes écoles. C'est une grande réforme du code Napoléon pour le droit des contrats et des obligations.

L'intention du Gouvernement était alors de moderniser ce droit, afin de le rendre plus lisible sans le bouleverser, en codifiant le droit écrit mais aussi la jurisprudence, en l'adaptant aux enjeux contemporains, qui ont évolué en deux cents ans, et en prenant mieux en compte l'impératif d'efficacité économique.

L'ordonnance poursuit ainsi un double objectif : d'une part, accroître l'intelligibilité, la lisibilité et la prévisibilité du code civil, à destination des professionnels et des usagers ; d'autre part, renforcer notre attractivité, le domaine du droit étant désormais aussi un marché concurrentiel. Dans un contexte de concurrence, il nous appartient de le rendre attractif afin qu'il soit utilisé sur une place européenne qui vient d'être bouleversée par le Brexit et les relocalisations d'agences – on l'a vu la semaine dernière.

Dans cette perspective, l'ordonnance consacre de nombreuses solutions jurisprudentielles, tranche certaines difficultés d'interprétation et introduit des innovations dans notre droit positif, en s'inspirant de projets européens ou internationaux publiés depuis 1994.

Parmi les dispositions particulièrement novatrices, il y a d'abord la définition d'un contrat d'adhésion, par opposition au contrat de gré à gré, principe inscrit dans le code depuis 1804 ; l'introduction de la notion de violence en cas d'état de dépendance, qui n'était pas définie dans l'ordonnance et que nous aurons l'occasion d'étudier tout à l'heure ; ainsi que la théorie de l'imprévision, jusqu'alors exclue par la jurisprudence dans le célèbre arrêt « Canal de Craponne », à l'inverse de ce qui prévalait en droit administratif, notamment depuis l'arrêt « Gaz de Bordeaux » de 1916.

Ces innovations s'inscrivent en rupture avec le principe de liberté contractuelle, ces dispositions partant du postulat selon lequel la liberté et l'égalité

ne se retrouvent pas dans certaines situations, si bien qu'il faut protéger la partie contractante la plus faible.

Déposé le 9 juin 2017, le projet de loi comportait initialement un article unique. Après son adoption par le Sénat, le texte comporte désormais 15 articles.

Les articles 2 à 9 proposent des modifications au droit des contrats, tandis que les articles 10 à 14 portent sur le droit des obligations ; enfin, l'article 15 concerne l'épineux problème de l'application du droit dans le temps.

L'article 2 clarifie la définition du contrat de gré à gré et modifie celle du contrat d'adhésion. Nous y reviendrons – une nouvelle définition vous sera proposée.

L'article 3 précise l'étendue du préjudice réparable en cas de faute commise dans les négociations précontractuelles, en ajoutant une évidence qui faisait défaut dans la rédaction initiale.

L'article 4 étend la caducité de l'offre au cas de décès de son destinataire et fixe, en lieu et place d'un délai « raisonnable », un délai de deux mois en cas d'action interrogatoire en matière de pacte de préférence. Je vous proposerai d'en revenir à la rédaction initiale.

L'article 5 subordonne la nullité du contrat pour réticence dolosive aux seules hypothèses dans lesquelles une obligation d'information préalable existait. Cette limitation me paraît trop stricte et je vous proposerai d'en revenir à la définition initiale de la réticence dolosive. Le même article prévoit aussi que la dépendance est limitée au seul caractère économique – sur ce sujet-là, je ne partage pas non plus l'appréciation des sénateurs.

L'article 6 clarifie les règles de capacité – ce qui est bienvenu tant les limitations sont aujourd'hui manifestes – et modifie le délai en cas d'action interrogatoire en matière de représentation, dont nous aurons aussi l'occasion de parler tout à l'heure.

L'article 7 propose trois modifications importantes : il introduit la résolution judiciaire comme sanction applicable en cas de prix abusif ; il restreint le champ de la révision du prix en cas d'indétermination de la qualité de la prestation ; il donne une nouvelle définition des clauses abusives dans un contrat d'adhésion.

L'article 8 traite du pouvoir du juge en cas d'imprévision et exclut explicitement du champ de l'imprévision les opérations sur instruments financiers.

L'article 9 limite au débiteur « de bonne foi » la possibilité de s'opposer à l'exécution forcée en nature du contrat lorsqu'il y a une disproportion entre l'intérêt pour le créancier et le coût pour le débiteur. Cet article précise, par ailleurs, que la réduction du prix par le créancier insatisfait résulte d'une décision unilatérale de sa part, qu'il ait payé ou non la prestation.

L'article 10 clarifie la possibilité pour la partie engagée sous condition de renoncer à celle-ci, ainsi que l'inopposabilité de la déchéance du terme.

L'article 11 soumet la cession de dette au formalisme de l'écrit, par parallélisme des formes avec la cession de créance.

L'article 12 confirme que la restitution impliquant un mineur ou un majeur protégé est celle due par celui-ci, et non celle due à ce mineur ou majeur protégé.

L'article 13 traite – et il y a là une difficulté – de la libération en sommes d'argent en monnaie étrangère sous condition.

L'article 14 apporte des précisions sur la possibilité pour la caution et le codébiteur solidaire de se prévaloir de la compensation, alors même qu'elle n'aurait pas été invoquée par le débiteur principal.

Enfin, comme je l'ai indiqué, l'article 15 porte sur la difficile question de l'application de la loi dans le temps.

Avant que nous n'entamions l'examen du texte en détail, je voudrais dire un mot de la philosophie qui a présidé à son étude et à la conduite des auditions. J'ai à cœur de rétablir ou d'améliorer les dispositions de l'ordonnance qui ont été supprimées ou amputées par le Sénat : selon l'expression de l'éminent Professeur Denis Mazeaud, elles constituent en effet « *un îlot de justice contractuelle dans un océan de liberté* ». Le droit des contrats a évolué, de sorte que la liberté et l'égalité de principe que nous connaissions dans le code civil ne sont aujourd'hui plus consacrées, dès lors que la multiplication des contrats d'adhésion a rendu une des parties plus faible que l'autre. Nous allons pouvoir le corriger, je l'espère.

M. Sébastien Huyghe. Je ne vais pas répéter ce qu'a très bien expliqué le rapporteur. Ce texte va dans le bon sens dans la mesure où il renforce l'accessibilité du droit, améliore sa lisibilité et accroît son attractivité, en consacrant notamment un certain nombre d'évolutions de la jurisprudence – on observait un décalage entre le droit écrit et la pratique jurisprudentielle. Il y a aussi des apports de la doctrine qui prennent les devants par rapport à des propositions de l'Union européenne.

Rendre notre droit attractif est très important, mais il faut aussi veiller à ne pas en sacrifier les fondements. C'est un droit continental, plus protecteur des citoyens que le droit anglo-saxon. Le Brexit, évoqué par le rapporteur, peut être l'occasion pour l'ensemble des pays de l'Union qui ont en partage ce droit continental de le faire prévaloir, alors que la tendance était de glisser tout doucement vers le droit anglo-saxon.

Le texte a indéniablement été amélioré par le Sénat et je vois que tous les amendements du rapporteur ne demandent pas de supprimer ce qui a été fait avant nous. Un certain nombre de difficultés avaient été pointées par les professionnels du droit et par la doctrine. En revanche, il y a des points qui peuvent faire l'objet d'une discussion, et nous n'y manquerons pas.

Le groupe Les Républicains regrette que ce texte ait été adopté par voie d'ordonnance : le contrat étant un des fondements de notre droit, il aurait été bon d'avoir une discussion sur l'ensemble des nouvelles dispositions. Le système des ordonnances nous place un peu devant le fait accompli. Je regrette aussi, même si ce n'est pas forcément de votre fait, que la ratification intervienne plus d'un an après l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

Dans un esprit de responsabilité, notre groupe votera pour ce texte car il va dans le bon sens en contribuant à simplifier et à réactualiser notre droit, sur la base de la jurisprudence.

M. Raphaël Gauvain. Ce projet de loi est l'aboutissement d'un long processus, de plus de dix ans. Il a commencé en 2004 lors du bicentenaire du code civil. C'est le résultat d'un dialogue fructueux et d'une importante collaboration entre la doctrine, les magistrats et l'ensemble des praticiens, avocats comme notaires.

L'objectif est de moderniser le code civil, de le simplifier, d'améliorer sa lisibilité et de renforcer son accessibilité. Il s'agit aussi de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme. Il y a en effet une contradiction française : des générations d'étudiants en droit ont appris et continuent à apprendre que nous sommes dans un pays de droit écrit, garantissant l'accessibilité et la sécurité juridique, notamment par rapport aux pays de *common law*, mais notre principal texte, le code civil, qui pose les bases du droit commun, est vieux de plus de deux cents ans et les solutions sont pour l'essentiel prétorienne, de sorte que le texte ne correspond plus au droit.

Il ne s'agit pas ici de présenter les trois cents nouveaux articles. Pour l'essentiel, l'ordonnance procède à une nouvelle organisation chronologique du contrat, de la négociation à son exécution. Le vocabulaire est simplifié et la notion de cause, sur laquelle des générations d'étudiants se sont arrachés les cheveux, est supprimée.

Surtout, les solutions jurisprudentielles sont consacrées, il en est ainsi de la période précontractuelle, de la généralisation du concept de bonne foi, de l'obligation d'information, de l'enrichissement injustifié, du pacte de préférence et de la réticence dolosive.

Hormis la codification à droit constant de la jurisprudence et de solutions bien ancrées dans le paysage juridique français, le texte comporte des innovations que la jurisprudence ne retenait pas jusqu'alors, notamment pour lutter contre le déséquilibre contractuel. À cet égard, deux notions sont importantes : l'extension de la notion de violence économique, et surtout le concept de l'imprévision, qui permet au juge de se substituer à la volonté des parties pour rétablir un équilibre contractuel, et non plus de procéder à une simple interprétation des contrats. Sur ces deux points, le Sénat a souhaité revenir sur le texte de l'ordonnance.

Le groupe La République en Marche n'y est pas favorable, sur le fond ainsi que pour des enjeux de sécurité juridique. Plus généralement, s'agissant de

l'ensemble des modifications opérées par le Sénat, nous sommes favorables au retour à l'ordonnance initiale, pour préserver la sécurité juridique des relations contractuelles. Le texte est aujourd'hui en vigueur depuis un an, et les praticiens, avocats, notaires, entreprises, ont commencé à s'en imprégner et à l'utiliser. Les contrats signés avant octobre 2016 sont soumis à l'ancien droit, ceux signés aujourd'hui seront soumis au texte de l'ordonnance, et ceux signés après l'adoption de cette loi seront soumis aux dispositions de la nouvelle loi. Nous pensons que la meilleure des choses à faire est de garantir, pour les praticiens, la stabilité de notre droit, et donc la sécurité juridique. Bien évidemment, le juge sera là pour faire son office et faire évoluer notre droit.

Ainsi, pour l'essentiel, le groupe souhaite préserver la sécurité juridique en revenant sur l'essentiel des amendements adoptés par le Sénat. Bien entendu, cela n'exclut pas, à la marge, de proposer des améliorations qui résultent des auditions, notamment de celles qui nous ont unanimement été conseillées par les praticiens. Nous présenterons un certain nombre d'amendements à cette fin.

M. Jean-Luc Warsmann. Nous sommes appelés à ratifier l'ordonnance du 10 février 2016. Je voudrais saluer la qualité du travail fait lors des auditions, à l'origine de plusieurs amendements très proches.

Cet exercice a été commencé il y a quinze ans : les rapports Catala, Terré, et les travaux de la Chancellerie ont abouti à cette ordonnance, alors qu'un certain nombre de pays voisins en Europe codifient ou recodifient leur droit. Elle a pour objectif la clarification de nos textes et la compétitivité du droit français.

Nous sommes dans un exercice de législateur particulier. D'une part, des choix ont été faits et des équilibres trouvés. Les remettre en cause par des amendements n'irait pas dans le sens de l'intérêt général. Pour chaque modification, nous devons peser l'intérêt à résoudre une malfaçon à l'aune du désavantage à introduire de l'instabilité juridique, et le cas échéant de l'incohérence.

J'aborde donc ce débat avec prudence, il est évident que des interventions doivent être faites, mais il n'est pas certain que toutes les initiatives sénatoriales méritent d'être gardées. Lorsque l'on évalue l'ampleur de la malfaçon concernée par rapport au trouble entraîné, le bilan n'est pas toujours positif. Je pense que nous trouverons un accord au cours de cette réunion.

M. Philippe Latombe. Le groupe Modem est favorable à une ratification de l'ordonnance avec un retour presque intégral au texte initial, modulo les amendements déposés à la suite des auditions.

M. Huyghe regrettait l'utilisation des ordonnances, mais ce moyen a permis un travail de fond, et nous a offert un délai puisque la ratification intervient un an après la publication de l'ordonnance. Cela permet aussi de corriger, à la marge, une partie du texte. C'était donc un bon outil, et le travail fourni par tous ceux qui ont participé à l'élaboration de ce texte mérite d'être souligné.

M. Arnaud Viala. Le temps pris par ce texte pour arriver devant notre Commission a été très long. Son contenu, qui consiste à simplifier notre droit et à le rendre plus lisible, est extrêmement important et attendu, et nous devons l'adopter.

J'ai été attentif aux propos des porte-parole des groupes à l'égard des modifications introduites par le Sénat, je trouverais dommage de les supprimer complètement. Le travail des sénateurs a consisté en effet à tenir compte des besoins exprimés par nos concitoyens. Revenir purement et simplement au texte d'origine serait, à mon avis, une erreur.

M. David Habib. Quand on est d'accord, on se doit de le dire : nous sommes d'accord avec ce texte de loi. Le travail a commencé sous la majorité précédente, avec les gardes des Sceaux d'alors. Je salue notamment le travail engagé par Jean-Jacques Urvoas, et je tiens à citer M. Jean-Michel Clément, membre de notre Commission, qui a eu un rôle particulier dans le travail qui a été mené, ainsi que Colette Capdevielle, ancienne députée des Pyrénées-Atlantiques et membre de la commission des Lois, qui a travaillé intensément à la préparation de ces ordonnances avec le cabinet du garde des Sceaux de l'époque.

Nous reviendrons lors de la séance publique sur les différents amendements, mais je peux d'ores et déjà vous dire que nous soutiendrons toutes les démarches visant à assurer la stabilité et à éviter un certain nombre de difficultés mises en exergue dans les textes qui nous ont été soumis. Nous sommes d'accord avec quelques modifications proposées par le Sénat ; nous ferons connaître nos positions lors des débats. En tout état de cause, afin de maintenir la stabilité juridique des contrats qui ont déjà été passés, les modifications ne doivent intervenir qu'à la marge.

M. Ugo Bernalicis. La ratification de cette ordonnance est très attendue par les juristes. Ces questions ne sont pas à négliger. Comme le soulignait le rapporteur du Sénat sur la loi d'habilitation, M. Thani Mohammed Soilihi : « *la réforme du droit des obligations pose des questions politiques majeures (...)* », s'agissant en particulier de « *l'équilibre à retenir entre l'impératif de justice dans le contrat, qui peut justifier une plus grande intervention du juge, ou une modification des termes du contrat, et celui qui s'attache à l'autonomie contractuelle et à la sécurité juridique du contrat, qui peut justifier qu'une partie reste tenue par ses engagements, même s'ils lui deviennent défavorables* ».

L'ordonnance soumise à notre analyse a la vertu de clarifier l'état du droit des contrats et de sanctuariser des avancées jurisprudentielles importantes. Les contrats doivent être un lieu d'obligations réciproques entre les parties, notamment par l'obligation d'information de l'autre partie sur des éléments du contrat, ou par l'exigence de bonne foi dans la négociation, la conclusion et l'exécution du contrat. Cela a été entériné par le projet d'ordonnance, et nous pensons qu'il s'agit d'une bonne chose.

Le rôle du juge a aussi été renforcé par l'ordonnance dans sa rédaction initiale, puisque contre une jurisprudence établie depuis cent quarante ans, la révision judiciaire du contrat est consacrée lorsqu'un changement imprévisible de circonstances rend l'exécution du contrat trop onéreuse pour une partie.

Enfin, les parties les plus vulnérables semblent mieux protégées, notamment par l'introduction dans le droit commun de la notion de contrat cadre, assortie d'une interdiction des clauses abusives, ou par la consécration de l'interdiction des clauses limitatives de responsabilité qui privent l'obligation essentielle de sa substance.

Toutefois, le Sénat a effectué quelques reculs majeurs sur lesquels nous voudrions revenir, comme sans doute la majorité de la Commission. Ainsi, dans les actions interrogatoires introduites par l'ordonnance, notamment sur les pactes de préférence, l'introduction d'un délai préfixe de deux mois, au lieu de la notion plus souple de délai raisonnable, ne nous semble pas pertinente. De même, la réduction de l'office des juges dans la révision des contrats pour imprévision marque un recul vis-à-vis de l'ordonnance et un retour à une mauvaise jurisprudence. Enfin, la reconnaissance de la dépendance d'un cocontractant à l'égard de l'autre, qui permettait d'invalidier le contrat pour vice du consentement du fait de violences, semblait aller dans le bon sens. Limiter ce mécanisme aux violences économiques est cependant un recul majeur.

Nous aurons aussi quelques ajouts à vous suggérer, afin notamment d'encadrer l'évasion fiscale ou pour inscrire dans le corps de l'ordonnance les dispositions d'ordre public qui ont été dégagées par la jurisprudence et qui nous semblent essentielles.

M. le rapporteur. Je vous remercie tous de vos observations, qui illustrent le consensus qui se dégage de la commission des Lois sur de nombreuses mesures de ce projet de loi.

Sur la forme, la voie des ordonnances n'est pas de notre fait puisque la loi d'habilitation avait été votée par la majorité précédente – et M. Habib a salué l'excellent travail de notre collègue Jean-Michel Clément.

Sur le fond, des discussions se noueront s'agissant notamment du caractère impératif ou supplétif de certaines dispositions. Je vous propose sans plus tarder d'examiner les amendements.

La Commission en vient à l'examen des articles du projet de loi.

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1^{er}

Ratification de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

Résumé du dispositif :

Le présent article propose de ratifier l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ci-après « l'ordonnance »).

Modifications adoptées par la commission des Lois :

Sur proposition de votre rapporteur, la Commission a adopté cet article sans modification.

Cette ordonnance a été prise sur le fondement de l'article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, qui autorise le Gouvernement à :

– affirmer les principes généraux du droit des contrats, en définir les principales catégories et préciser les règles relatives à leur conclusion, afin de clarifier les dispositions applicables en matière de négociation, d'offre et d'acceptation de contrat, notamment s'agissant de sa date et du lieu de sa formation, de promesse et de pacte de préférence ;

– simplifier les règles applicables aux conditions de validité du contrat ;

– affirmer le principe du consensualisme et ses exceptions ;

– clarifier les règles relatives à la nullité et à la caducité du contrat ;

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

– préciser les règles relatives aux effets du contrat entre les parties et à l'égard des tiers ;

– clarifier les règles relatives à la durée du contrat ;

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

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

– introduire un régime général des obligations et clarifier et moderniser ses règles ;

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

– clarifier et simplifier l'ensemble des règles applicables à la preuve des obligations.

D'une étendue sans précédent depuis l'élaboration du code Napoléon en 1804, la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations proposée par l'ordonnance soumise à la ratification du Parlement doit être saluée ⁽¹⁾.

*
* *

La Commission adopte l'article 1^{er} sans modification.

Après l'article 2

La Commission est saisie d'un amendement CL11 de Mme Danièle Obono.

Mme Danièle Obono. Par cet amendement, nous vous proposons d'insérer un nouvel article 1102-1 dans le code civil fixant le champ minimal de ce qui relève de l'ordre public, dont les juges peuvent se saisir d'office sans avoir été sollicités par les parties afin de faire respecter les principes qui sont nécessaires à la bonne marche de notre société. Comme le disait Jean Carbonnier, l'ordre public renvoie à l'idée générale d'une suprématie de la collectivité sur l'individu. Il exprime le vouloir-vivre de la nation que menaceraient certaines initiatives individuelles en forme de contrats.

Ces catégories ont été façonnées par la jurisprudence, et nous proposons, pour que le texte de l'ordonnance soit plus clair, que soit inscrite dans le code civil une liste non exhaustive de ces dispositions d'ordre public, et notamment : la bonne foi dans la négociation, la formation et l'exécution des contrats et des avants contrats ; la nullité de toute clause qui priverait de sa substance le contrat ;

(1) Les principales modifications prévues par l'ordonnance sont présentées globalement dans l'exposé général du présent rapport, et présentées de manière plus détaillée dans les commentaires des articles 2 à 14 que le Sénat a introduit pour modifier certaines de ses dispositions.

la nullité des clauses limitatives de responsabilité en matière de produits défectueux.

En effet, il est de notre devoir de nous assurer que la loi est accessible et intelligible. Le Conseil constitutionnel exige que nous ayons à cœur de : « *prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* ».

Cet amendement répond à cette exigence constitutionnelle.

M. le rapporteur. Mon avis sur cet amendement est défavorable.

Une liste était proposée par le Sénat dans son rapport pour distinguer les mesures de caractère impératif de celles de caractère supplétif. J'ignore si cette liste est reprise dans votre amendement, mais elle pourrait ne pas être exhaustive, ce qui pose une difficulté.

M. Ugo Bernalicis. Notre amendement précise que cette liste n'est pas exhaustive.

M. le rapporteur. C'est bien le problème !

La Commission rejette l'amendement.

Elle est saisie de l'amendement CL12 de M. Ugo Bernalicis.

Mme Danièle Obono. L'article 1104 du code civil, dans sa version actuelle, prévoit : « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». Cela veut dire que les contrats qui ont été conclus pour nuire à un partenaire contractuel ne sont pas valides.

Si cela est valable entre les cocontractants, nous pensons que cela doit aussi permettre d'éradiquer les contrats constitués pour nuire à la collectivité tout entière, et notamment les contrats conclus pour faire de l'évasion fiscale.

Nous pensons que le détournement du droit fiscal par l'intermédiaire de dispositifs contractuels cause un préjudice sociétal et financier gravissime aux citoyens et citoyennes, et à la France. À cet effet, affirmer que l'abus de droit fiscal est d'ordre public permettra de lutter plus efficacement contre les contrats ayant pour seul objet d'éluder l'impôt. Voici de quoi limiter les abus et indiquer aux cabinets d'avocats fiscalistes aidant les contribuables les plus fortunés à tordre le droit que ce même droit français exercera une tolérance zéro à cet égard.

À l'occasion de cet amendement, qui permettrait de dissuader réellement les cabinets d'avocats de se lancer dans des montages rocambolesques, nous pouvons rappeler quelques chiffres. Le FMI évalue le total de la fraude fiscale à environ 20 000 milliards de dollars ; l'évasion fiscale des entreprises et des grandes fortunes représentait 350 milliards d'euros de pertes fiscales par an à

l'échelle mondiale, dont 120 milliards pour l'Union européenne, et 20 milliards d'euros par an pour la France.

M. le rapporteur. Cet amendement vise à mieux lutter contre les pratiques d'évasion fiscale. Cet objectif louable n'a pas sa place dans le droit général des contrats, car une disposition du droit spécial, l'article 64 du livre des procédures fiscales, permet déjà de sanctionner les contrats inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales.

L'article se lit ainsi : « *Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.* »

Cette disposition du droit spécial couvrant le champ de votre amendement, j'émet un avis défavorable.

M. Ugo Bernalicis. Cet amendement permet au juge de se saisir d'office de cet argument. Je comprends que des éléments existent déjà dans le droit actuel, mais nous voulons les préciser, pour être plus efficaces dans la lutte contre l'évasion fiscale. On ne peut pas dire qu'en l'état du droit, tout va bien. Les *Paradise papers* et les *Panama papers* démontrent l'ampleur de la fraude, de l'optimisation et de l'évasion fiscale. Il faut se donner les moyens d'agir concrètement.

La Commission rejette l'amendement.

Article 2

(article 1110 du code civil)

Définition du contrat d'adhésion

Résumé du dispositif :

Introduit par la commission des Lois du Sénat à l'initiative de son rapporteur, le présent article modifie la définition du contrat d'adhésion prévue par l'article 1110 du code civil issu de l'ordonnance en supprimant la référence aux « *conditions générales* » pour lui préférer celle de « *clauses non négociables unilatéralement* » déterminées à l'avance par l'autre partie, par opposition à celles du contrat de gré à gré « *librement négociables* ».

Modifications adoptées par la commission des Lois :

À l'initiative de votre rapporteur, la Commission a simplifié la définition du contrat de gré à gré et du contrat d'adhésion.

Le premier est celui « *dont les stipulations sont négociables entre les parties* », le mot « *librement* » étant supprimé car la liberté contractuelle est déjà consacrée par les articles 1101 et 1102 du code civil.

Le second est « *celui qui comporte des conditions générales* », lesquelles sont désormais définies à l'article 1119 du code civil par l'article 3 *bis* du présent rapport comme « *un ensemble de stipulations non négociable, déterminé à l'avance par l'une des parties et destinées à s'appliquer à une multitude de personnes ou de contrats* ».

1. Les principales modifications prévues par l'ordonnance

Le chapitre I^{er} du sous-titre I^{er} du titre III du livre III du code civil (articles 1101 à 1111-1) expose les dispositions liminaires relatives aux contrats.

Abandonnant toute référence à la classification romaine d'obligation de donner, de faire ou de ne pas faire, l'article 1101 propose une définition modernisée du contrat, centrée sur la nature du contrat en qualité d'accord de volontés et sur ses effets (création, modification, transmission ou extinction d'obligations). La notion de convention disparaît donc de la partie du code civil intéressant le droit des obligations.

Les articles 1102, 1103 et 1104 posent ensuite trois principes fondamentaux du droit des contrats : la liberté contractuelle – désormais clairement affirmée dans le code civil –, la force obligatoire du contrat et, enfin, la bonne foi – qui voit son champ étendu de l'exécution du contrat à sa négociation et à sa formation.

L'article 1105 affirme que les règles générales s'appliquent sous réserve des règles spéciales. Ainsi, les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le code civil pour régir les contrats spéciaux ou celles résultant d'autres codes comme le code de la consommation.

Les articles 1106 à 1111-1 définissent sept catégories de contrats, dont la plus innovante est celle du contrat d'adhésion à l'article 1110.

L'article 1110 définit le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion, l'un étant conçu en principe comme le symétrique de l'autre. Le contrat de gré à gré est « *celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties* », tandis que le contrat d'adhésion est « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

Comme le souligne le rapporteur du Sénat, M. François Pillet, dans son rapport sur le présent projet de loi ⁽¹⁾, l'ordonnance consacre dans le droit commun

(1) François Pillet, rapport n° 22 au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale du Sénat sur le projet de loi ratifiant

des contrats la notion doctrinale de contrat d'adhésion, dégagée au début du XX^{ème} siècle par le professeur Raymond Saleilles⁽¹⁾ et fondée sur l'idée que, dans certains contrats, la volonté d'une partie peut imposer à l'autre l'essentiel du contenu du contrat.

La définition du contrat d'adhésion permet d'asseoir le mécanisme de lutte contre les clauses abusives, prévu à l'article 1171 du code civil – modifié par l'article 7 du présent projet de loi –, qui ne s'applique qu'à cette catégorie de contrat. Il faut souligner que le cantonnement de ce mécanisme aux contrats d'adhésion doit permettre de limiter les inquiétudes qu'avaient fait naître l'introduction dans le droit commun, marqué par l'égalité des parties, d'un dispositif inspiré de droits spéciaux connaissant des contrats plus structurellement déséquilibrés, en droit de la consommation et en droit des relations commerciales⁽²⁾.

2. Les modifications adoptées par le Sénat

À la suite des auditions qu'il a conduites, le rapporteur du Sénat a considéré que la rédaction retenue pour définir le contrat de gré et à gré et le contrat d'adhésion méritait d'être clarifiée pour lever plusieurs ambiguïtés.

En premier lieu, il a fait siennes les critiques doctrinales selon lesquelles le fait que toutes les clauses n'aient pas été effectivement « négociées » et qu'une partie ait adhéré à des clauses proposées par l'autre partie sans les négocier ne signifie pas que l'on est en présence d'un contrat d'adhésion, certaines clauses pouvant être négociables mais non négociées, en pratique, par l'autre partie. En ce sens, le critère distinctif pertinent, entre le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion, serait celui de la négociabilité des stipulations contractuelles et non celui, trop ambigu, de leur libre négociation. Ce n'est que si l'une des parties n'était pas en mesure de négocier certaines clauses qu'elle serait engagée par un contrat d'adhésion et devrait pouvoir invoquer le mécanisme de lutte contre les clauses abusives prévu par l'article 1171 (voir le commentaire de l'article 7).

En second lieu, il considère que la définition du contrat d'adhésion, qui s'appuie sur la notion de « conditions générales soustraites à la négociation et déterminées à l'avance par l'une des parties », est également source d'ambiguïté :

– elle peut inclure des clauses qui auraient pu être négociées mais qui ne l'ont pas été effectivement, comme indiqué précédemment ;

l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 11 octobre 2017.

(1) François Chénéde, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion », *CRJO. IODE - Institut de l'Ouest : Droit et Europe (en deux parties)*.

(2) Article L. 442-6 du code de commerce (relations entre un producteur, commerçant, industriel ou artisan et un « partenaire commercial ») ; article L. 212-1 du code de la consommation (relations professionnels – consommateurs).

– elle est susceptible d’engendrer des contentieux car le contenu de la notion de « *conditions générales* » n’est pas défini par le code civil : en effet, si l’article 1119 du code civil évoque lui aussi les conditions générales, dans le cadre d’une distinction entre conditions générales et conditions particulières, il ne définit pas non plus leur contenu ;

– elle connaît un biais puisque d’autres clauses du contrat, non incluses dans les conditions générales et non négociables, ne pourraient être réputées non écrites en application du mécanisme de lutte contre les clauses abusives prévu par l’article 1171, alors même qu’elles pourraient créer un déséquilibre significatif entre les parties ;

– elle évoque des clauses « *déterminées à l’avance par l’une des parties* », sans que l’on soit certain d’y inclure les cas où le contrat a été rédigé par un tiers à la demande de la partie (notaire, avocat, contrat-type de location saisonnière...). Le rapporteur au Sénat a donc proposé de l’interpréter comme tel.

À l’initiative de son rapporteur en commission des Lois, le Sénat a donc clarifié la rédaction des deux définitions, en précisant que le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont « *librement négociables* », tandis que le contrat d’adhésion est celui qui comporte des clauses « *non négociables, unilatéralement déterminées à l’avance par l’une des parties* ».

3. La position de la Commission

Votre rapporteur considère que la proposition du Sénat consistant à définir le contrat de gré à gré comme celui comportant des stipulations « *négociables* » plutôt que « *négociées* » est bienvenue. L’important, en effet, est que les parties soient libres de négocier toutes les stipulations contractuelles dans un contrat de gré à gré, qu’elles le fassent ou non en pratique. En revanche, il lui paraît inutile de préciser que ces stipulations soient « *librement* » négociables dès lors que les articles 1101 et 1102 du code civil consacrent déjà le principe de liberté contractuelle et d’accord de volontés entre les parties.

Suivant la proposition de votre rapporteur, la Commission a donc modifié le premier alinéa de l’article 1110 pour définir le contrat de gré à gré comme « *celui dont les stipulations sont négociables entre les parties* ».

En revanche, les auditions conduites par votre rapporteur ont montré que la nouvelle définition du contrat d’adhésion proposée par le Sénat élargissait considérablement le champ des contrats susceptibles d’être qualifiés de contrats d’adhésion, et ce contrairement à l’intention sénatoriale. En effet, il est apparu que si l’une ou plusieurs des stipulations contractuelles n’étaient pas négociables, en raison de la volonté des parties par exemple, le contrat en question entrait néanmoins dans le champ du contrat d’adhésion.

Les craintes des milieux d'affaires se sont donc avérées très fortes, certains considérant que les pactes d'actionnaires pourraient être assimilés à des contrats d'adhésion, d'autres estimant que des contrats internationaux comportant des clauses d'arbitrage non négociables, par exemple, pourraient également relever de cette définition, les soumettant en conséquence au dispositif de lutte contre les clauses abusives prévu par l'article 1179 du code civil.

Dès lors que le choix politique était de maintenir la figure du contrat d'adhésion dans le code civil, le retour du critère formel lié à l'existence de conditions générales dans le contrat pour le qualifier de contrat d'adhésion a donc été plébiscité, sous réserve de définir la notion de « conditions générales ».

Suivant la proposition de votre rapporteur, la Commission a donc simplifié la définition du contrat d'adhésion pour s'en tenir à « *celui qui comporte des conditions générales au sens de l'article 1119 du code civil* », l'article 3 bis ayant également été adopté pour définir la notion de « *conditions générales* » à l'article 1119. Par opposition aux stipulations d'un contrat de gré à gré qui sont négociables, les conditions générales sont définies comme « *un ensemble de stipulations non négociable, déterminé à l'avance par l'une des parties et destinées à s'appliquer à une multitude de personnes ou de contrats* » (voir *infra*, article 3 bis).

*

* *

La Commission est saisie de l'amendement CL24 du rapporteur.

M. le rapporteur. Cet amendement définit les contrats de gré à gré, pour les distinguer des contrats d'adhésion, que nous définirons tout à l'heure.

Je vous propose de retenir la définition suivante : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties. » et de supprimer la mention « librement », puisque si les stipulations sont négociables, il est présumé que c'est librement.

La Commission adopte l'amendement.

Elle examine ensuite l'amendement CL25 du rapporteur.

M. le rapporteur. Cet amendement tend à réintroduire la notion de conditions générales comme élément de définition du contrat d'adhésion.

Il était reproché à la définition du contrat d'adhésion de ne pas définir également les conditions générales. Nous vous proposons de définir le contrat d'adhésion comme celui comportant des conditions générales. Ensuite, nous définirons les conditions générales pour que l'on puisse savoir, par voie de conséquence, ce que recouvre le contrat d'adhésion.

Une fois que le contrat est qualifié de contrat d'adhésion, toutes ses clauses qui créent un déséquilibre significatif sont susceptibles d'être annulées par le juge. Nous réduisons donc le champ du contrat d'adhésion, pour ensuite ouvrir le dispositif des clauses abusives à toutes les clauses du contrat.

M. Guillaume Larrivé. Monsieur le rapporteur, est-il vraiment nécessaire de retoucher, par la loi, les définitions de notions bien connues par la jurisprudence ? Les praticiens du droit savent ce qu'est un contrat d'adhésion. Ne risquons-nous pas d'ajouter de la complication à la complication, alors que la tendance générale est celle d'une transformation positive, en marche pour un nouveau monde radieux ! (*Sourires.*) Au-delà de la plaisanterie, est-il vraiment nécessaire de revenir sur cette notion ?

M. le rapporteur. Aux premiers moments de l'application de cette ordonnance, on a trouvé que la notion de conditions générales n'avait pas d'écho, à part pour la doctrine. Les conditions générales n'étaient pas définies dans le code civil mais mentionnées dans la définition du contrat d'adhésion proposée par un professeur, dont la théorie a été consacrée par l'ordonnance.

Le Sénat a souhaité revenir là-dessus en prévoyant que le contrat d'adhésion était un contrat dont les conditions étaient non négociables, par opposition au contrat de gré à gré. Il a supprimé la référence à l'existence de conditions générales dans le contrat d'adhésion. Mais cette condition de non négociabilité avait un effet attrape-tout : il suffisait qu'une seule clause soit non négociable pour que le contrat dans son ensemble soit qualifié de contrat d'adhésion. Il y avait un grand risque pour que l'on considère que dès lors que le prix n'est pas négociable, il s'agisse d'un contrat d'adhésion, alors qu'il s'agit d'un contrat de gré à gré si seule une des clauses n'est pas négociable.

Nous avons donc souhaité revenir au critère formel de l'ordonnance, pour ne pas troubler les praticiens.

En revanche, la définition des conditions générales manquait. Plusieurs professeurs de droit nous ont proposé des définitions – « un ensemble standardisé de clauses » – avec l'idée que le contrat d'adhésion doit comporter plusieurs clauses non négociables qui forment un ensemble reproductible à une série de contrats ou qui s'applique à une multitude de cocontractants qui n'ont aucun lien entre eux.

C'est la raison pour laquelle nous revenons à la définition formelle de l'ordonnance, tout en la précisant pour qu'elle ne pose plus de difficultés d'interprétation, et que nous donnerons dans un autre amendement la définition des conditions générales.

La Commission adopte l'amendement.

Puis elle adopte l'article 2 modifié.

Article 3

(art. 1112 du code civil)

Les négociations précontractuelles

Résumé du dispositif et effets principaux :

Introduit par la commission des Lois du Sénat à l'initiative de son rapporteur, cet article modifie l'article 1112 du code civil relatif aux négociations précontractuelles.

Modifications adoptées par la commission des Lois :

Sur proposition de votre rapporteur, la Commission a adopté cet article sans modification.

1. Les principales modifications prévues par l'ordonnance

La sous-section 1 du chapitre II du sous-titre 1^{er} du titre III du livre III du code civil (articles 1112 à 1112-2) propose une codification de la jurisprudence relative aux négociations précontractuelles.

• Conformément au principe constitutionnel de liberté contractuelle, l'article 1112 dispose que *« l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres »*.

Il rappelle ensuite que ce principe de liberté des négociations précontractuelles doit toutefois être concilié avec le principe de bonne foi, qui est d'ordre public.

Il prévoit enfin que la faute commise dans les négociations est sanctionnée par l'engagement de la responsabilité de son auteur, qui est en principe de nature extracontractuelle. Il précise toutefois que la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu.

• L'article 1112-1 introduit un devoir d'information, d'ordre public. Cette obligation précontractuelle d'information prévoit que la partie qui connaît une information 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 »*.

Elle est donc subordonnée à trois critères :

– l'importance déterminante de l'information pour le consentement de l'autre partie – cette importance étant définie comme résultant d'*« un lien direct et nécessaire avec le contenu ou la qualité des parties »* ;

– la connaissance de l'information par le créancier ;

– l’ignorance de l’information par l’autre partie, cette méconnaissance devant être légitime et pouvant tenir aux relations de confiance entre les cocontractants.

Cette obligation d’information est expressément exclue s’agissant de l’estimation de la valeur de la prestation. Il s’agit de consacrer la jurisprudence de la Cour de cassation qui a considéré qu’aucune obligation d’information ne pèse sur l’acheteur s’agissant de la valeur de l’objet, même si celui-ci a été acquis à un prix manifestement sous-évalué ⁽¹⁾.

La charge de la preuve de l’obligation d’information pèse sur le créancier tandis que le débiteur doit prouver qu’il l’a bien transmise.

Le manquement à cette obligation est sanctionné par l’engagement de la responsabilité de celui qui en était tenu. Il peut également entraîner la nullité du contrat s’il a provoqué un vice du consentement (erreur ou dol).

● L’article 1112-2 du code civil prévoit une obligation de confidentialité des négociations précontractuelles.

Deux comportements – l’utilisation et la divulgation d’information confidentielle – sont sanctionnés par l’engagement de la responsabilité de son auteur.

Toutefois, ce devoir de confidentialité peut être levé sur autorisation de la partie qu’il protège. Il ne peut en outre, aboutir à méconnaître une obligation d’information due à un tiers telle que celle prévue à l’article 1112-1 du code civil, comme le souligne le rapporteur du Sénat, M. François Pillet, dans son rapport sur le présent projet de loi ⁽²⁾.

2. Les modifications apportées par le Sénat

À la suite des auditions qu’il a conduites, le rapporteur du Sénat a considéré que la rédaction retenue à l’article 1112 pour définir l’étendue du préjudice réparable en cas de faute commise dans les négociations précontractuelles méritait d’être clarifiée : une dissonance semblait apparaître entre le texte de l’article 1112 et la lecture qui en était proposée dans le rapport au Président de la République.

L’article 1112 issu de l’ordonnance exclut en effet du préjudice réparable la seule perte des avantages attendus du contrat, alors que le rapport au Président de la République témoigne de l’intention de consacrer la jurisprudence dite « *Manoukian* » ⁽³⁾, qui conduit à exclusion du préjudice réparable non seulement les gains que permettait d’espérer la conclusion du contrat, mais également la perte de

(1) *Jurisprudence dite « Baldus », Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 3 mai 2000, n° 98-11.381.*

(2) *Ibid. Cour de cassation, chambre commerciale, 26 novembre 2003, n°s 00-10.243 et 00-10.949.*

(3) *Cour de cassation, chambre commerciale, 26 novembre 2003, pourvois n°s 00-10.243 et 00-10.949.*

chance de réaliser ces gains. Le manque à gagner est certain dans le premier cas, alors qu'il n'est que probable dans le second cas.

À l'initiative de son rapporteur en commission des Lois, le Sénat a donc exclu expressément la perte de chance des préjudices réparables en cas de faute lors des négociations précontractuelles.

Le présent article a été adopté sans modification par la commission des Lois.

*
* *

La Commission adopte l'article 3 sans modification.

Article 3 bis (nouveau)
(art. 1119 du code civil)

Définition des conditions générales

À l'initiative de votre rapporteur, la Commission a adopté le présent article qui définit, à l'article 1119 du code civil, la notion de « conditions générales », laquelle conditionne l'existence du contrat d'adhésion mentionné à l'alinéa 2 de l'article 1110 du même code, tel que modifié par l'article 2 du présent projet de loi.

1. Les principales modifications de l'ordonnance

L'article 1119 du code civil issu de l'ordonnance introduit dans le code civil les notions de « conditions générales » et de « conditions particulières ». Connues de certains textes relevant de droits spéciaux, ces notions ne sont toutefois pas définies ⁽¹⁾.

L'article 1119 ne pose à leur sujet que trois règles :

– les conditions générales invoquées par une partie n'ont d'effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées. Cela implique deux choses : la simple transmission des conditions générales, non suivie d'acceptation, ne suffit pas à conférer force obligatoire aux clauses qu'elles contiennent ; de plus, l'auteur des conditions générales doit justifier des diligences utiles à l'endroit de son cocontractant pour lui permettre de connaître les clauses ;

– en cas de discordances entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet : si certaines

(1) Articles L. 441-3, L. 441-6 et L. 442-6 du code de commerce et articles L. 212-1, 211-2, L. 224-6 et L. 312-29 du code de la consommation.

clauses sont contradictoires, il appartiendra donc au juge de les écarter et de régler le litige lui-même ;

– en cas de discordance entre les conditions générales et les conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières : cette règle est tout à fait bienvenue car, par définition, les conditions particulières sont négociables, ce qui n'est pas le cas des conditions générales. Il est donc parfaitement justifié de privilégier les conditions particulières qui supposent la pleine connaissance et la pleine acceptation du cocontractant par rapport aux conditions générales.

Cet article n'a fait l'objet d'aucune modification par le Sénat.

2. La position de la Commission

Suivant l'avis de votre rapporteur, la Commission a choisi de définir la notion de « conditions générales » au premier alinéa de l'article 1119 et de lier l'existence de conditions générales dans un contrat à la définition du contrat d'adhésion mentionné à l'article 1110 du code civil.

Les conditions générales sont définies par plusieurs critères cumulatifs :

– il s'agit d'« *un ensemble de stipulations* » : une ou quelques clauses éparpillées dans un contrat, qui ne seraient pas négociables, ne suffisent pas à caractériser des « conditions générales » ;

– cet ensemble de stipulations est « *non négociable* » : l'ensemble de ces stipulations contractuelles est à prendre ou à laisser. Il se déduit d'ailleurs de l'existence de « conditions particulières » pour lesquelles la négociation ne fait aucun doute que les stipulations des conditions générales ne sont pas négociables en tout ou partie ;

– cet ensemble de stipulations non négociable est « *déterminé à l'avance par l'une des parties* » : les conditions générales sont en effet rédigées en amont de manière unilatérale par l'une des parties même si elles peuvent être rédigées par la partie elle-même ou par un tiers.

Cela ne remet pas en cause le fait que chaque partie est susceptible de proposer à l'autre des conditions générales. Dans cette hypothèse, en liaison avec la rédaction du nouvel article 1110, il faudra considérer que chaque partie propose à l'autre un contrat d'adhésion comportant des conditions générales et des conditions particulières. Chaque clause du contrat qui aura finalement été acceptée par l'autre partie sera susceptible de tomber sous le coup du dispositif des clauses abusives prévu par l'article 1179 du code civil (voir le commentaire de l'article 7 dans le présent rapport), étant précisé qu'en cas de conflit entre les stipulations des conditions générales de chacune des parties, il sera fait application de l'alinéa 2 de l'article 1119 : ces clauses seront sans effet. Il convient néanmoins de préciser que, le plus souvent, l'hypothèse de conditions générales concurrentes entre les

parties apparaît dans le cadre de relations contractuelles entre entreprises, lesquelles relèvent du droit spécial ;

– enfin, cet ensemble de stipulations est « *destiné à s'appliquer à une multitude de personnes ou de contrats* » : les conditions générales sont reproductibles pour permettre l'adhésion du plus grand nombre. La « *multitude de contrats* » renvoie aux conditions générales auxquelles est adossé un contrat signé entre deux parties. La « *multitude de personnes* » permet de couvrir les conditions générales que doivent accepter les utilisateurs de plateformes de mise en relation sur internet par exemple (covoiturage, location chez l'habitant...) avant de pouvoir contracter.

*

* *

La Commission est saisie de l'amendement CL35 du rapporteur.

M. le rapporteur. À la suite de ce que je viens d'expliquer, cet amendement introduit une définition des conditions générales qui repose sur plusieurs critères cumulatifs.

Les conditions générales doivent être « un ensemble de stipulations » : il faut bien plusieurs clauses, pour ne pas faire entrer tous les contrats dans le champ des contrats d'adhésion.

Cet ensemble de stipulations doit être « non négociable ». Nous retrouvons donc l'intention du Sénat à ce stade.

Et cet ensemble de stipulations non négociable doit être déterminé à l'avance par l'une des parties, de sorte que l'autre ne soit pas à même de les modifier.

Enfin, ces conditions générales doivent s'appliquer à une multitude de personnes ou de contrats. La multitude de contrats renvoie aux conditions générales auxquelles est adossé un contrat signé entre deux parties. La mention de la multitude de personnes permet de recouvrir toutes les nouvelles formes de contractualisation qui ont vu le jour, notamment sous la forme de plateformes internet. Ces contrats, qui n'auraient *a priori* aucun lien entre eux car les cocontractants n'ont aucun lien, pourront ainsi être couverts par cette disposition.

La Commission adopte l'amendement. L'article 3 bis est ainsi rédigé.

Article 4 (supprimé)
(art. 1117 et 1123 du code civil)

Caducité de l'offre de contrat et pacte de préférence

Résumé du dispositif :

Introduit par la commission des Lois du Sénat à l'initiative de son rapporteur, cet article modifie les dispositions relatives à la caducité de l'offre de contrat (article 1117 du code civil) et au pacte de préférence (article 1123).

Modifications adoptées par la commission des Lois :

À l'initiative de votre rapporteur et de l'ensemble des membres du groupe La France insoumise, la Commission a supprimé cet article.

1. Les principales modifications prévues par l'ordonnance

Les sous-sections 2 et 3 de la section 1 du chapitre II du sous-titre I^{er} du titre III du livre III du code civil (articles 1113 à 1124) regroupent les dispositions relatives à l'offre et à l'acceptation du contrat ainsi qu'aux contrats préparatoires que sont le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat. Elles visent, pour beaucoup d'entre elles, à codifier la jurisprudence relative à la formation des contrats, même si certaines s'en distinguent.

a. La formation du contrat

Après avoir défini la formation du contrat par la rencontre d'une offre et d'une acceptation (article 1113), l'ordonnance aborde successivement l'offre puis l'acceptation.

• L'offre

L'article 1114 définit tout d'abord les conditions de l'offre que sont la volonté ferme de son auteur d'être lié et la mention des éléments essentiels du contrat. À défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation.

L'article 1115 pose ensuite le principe de la libre rétractation de l'offre tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire.

L'article 1116 énonce l'obligation de maintien de l'offre pendant le délai fixé par son auteur ou, à défaut, pendant un délai raisonnable. La rétractation de l'offre pendant ce délai empêche la conclusion du contrat et engage la responsabilité de son auteur, sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat. Cette dernière disposition, qui résulte de la volonté de favoriser la souplesse et la liberté contractuelle dans la formation du contrat, devrait mettre fin aux ambiguïtés de la jurisprudence.

L'article 1117 porte sur la caducité de l'offre. Il est ainsi clairement affirmé que l'offre est caduque dans deux cas :

– à l’expiration du délai fixé par son auteur ou à l’issue d’un délai raisonnable ;

– en cas d’incapacité ou de décès de son auteur avant son acceptation, qu’elle soit ou non assortie d’un délai.

Cette dernière précision revient sur la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle l’offre, si elle comprend un délai exprès, est transmissible aux héritiers, qui sont alors liés par le délai ⁽¹⁾, alors qu’en l’absence de délai, l’offre n’est pas transmissible aux héritiers.

Le lien inextricable entre l’offre de contracter et son auteur justifie en effet que celle-ci n’engage pas les héritiers de ce dernier. Il s’agit ainsi notamment de tenir compte de la spécificité des contrats conclus en considération de la personne du contractant et d’éviter des difficultés d’application complexes au regard de la législation sur les incapables et les successions.

• L’acceptation

L’article 1118 définit l’acceptation comme la manifestation de volonté de son auteur d’être lié selon les termes de l’offre. Il pose ensuite le principe de sa libre rétractation tant qu’elle n’est pas parvenue à l’offrant.

L’article 1119 introduit dans le code civil des dispositions relatives aux conditions générales, qui s’articulent autour de trois principes :

– ces clauses doivent avoir été portées à la connaissance du cocontractant et faire l’objet d’une acceptation de sa part ;

– les clauses incompatibles qui résultent de discordances entre les conditions générales invoquées par l’une et l’autre des parties sont sans effet ;

– les clauses particulières qui sont incompatibles avec les clauses générales l’emportent sur ces dernières.

L’article 1120 rappelle le principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation, sauf s’il en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d’affaires ou de circonstances particulières.

L’article 1121 fixe clairement le moment auquel le contrat se forme : lorsque l’acceptation parvient à l’offrant, conformément à la théorie dite de la réception. Cette solution apporte une plus grande sécurité juridique sur la date de formation du contrat.

L’article 1122 rappelle enfin la possibilité de prévoir, par le contrat ou par la loi, un délai de réflexion – défini comme le délai avant l’expiration duquel le destinataire de l’offre ne peut manifester son acceptation – ou de rétractation –

(1) Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 5 novembre 2008, n° 07-16.505.

entendu comme le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement.

b. Le pacte de préférence

L'article 1123 a pour objet de préciser le cadre juridique relatif au pacte de préférence.

Le pacte de préférence est ainsi défini comme « *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 crée donc une forme d'obligation éventuelle à la charge de l'une des parties, le promettant, dont seul dépend le déclenchement de l'obligation.

La violation du pacte de préférence peut être sanctionnée à double titre. Lorsque le contrat est conclu avec un tiers de bonne foi, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers est de mauvaise foi, le bénéficiaire peut également agir en nullité du contrat ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu, à la double condition que le tiers ait conclu le contrat en ayant connaissance du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.

Afin d'éviter les situations d'incertitude juridique, l'article 1123 institue une action ou interpellation interrogatoire du tiers ayant eu connaissance de l'existence du pacte.

Cette action a pour objectif de purger une situation juridique incertaine à la veille de la conclusion du contrat, en demandant au destinataire de prendre parti. Elle présente la particularité, comme les deux autres procédures similaires prévues aux articles 1158 (en cas de doute sur l'étendue des pouvoirs du représentant) et 1183 (en cas de menace d'action en nullité) du code civil, d'avoir connu une mise en application aux contrats en cours dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

En vertu de cette procédure, le tiers ayant eu connaissance de l'existence du pacte de préférence peut demander au bénéficiaire de confirmer son existence ainsi que son intention de s'en prévaloir. Cette action interrogatoire est toutefois encadrée : la demande doit être faite par écrit et la réponse doit être fournie dans un délai fixé par le tiers, dont il est précisé qu'il doit être raisonnable. L'exigence du caractère raisonnable de ce délai permet, en cas de contentieux, que le juge s'assure que le délai fixé était bien adapté aux circonstances.

À cet égard, les personnes auditionnées se sont, presque à l'unanimité, prononcées en défaveur d'un délai fixe, celui-ci pouvant, selon la complexité des contrats, s'avérer trop long ou trop court.

À défaut de réponse dans le délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat.

c. La promesse unilatérale de contrat

L'article 1124 définit la promesse unilatérale comme le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, 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 consentement du bénéficiaire. Elle constitue ainsi une véritable obligation unilatérale de la part du promettant.

Cet article prévoit en outre que la révocation de la promesse avant la levée de l'option est sanctionnée par l'exécution forcée du contrat. Cette précision met fin à la jurisprudence de la Cour de cassation, vivement critiquée en doctrine, selon laquelle la révocation d'une promesse unilatérale de contrat par le promettant pendant le délai contractuellement accordé au bénéficiaire pour lever son option ne pouvait être sanctionnée que par la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du promettant ⁽¹⁾.

L'article 1124 précise enfin que le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul.

2. Les modifications apportées par le Sénat

a. L'élargissement de la caducité de l'offre au cas du décès du destinataire (article 1117)

Sur proposition de son rapporteur en commission des Lois, le Sénat a proposé de prévoir la caducité de l'offre de contracter, non seulement en cas de décès de l'auteur comme prévu dans l'ordonnance, mais également en cas de décès du destinataire.

Dans son rapport, le rapporteur du Sénat a justifié cette modification à l'article 1117 en se fondant sur la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle en cas de décès du destinataire de l'offre, cette dernière devient caduque et ne se transmet pas à ses héritiers ⁽²⁾.

Au cours de la séance publique, le Gouvernement a fait valoir que rien ne justifie qu'une offre de contracter prenne systématiquement fin au décès de son destinataire. La ministre de la Justice a ainsi précisé que « *la jurisprudence a pu sembler aller en ce sens, mais une telle solution a été critiquée, à juste titre, par la doctrine* ».

La garde des Sceaux a plaidé pour que soit laissé au juge le soin d'apprécier quelle solution est la plus opportune selon le type de contrat proposé. En effet, si la caducité de l'offre en cas de décès du destinataire peut se comprendre lorsque le contrat est conclu *intuitu personae*, il n'en va pas de même

(1) Cour de cassation, 3^e chambre civile, 15 décembre 1993, n° 91-10.174.

(2) Cour de cassation, 5^e chambre civile, 5 novembre 2008, n° 07-16.505.

dans d'autres types de contrats, où la personne du cocontractant n'est pas déterminante et où l'offre de contrat doit pouvoir être transmise aux héritiers.

Cependant, l'amendement de retour au texte initial présenté par le Gouvernement en séance publique n'a pas été adopté, conformément à l'avis défavorable du rapporteur.

b. La précision sur le délai de l'action interrogatoire en cas de pacte de préférence (article 1123)

Sur proposition de son rapporteur en commission des Lois, le Sénat a proposé de fixer le délai de l'action interrogatoire visée à l'article 1123 à deux mois.

Le rapporteur a en effet considéré que l'absence de délai fixe profiterait avant tout au tiers, qui a intérêt à recevoir une réponse rapidement.

Au cours de la séance publique, le Gouvernement a souligné que la fixation du délai à deux mois empêcherait d'en adapter la durée aux circonstances. Or, selon la complexité du contrat projeté, le bénéficiaire peut avoir besoin d'un temps plus ou moins long pour évaluer s'il a intérêt à se prévaloir du pacte.

L'amendement de retour au texte initial présenté par le Gouvernement en séance publique n'a toutefois pas été adopté, conformément à l'avis défavorable du rapporteur.

3. La position de la Commission

À l'initiative de votre rapporteur et de l'ensemble des membres du groupe La France insoumise, l'article 4 a été supprimé par la Commission qui a considéré qu'il convenait de revenir sur la caducité de l'offre en cas de décès du destinataire – l'offre doit en effet pouvoir perdurer dans ce cas⁽¹⁾ – et de prévoir que le délai dans lequel la réponse doit être apportée à l'action interrogatoire en matière de pacte de préférence doit être non plus fixé, comme le proposait le Sénat, à deux mois, mais être qualifié de « raisonnable », de telle sorte qu'il puisse être adapté aux circonstances.

*

* *

La Commission est saisie de deux amendements identiques CL36 du rapporteur et CL7 de Mme Danièle Obono.

M. le rapporteur. Nous revenons sur le travail du Sénat, en supprimant deux dispositions.

(1) Il en va ainsi, par exemple, en matière immobilière, lorsque la personne ayant accepté une offre de vente décède, ses héritiers peuvent avoir intérêt à ce que l'offre soit maintenue.

La première est la caducité de l'offre en cas de décès du destinataire ; nous souhaitons que cette offre puisse perdurer.

La seconde est le délai de deux mois en cas d'action interrogatoire dans le cadre d'un pacte de préférence. Je vous propose de revenir au « délai raisonnable » qui figurait dans le texte initial.

Mme Danièle Obono. Les modifications apportées au code civil par cet article ne nous semblent pas aller dans le bon sens.

La plus importante d'entre elle, par ses effets, est la modification de l'article 1123 du code civil, qui introduit une action interrogatoire pour les pactes de préférence. Il s'agit d'un mécanisme qui permet d'interroger le titulaire d'un droit sur le point d'être évincé sur ses intentions.

L'article 4 du Sénat substitue à la notion de délai raisonnable contenu dans l'ordonnance un délai de deux mois. La notion de délai raisonnable prévue par l'ordonnance nous semble parvenir à un équilibre préservant à la fois les droits des bénéficiaires de pactes de préférence, une certaine souplesse nécessaire en droit des contrats qui permet au juge d'assurer les droits des parties dans toutes les situations, le tout dans un cadre assurant une nécessaire sécurité juridique. Nous proposons donc de revenir à la version proposée antérieurement, qui est celle d'un délai raisonnable.

Concernant l'introduction de la caducité de l'offre en cas de décès du destinataire, elle va à l'encontre des principes généraux du droit, qui veulent que le droit commun des contrats ne permette pas de choisir le destinataire de son offre : tous les contrats ne peuvent en effet être conclus *intuitu personae*.

Les arguments développés contre cet ajout par la garde des Sceaux devant le Sénat apparaissent justes. Elle considère que : « *Le lien inextricable entre l'offre de contracter et son auteur justifie en effet que celle-ci n'engage pas les héritiers de ce dernier ; en revanche, rien ne justifie qu'une offre de contracter prenne systématiquement fin au décès de son destinataire. La jurisprudence a pu sembler aller en ce sens, mais une telle solution a été critiquée, à juste titre, par la doctrine.* »

Nous nous étonnons par ailleurs de l'amendement du rapporteur, le nôtre semblait suffisant, et la Commission aurait pu le voter.

Mme la présidente Yaël Braun-Pivet. Si les amendements de suppression de l'article sont adoptés, les autres tomberont. J'invite donc leurs auteurs à intervenir s'ils le souhaitent.

M. Raphaël Gauvain. Notre amendement portait sur la suppression du délai de deux mois introduit par le Sénat. Il y a un vrai consensus national sur cette question puisque je partage l'avis du groupe La France insoumise. Lors des auditions que nous avons menées, ce délai de deux mois a été dénoncé comme source d'énormément de rigidité dans l'exécution des contrats. Dans le cadre des

actions interrogatoires, deux mois seront parfois beaucoup trop longs, et parfois beaucoup trop courts. En outre, ce sont les parties qui fixeront elles-mêmes ce délai raisonnable.

M. Jean-Luc Warsmann. Parmi les dispositions comportant plus d'inconvénients que d'avantages que j'ai mentionnées en introduction, je pensais notamment à celle-ci. Je partage l'opinion des orateurs précédents sur la notion de « délai raisonnable ». Un délai fixe est dans certains cas beaucoup trop long, dans d'autres beaucoup trop court ; un consensus se fait sur ce sujet.

S'agissant de la caducité de l'offre, je n'avais pas abouti dans ma réflexion. Mais les arguments que j'ai entendus m'ont convaincu. Je soutiendrai donc la suppression de l'article 4 dans sa totalité.

M. Sébastien Huyghe. Excusez-moi de briser le consensus : nous ne sommes pas du tout d'accord avec la suppression de cet article. Le Sénat l'avait introduit pour consolider une jurisprudence. Dans son argumentaire, le rapporteur mentionne l'offre de vente en matière immobilière ; si le vendeur savait que l'acquéreur potentiel allait décéder, compte tenu du temps que peut prendre une succession, il retirerait son offre s'il en avait la possibilité. Il y avait donc une certaine logique dans ce qu'a voulu faire le Sénat.

Par ailleurs, déterminer un délai fixe permet de lutter contre l'insécurité juridique. Les termes « délai raisonnable » rendent les choses trop aléatoires, et le délai devra être déterminé par la jurisprudence. Le fait que la loi prévoit un délai de deux mois n'empêche pas les parties de convenir d'un autre délai par une clause contraire. Il me semble préférable de déterminer un délai connu à l'avance plutôt que de s'en remettre à la jurisprudence.

M. le rapporteur. Sur la forme, madame Obono, nous pouvons surtout nous féliciter d'avoir une position commune, que j'ai défendue auprès du Gouvernement et qui nous permet d'adopter ces amendements aujourd'hui.

Sur le fond, en ce qui concerne la caducité de l'offre en cas de décès du destinataire, si cette offre est rendue *intuitu personae*, son sort est réglé. L'amendement que nous présentons a fait la quasi-unanimité chez les professionnels du droit. C'est pourquoi nous avons inscrit cette suppression dans le texte.

En ce qui concerne le délai de deux mois introduit par le Sénat, il peut être trop court ou trop long, c'est la raison pour laquelle nous sommes revenus sur cette disposition. Vous avez rappelé son caractère supplétif, raison pour laquelle nous avons réintroduit cette disposition.

La Commission adopte les amendements.

En conséquence, l'article 4 est supprimé et les amendements CL1 et CL16 tombent.

Après l'article 4

La Commission est saisie de l'amendement CL13 de M. Ugo Bernalicis.

M. Ugo Bernalicis. La notion de cause du contrat est compliquée, tant ses contours ont été modifiés par la jurisprudence. Dans ce projet d'ordonnance, les concepts qui avaient été dégagés de cette notion par la voie prétorienne ont été pris en compte dans les ordonnances, et c'est une bonne chose.

Grâce à la notion de cause, les clauses limitatives de responsabilité qui privent de leur substance l'obligation essentielle du débiteur ont pu être écartées. Il s'agit par exemple de l'entreprise Chronopost qui, dans les années 1990, s'engageait à livrer des plis en moins de quarante-huit heures, mais s'exonérait, par une clause au contrat, de toute pénalité en cas de non-respect des délais.

Plus encore, grâce à la notion de cause, des contrats dont l'exécution voulue par les parties était impossible ont pu être annulés pour absence de cause.

Cette notion s'est révélée être un outil très riche à la disposition des juges pour développer une jurisprudence pertinente, et c'est pour cela que nous pensons qu'il serait utile de la réinsérer dans le code civil.

M. le rapporteur. Monsieur Bernalicis, je suis surpris par votre conservatisme et votre volonté de réintroduire la notion de cause.

Cette volonté est satisfaite sur certains aspects, car les éléments constitutifs de la cause demeurent : la subordination de la validité du contrat à un contenu licite et le fait que le contrat ne peut déroger à l'ordre public. Des éléments de la cause et de l'objet sont donc repris dans la définition nouvelle du contenu.

La version actuelle de l'ordonnance satisfait aussi votre volonté de protéger les cocontractants d'une disposition qui priverait le contrat de son effet essentiel. L'article 1170 prévoit qu'une telle disposition serait réputée non écrite, ce qui traduit dans la loi la jurisprudence « Chronopost » à laquelle vous venez de faire allusion. Avis défavorable.

La Commission rejette l'amendement.

Article 5 (supprimé)
(art. 1137 et 1143 du code civil)

Les vices du consentement

Résumé du dispositif :

Introduit par la commission des Lois du Sénat à l'initiative de son rapporteur, le présent article modifie les dispositions relatives à la réticence dolosive (article 1137 du code civil) et à l'abus de l'état de dépendance (article 1143).

Modifications adoptées par la commission des Lois :

À l'initiative de votre rapporteur, de M. Raphaël Gauvain et de l'ensemble des membres du groupe La République en marche et de M. Jean-Luc Warsmann, la Commission a supprimé cet article.

1. Les principales modifications prévues par l'ordonnance

Élément essentiel à la validité du contrat (article 1128 du code civil) et plus largement de tout acte juridique, le consentement doit exister et n'être affecté d'aucun vice. Depuis 1804, le code civil retient trois faits pouvant potentiellement vicier le consentement : l'erreur, le dol et la violence.

L'ordonnance pose une exigence commune aux vices du consentement : le caractère déterminant du vice. L'article 1130 prévoit ainsi que l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie au regard des personnes et des circonstances dans lesquelles le consentement a été donné.

Ces vices du consentement sont sanctionnés par la nullité relative du contrat (article 1131), compte tenu du caractère privé des intérêts protégés.

a. L'erreur

Bien que l'ordonnance ne propose pas de définition de l'erreur, celle-ci peut être définie comme une représentation inexacte de la réalité que le droit n'accepte de considérer comme une cause de nullité que dans certains cas limitativement définis.

Deux conditions de portée générale sont posées par l'ordonnance pour qualifier l'erreur : elle doit être déterminante et excusable. L'erreur n'est en effet une cause de nullité que si elle a véritablement déterminé le consentement de celui qui l'a commise (article 1130). L'erreur doit par ailleurs être excusable (article 1132), c'est-à-dire commise par un contractant qui n'avait pas les moyens de la dissiper, par exemple en se renseignant.

Pouvant être de droit ou de fait, l'erreur doit porter sur les qualités substantielles de la prestation ou sur celles du cocontractant dans les contrats conclus en considération de la personne (articles 1132 et 1134).

Les qualités essentielles sur lesquelles porte l'erreur sont celles qui ont été convenues et en considération desquelles les parties ont contracté, ce qui correspond à une analyse objective permettant de circonscrire le champ de la nullité pour erreur, sachant que l'erreur peut porter sur sa propre prestation et que l'acceptation d'un aléa chasse l'erreur (article 1133).

Sont par ailleurs indifférentes l'erreur sur la valeur (article 1136) ainsi que l'erreur sur les motifs, à moins que, dans ce dernier cas, les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement, à l'exception toutefois des libéralités, pour lesquelles il est rappelé que l'erreur sur le motif est bien une cause de nullité (article 1135).

b. Le dol

L'ordonnance reprend, pour l'essentiel, le droit positif relatif au dol.

Le dol est ainsi défini comme le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges (article 1137 alinéa 1). Le dol est également constitué s'il est le fait du représentant, du gérant d'affaires, du préposé ou du porte-fort du contractant ou d'un tiers complice (article 1138).

Est en outre affirmé le caractère toujours excusable de l'erreur provoquée par un dol ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat (article 1139).

La réticence dolosive est enfin consacrée par l'alinéa 2 de l'article 1137, qui énonce que la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie constitue un dol. Cette disposition, qui reprend la jurisprudence de la Cour de cassation⁽¹⁾, dissocie la réticence dolosive de l'obligation précontractuelle d'information définie à l'article 1112-1 du code civil (*cf.* commentaire de l'article 3), ainsi que le souligne le rapport au Président de la République. Il y est en effet précisé que « *la réticence dolosive est consacrée, sans toutefois la subordonner à l'existence d'une obligation d'information par ailleurs consacrée à l'article 1112-1* ».

c. La violence

S'agissant de la violence, l'ordonnance reprend l'essentiel du droit positif, quant à sa définition⁽²⁾ (article 1140), la menace de l'usage de voies de droit (article 1141) ou la violence émanant d'un tiers au contrat (article 1142).

L'une des principales innovations de l'ordonnance réside dans l'inclusion dans le champ de la violence de l'abus de l'état de dépendance. L'article 1143 énonce ainsi qu'« *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* ».

Si cette disposition consacre la jurisprudence de la Cour de cassation relative à ce que la doctrine et les praticiens qualifient de « violence

(1) Cour de cassation, 3^e chambre civile, 15 janvier 1971, n° 69-12.180.

(2) La violence est constituée lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable.

économique », elle propose une acception plus large de l'état de dépendance. Comme le souligne le rapport au Président de la République, « *toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles* ».

Des garde-fous ont toutefois été posés. Ainsi, pour apprécier le vice, un critère relatif à l'avantage manifestement excessif que doit avoir tiré le cocontractant a été introduit.

2. Les modifications apportées par le Sénat

a. Les précisions sur le champ d'application de la réticence dolosive (article 1137)

Sur proposition de son rapporteur en commission des Lois, le Sénat a souhaité subordonner la nullité pour réticence dolosive aux hypothèses dans lesquelles une obligation d'information préalable existe, faisant ainsi disparaître l'exclusion de l'estimation de la valeur de la prestation du champ d'application de la réticence dolosive.

Arguant du fait que la nouvelle rédaction proposée reprenait exactement celle qui avait été proposée dans l'avant-projet d'ordonnance publié par la Chancellerie en 2015, le rapporteur du Sénat a justifié cette modification en relevant les difficultés soulevées, selon lui, par l'incohérence des champs d'application respectifs des articles 1112-1 et 1137 du code civil.

Certaines informations qui ne sont pas visées par le devoir d'information de l'article 1112-1 du code civil, car elles ne sont pas déterminantes au sens de cet article, pourraient ainsi être considérées comme déterminantes au sens de l'article 1137 du même code, et justifier une sanction pour réticence dolosive.

En séance publique, le Gouvernement a fait valoir que l'obligation précontractuelle d'information instaurée à l'article 1112-1 du code civil est strictement encadrée : elle n'est en effet due que si l'ignorance de l'autre partie est légitime, ou si celle-ci peut, en raison des circonstances, faire une confiance particulière à son cocontractant. La réticence dolosive, qui implique une intention de tromper, ne doit pas être assujettie aux mêmes limites. La mauvaise foi implique en effet que le dol soit sanctionné de façon plus large et plus sévère que ne l'est la simple négligence dans la délivrance d'informations.

L'amendement présenté par le Gouvernement en séance publique afin de revenir au texte initial et d'exclure de la réticence dolosive l'estimation de la valeur de la prestation n'a toutefois pas été adopté, conformément à l'avis défavorable du rapporteur.

b. La restriction de l'abus de l'état de dépendance au domaine économique (article 1143)

Sur proposition de son rapporteur en commission des Lois, le Sénat a proposé de clarifier la définition de l'abus de l'état de dépendance en le qualifiant d'économique.

Souhaitant éviter que l'état de dépendance soit entendu comme une situation de faiblesse d'une partie par rapport à une autre, le rapporteur du Sénat a en effet préféré faire référence à une notion bien établie par la jurisprudence, la Cour de cassation ayant défini une liste de critères permettant de qualifier plus précisément la notion de violence économique : « *seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* » ⁽¹⁾.

Le rapporteur du Sénat a en effet considéré que si l'état de dépendance était compris comme la situation de faiblesse d'une partie par rapport à une autre, cela pourrait ouvrir la voie à la contestation des contrats de toutes les personnes en situation de faiblesse, comme les personnes âgées ou malades par exemple. Il a par ailleurs estimé que le droit en vigueur sanctionnait déjà l'abus d'un état qui semble se rapprocher de l'état de dépendance visé à l'article 1143 du code civil. Ainsi, le code pénal réprime à son article 223-15-2 l'abus « *frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse* » d'un mineur ou d'une personne d'une vulnérabilité particulière qui la conduit à un acte ou une abstention qui lui sont gravement préjudiciables.

Au cours de la séance publique, le Gouvernement a souhaité revenir à la rédaction initiale de l'article 1143. Il a souligné que les dispositions qui sanctionnent l'abus de faiblesse dans le code pénal ou dans le code de la consommation ne sont pas comparables à celles de l'article 1143, car elles édictent des sanctions pénales sans prévoir l'annulation du contrat conclu et elles diffèrent, dans leur champ d'application et dans leurs conditions de mise en œuvre, de celles du nouvel article.

La ministre de la Justice a en outre rappelé que toutes les hypothèses de dépendance doivent être visées, afin de permettre une protection des personnes vulnérables, et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles. La garde des Sceaux a précisé qu'« *il pourrait donc s'agir d'une situation de dépendance sociale ou psychologique, ce qui pourrait permettre de sanctionner un abus commis, par exemple, à l'encontre de personnes âgées dépendantes d'un point de vue affectif ou psychologique* ».

Suivant l'avis de son rapporteur, le Sénat a toutefois rejeté l'amendement de retour au texte initial présenté par le Gouvernement.

(1) Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 3 avril 2002, n° 00-12-932.

3. La position de la Commission

À l'initiative de votre rapporteur, de M. Raphaël Gauvain et de l'ensemble des membres du groupe La République en marche, et de M. Jean-Luc Warsmann, l'article 5 a été supprimé par la Commission qui a considéré que les modifications proposées par le Sénat avaient pour conséquence de réduire la protection apportée par l'ordonnance aux cocontractants les plus faibles. Elle est donc revenue sur la limitation de la réticence dolosive au contenu de l'obligation d'information préalable ainsi que sur la restriction à la dépendance économique de l'abus de l'état de dépendance.

Votre rapporteur tient à préciser qu'une réflexion est en cours pour traduire, à l'article 1137 du code civil, la jurisprudence dite « *Baldus* »⁽¹⁾, afin d'exclure de la réticence dolosive l'estimation de la valeur de la prestation. Un amendement en ce sens sera présenté par votre rapporteur en séance publique.

*

* *

La Commission examine les amendements identiques CL37 du rapporteur, CL2 de M. Raphaël Gauvain et CL17 de M. Jean-Luc Warsmann.

M. le rapporteur. L'amendement CL37 revient sur deux modifications proposées par le Sénat qui retirent des droits aux cocontractants les plus faibles : d'une part, la limitation de la réticence dolosive au contenu de l'obligation d'information préalable et, d'autre part, la limitation de l'état de dépendance à la dépendance économique.

Mme Typhanie Degois. L'article 5, modifié par le Sénat, s'écarte de la rédaction initiale de l'ordonnance en ce qui concerne les vices du consentement, en limitant la possibilité de résiliation du contrat au seul cas de violence économique. Nous ne sommes pas d'accord avec cette position, considérant que l'état de dépendance doit être étendu aux situations de violence psychologique afin de protéger nos concitoyens les plus fragiles, qui pourraient conclure un contrat sans en avoir réellement la volonté et qui ne seraient pas soumis à un régime de protection – sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle.

D'autre part, nous souhaitons revenir à la rédaction initiale de l'article 1137 du code civil afin de ne pas faire dépendre la caractérisation de la réticence dolosive de la méconnaissance du devoir d'information précontractuel. Comme ce sont des notions juridiques distinctes, il pourrait s'avérer très compliqué en pratique de devoir les exiger toutes les deux.

M. Jean-Luc Warsmann. Nous souhaitons nous aussi revenir à la rédaction initiale de l'article 1137 du code civil. L'état de dépendance n'est pas que d'ordre économique. Je parlais de modifications apportées par le Sénat qui

(1) Cf. commentaire de l'article 3.

étaient en contradiction avec l'orientation générale de la réforme : celle apportée à l'article 5 me semble en faire partie.

Mme la présidente Yaël Braun-Pivet. L'adoption de ces amendements rendrait sans objet l'amendement CL8. Monsieur Bernalicis, souhaitez-vous prendre la parole ?

M. Ugo Bernalicis. Il n'est pas pertinent de restreindre la notion de dépendance à la seule dépendance économique. Cette notion a été sciemment conçue de façon large par la précédente réforme du droit des obligations.

Le rapport rendu le 11 février 2016 au Président Hollande posait le principe en ces termes : *« L'une des innovations essentielles du texte consiste à assimiler à la violence l'abus de la dépendance dans laquelle se trouve son cocontractant, ce que la jurisprudence de la Cour de cassation a admis dans des arrêts récents, et que la doctrine et les praticiens qualifient de « violence économique », même si le texte est en réalité plus large et n'est pas circonscrit à la dépendance économique. En effet, toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles. Afin de répondre aux craintes des entreprises et d'objectiver l'appréciation de cet abus, a été introduit, pour apprécier ce vice, un critère tenant à l'avantage manifestement excessif que doit en avoir tiré le cocontractant, ce qui permet d'encadrer l'application de ce texte. »*

Nous sommes tout à fait satisfaits de cette écriture, et considérons qu'il est nécessaire qu'elle puisse prospérer. C'est pourquoi nous ne proposons la suppression que de l'alinéa 3 de l'article 5.

M. Sébastien Huyghe. Nous partageons l'idée qu'il faut supprimer l'alinéa 3 de l'article, relatif à la dépendance économique.

En ce qui concerne le début de l'article, la rédaction du Sénat n'est peut-être pas tout à fait satisfaisante. Se limiter aux cas où il existe une obligation d'information préalable n'est pas opportun. En revanche, le fait de revenir uniquement au « caractère déterminant » de l'information pour l'autre partie sans exclure la notion de « valeur du bien » risque de créer une instabilité juridique. Je vous proposerai en séance publique un amendement permettant de résoudre ce problème.

M. le rapporteur. Vous avez tout à fait raison. À l'article 1136, la valeur du bien est bel et bien exclue en ce qui concerne l'erreur entraînant le dol alors qu'à l'article 1137, la rédaction du Sénat avait pour vocation de couvrir la transposition de la jurisprudence *Baldus*. Cependant, nous n'avons pas trouvé à ce stade de rédaction satisfaisante. C'est pourquoi nous n'avons proposé en commission qu'une suppression sèche de l'article, suppression sur laquelle nous souhaitons revenir en séance publique le 11 décembre prochain.

M. Sébastien Huyghe. Je m’abstiendrai sur cet amendement en espérant qu’on trouvera un accord en séance publique.

La Commission adopte les amendements identiques.

En conséquence, l’article 5 est supprimé et l’amendement CL8 de M. Ugo Bernalicis devient sans objet.

Article 6

(art. 1145, 1158 et 1161 du code civil)

La capacité des personnes morales et les règles de représentation dans la formation du contrat

Résumé du dispositif :

Introduit par la commission des Lois du Sénat à l’initiative de son rapporteur, cet article modifie les dispositions relatives à la capacité des personnes morales (article 1145 du code civil) ainsi qu’au délai de l’action interrogatoire (article 1158) et à la gestion des conflits d’intérêt (article 1161) en matière de représentation.

Modifications adoptées par la commission des Lois :

À l’initiative de votre rapporteur, de M. Raphaël Gauvain et de l’ensemble des membres du groupe La République en marche et de M. Jean-Luc Warsmann, la Commission a adopté un amendement de suppression du délai de deux mois prévu en matière d’action interrogatoire dans le cadre de la représentation.

1. Les principales modifications prévues par l’ordonnance

La sous-section 2 de la section 2 du chapitre II du sous-titre I^{er} du titre III du livre III du code civil (articles 1145 à 1161) regroupe les dispositions relatives à la capacité à contracter et à la représentation en matière contractuelle, tant pour les personnes physiques que morales, dans le cadre plus large de la validité du contrat.

a. La capacité

Le paragraphe 1, consacré à la capacité, reprend et complète les dispositions du code civil relatives aux contrats qui ont trait à la capacité et à l’action en rescision pour lésion.

L’article 1145 fixe le principe, déjà connu, de la capacité des personnes physiques (alinéa 1) ainsi que celle – c’est une novation – des personnes morales (alinéa 2). Cette précision vise à « *répondre aux demandes des milieux économiques* », comme indiqué dans le rapport au Président de la République.

La capacité est essentielle puisqu’elle constitue, pour les personnes physiques comme pour les personnes morales, une condition de validité des

contrats. Si la capacité est absolue pour les personnes physiques – sauf disposition législative contraire, elle est limitée pour les personnes morales, en vertu du principe de spécialité qui les régit, à raison de l’objet pour lequel elles ont été constituées. L’alinéa 2 de l’article 1145 prévoit ainsi que « *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* ».

Les articles suivants (1146 à 1152) reprennent l’essentiel des dispositions du code civil relatives à la capacité et à l’action en rescision pour lésion. Sont en particulier explicitées l’incapacité d’exercice des mineurs non émancipés et des majeurs protégés (article 1146) et sa sanction par la nullité relative du contrat (article 1147) – sauf pour les actes courants (article 1148) – ainsi que les règles propres aux mineurs (nullité des actes courants s’ils sont lésionnaires, indifférence de la déclaration de majorité faite par le mineur, maintien des engagements pris par le mineur dans l’exercice de sa profession) énoncées par l’article 1149.

b. La représentation

Le paragraphe 2 introduit dans le code civil un régime général de la représentation, qui s’inspire des principes européens d’harmonisation du droit.

La représentation est le mécanisme par lequel une personne, le représentant, conclut un acte juridique pour le compte d’une autre, le représenté, en vertu d’un pouvoir que lui confère la loi (représentation légale), une décision de justice (représentation judiciaire) ou encore un contrat (représentation conventionnelle).

Après avoir précisé que le représentant tire ses pouvoirs de la loi, du juge ou de la convention et qu’il n’est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés (article 1153), l’ordonnance reprend la distinction classique entre la représentation dite parfaite – lorsque le représentant agit au nom et pour le compte du représenté – et la représentation dite imparfaite – lorsque le représentant dit agir pour le compte d’autrui mais contracte en son nom (article 1154).

Elle distingue ensuite les actes que le représentant peut accomplir selon que le pouvoir est général ou spécial. Ainsi, lorsque le pouvoir est défini en termes spéciaux, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité ainsi que ceux dont dépend la réalisation de ces actes (article 1155).

Puis, les articles 1156 et 1157 traitent des sanctions relatives au régime de la représentation.

Ainsi, en cas de défaut ou de dépassement de pouvoir, l’acte accompli par le représentant est en principe inopposable au prétendu représenté, qui n’est donc pas engagé (article 1156, alinéa 1). Dans un souci de sécurité juridique, il est toutefois prévu une exception, qui consacre la théorie de l’apparence développée

par la jurisprudence. Ainsi, en cas de mandat apparent – c’est-à-dire lorsque le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté – l’acte accompli par le représentant est opposable au représenté (article 1156 alinéa 1). Lorsqu’il ignorait que l’acte était accompli par le représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut invoquer la nullité si celle-ci lui semble préférable à l’inopposabilité (article 1156 alinéa 2). Mais l’inopposabilité comme la nullité de l’acte ne peuvent être invoquées dès lors que le représentant l’a ratifié (article 1156 alinéa 3).

En cas de détournement de pouvoir – c’est-à-dire lorsque le représentant agit bien dans la limite de ses pouvoirs mais qu’il utilise ceux-ci dans un autre but que celui convenu ou prévu par la loi –, le représenté peut invoquer la nullité de l’acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l’ignorer (article 1157).

Par ailleurs, l’article 1158 introduit, comme aux articles 1123 s’agissant du pacte de préférence⁽¹⁾ et 1183 concernant la menace d’action en nullité, une interpellation interrogatoire en faveur du tiers. Ce dernier peut ainsi, lorsqu’il doute de l’étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l’occasion d’un acte qu’il s’appête à conclure, demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu’il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L’écrit doit mentionner qu’à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte.

L’article 1159 traite des effets de la représentation sur le représenté, en distinguant la représentation légale ou judiciaire de la représentation conventionnelle. La représentation légale ou judiciaire dessaisit ainsi, pendant sa durée, le représenté des pouvoirs transférés au représentant, tandis que la représentation conventionnelle laisse au représenté l’exercice de ses droits.

L’article 1160 précise que les pouvoirs du représentant cessent s’il est atteint d’une incapacité ou frappé d’une interdiction.

L’article 1161 clarifie enfin les règles applicables en cas de conflit d’intérêts entre le représentant et le représenté ou le tiers, conformément à ce qui est admis dans les projets européens d’harmonisation du droit. Il prévoit qu’un représentant ne peut ni agir pour le compte des deux parties au contrat, ni contracter pour son propre compte avec le représenté. Sinon, l’acte accompli est nul, à moins que la loi ne l’autorise ou que le représenté ne l’ait autorisé ou ratifié.

(1) Cf. commentaire de l’article 4 du présent projet de loi.

2. Les modifications apportées par le Sénat

a. Les précisions relatives à la définition de la capacité des personnes morales (article 1145)

Sur proposition de son rapporteur en commission des Lois, qui a fait l'objet en séance publique d'un amendement rédactionnel du Gouvernement ayant reçu un avis de « sagesse positive » de M. François Pillet, le Sénat a souhaité que la définition de la capacité des personnes morales soit revue.

Conformément à la volonté du rapporteur qui considérait que la formulation retenue dans l'ordonnance, particulièrement restrictive, ne correspondait pas aux notions communément admises en matière de capacité des personnes morales et risquait de susciter « *un contentieux nouveau et inutile* », le Sénat a adopté le principe du caractère limité de la capacité des personnes morales, tout en précisant que cette limite est fixée par les règles propres applicables à chaque personne morale.

b. La fixation du délai de l'action interrogatoire en matière de représentation (article 1158)

Dans un souci de simplification et de clarté, à l'instar de ce qu'il a prévu pour l'action interrogatoire de l'article 1123 en matière de pacte de préférence ⁽¹⁾, le Sénat a, à l'initiative de son rapporteur en commission des Lois, décidé de fixer le délai de l'action interrogatoire en matière de représentation à deux mois, plutôt que de conserver la notion de délai raisonnable.

Le rapporteur du Sénat a en effet considéré, dans son rapport, que « *dès lors que l'interrogation formelle à laquelle il est procédé appelle une réponse simple et évidente, il lui semble logique de prévoir un délai fixe et connu des parties comme des tiers, de façon à éviter un contentieux inutile sur le caractère raisonnable du délai* ».

c. La clarification de l'articulation des dispositions relatives à la gestion des conflits d'intérêt en matière de représentation avec le droit des sociétés (article 1161)

Sur proposition de son rapporteur en commission des Lois, le Sénat a restreint le champ d'application de l'article 1161, relatif aux conflits d'intérêt en matière de représentation, aux seules personnes physiques et a précisé qu'un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêt.

Il est apparu aux yeux du rapporteur du Sénat que le fait de viser, à l'article 1161, les personnes morales, risquait de soulever des difficultés d'articulation de cette disposition avec le droit des sociétés.

(1) Cf. commentaire de l'article 4 du présent projet de loi.

Il est en effet fréquent que les dirigeants d'une société, qui en assurent la représentation, concluent des conventions avec la société elle-même, ou que des sociétés d'un même groupe concluent entre elles des conventions par l'intermédiaire de dirigeants qui peuvent être les mêmes. Il est donc courant qu'un même représentant agisse pour le compte de deux sociétés parties au contrat ou qu'il contracte pour son propre compte avec la société qu'il représente – ce qu'interdit l'article 1161, sauf autorisation ou ratification, ce qui représenterait une procédure lourde, en particulier pour les conventions passées sans formalisme particulier.

Par ailleurs, le rapporteur du Sénat, a jugé nécessaire de procéder à deux autres modifications, afin d'éviter certaines difficultés pratiques :

– en prévoyant le cas d'une pluralité de parties, et pas seulement celui de deux parties ;

– en prenant en compte le cas où des parties aux intérêts similaires veulent avoir le même représentant.

3. La position de la Commission

À l'initiative de votre rapporteur, de M. Raphaël Gauvain et de l'ensemble des membres du groupe La République en marche et de M. Jean-Luc Warsmann, la Commission a souhaité revenir au délai raisonnable prévu initialement pour l'action interrogatoire en matière de représentation, à l'instar de ce qu'elle a prévu pour l'action interrogatoire de l'article 1123 en matière de pacte de préférence ⁽¹⁾.

*

* *

La Commission est saisie de l'amendement CL9 de Mme Danièle Obono.

Mme Danièle Obono. Cet article comporte beaucoup de dispositions contestables. En effet, vous souhaitez à l'alinéa 1 augmenter les capacités des personnes morales, en supprimant la possibilité de déclarer la nullité d'un contrat qui outrepasserait des règles définies par leurs statuts ou qui ne serait pas motivé par les actes utiles à la réalisation de leur objet. Or il est évident que les contrats que passent les personnes morales ne peuvent entrer dans tous les champs de la vie économique. On peut aller plus loin : les associations sont certes régies par des règles très précises mais ce n'est pas le cas des sociétés. Pour ces dernières, la nouvelle formulation que vous proposez, en vertu de laquelle « *la capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles* », n'a absolument aucun sens. Par ailleurs, la formulation actuellement prévue est sans équivoque et reste très large pour préserver de la souplesse contractuelle aux personnes morales. Cette nouvelle formulation ne nous semble pas pertinente.

(1) Cf. commentaire de l'article 4 du présent projet de loi.

Deuxième point, vous souhaitez permettre la conclusion d'un contrat par représentation au terme d'un délai de deux mois, alors même qu'il subsisterait un doute sur l'identité de la personne assurant la représentation du cocontractant. La formulation actuelle permet plus de souplesse : c'est actuellement au tiers qui doute de l'identité du représentant de fixer un délai. En cas de contestation, le juge peut intervenir pour vérifier que ce délai était raisonnable. Cela nous paraît apporter à la fois de la souplesse et de la sécurité juridique à l'ensemble des parties.

Enfin, cet article prévoit aussi de permettre à une personne morale d'être la représentante de plusieurs parties au même contrat. Or, c'est précisément pour les personnes morales que cette modification a été pensée : le rapport rendu au précédent Président de la République sur cette réforme précisait d'ailleurs qu'il était question d'encadrer « *les règles applicables en cas de conflit d'intérêts entre le représentant et le représenté ou le tiers, conformément à ce qui est admis dans les projets européens.* » Évidemment, nous ne pouvons que nous opposer à cette modification délétère et contraire au droit européen.

M. le rapporteur. L'article 6, tel qu'il nous revient du Sénat, prévoit trois dispositions, dont deux que nous souhaitons conserver. D'abord, nous ne voulons pas restreindre la capacité de contracter des personnes morales aux actes utiles à la réalisation de leur objet mais la limiter par les règles applicables à chacune d'entre elles. Ensuite, nous souhaitons prévoir le cas où une personne conclurait un acte au titre de deux personnes morales différentes – c'est l'alinéa 4 de l'article 6. En revanche, en ce qui concerne l'action interrogatoire, le délai de deux mois peut paraître bien trop long. Nous proposons donc de revenir à la version initiale du texte qui prévoit un délai raisonnable fixé par la personne pratiquant l'action interrogatoire. J'émet un avis défavorable à l'amendement CL9 et un avis favorable aux amendements identiques suivants.

La Commission rejette l'amendement CL9.

Puis elle étudie les amendements identiques CL38 du rapporteur, CL3 de M. Raphaël Gauvain et CL18 de M. Jean-Luc Warsmann.

M. Raphaël Gauvain. Le Sénat a institué un délai préfixe de deux mois : nous souhaitons revenir à la notion de délai raisonnable pour donner plus de souplesse aux relations contractuelles.

M. Jean-Luc Warsmann. L'amendement CL18 est défendu.

M. Sébastien Huyghe. Je maintiens la position que j'ai exprimée tout à l'heure. Dans un souci de sécurité juridique, mieux vaut avoir un délai fixé à l'avance, dans le silence du contrat. Peu importe que ce délai soit de deux mois ou d'un autre quantum mais il importe qu'on puisse savoir où on va sans devoir s'en remettre à la jurisprudence.

La Commission adopte les amendements, puis l'article 6 modifié.

Article 7

(art. 1165, 1166 et 1171 du code civil)

Le contenu du contrat

Résumé du dispositif :

Introduit par la commission des Lois du Sénat à l'initiative de son rapporteur, le présent article apporte trois modifications aux dispositions du code civil relatives au contenu du contrat, au sein de la sous-section 3 de la section 2 du chapitre II du sous-titre I^{er} du titre III du livre III du code civil (articles 1162 à 1171) :

– il prévoit que l'abus dans la fixation du prix d'un contrat de prestation de service puisse être sanctionné par le juge non seulement par des dommages et intérêts mais aussi par la résolution du contrat (**alinéas 1 à 5**) ;

– il précise qu'en cas d'indétermination de la qualité de la prestation, il convient de l'apprécier conformément « *à ce que pouvait raisonnablement attendre le créancier* » et non plus « *conformément aux attentes légitimes des parties* » (**alinéa 6**) ;

– il limite l'application du dispositif des clauses abusives aux seules « *clauses non négociables, unilatéralement déterminées par l'une des parties* » et non plus à l'ensemble des clauses du contrat d'adhésion (**alinéa 7**).

Modifications adoptées par la commission des Lois :

Sur proposition de votre rapporteur, de M. Raphaël Gauvin et de l'ensemble des membres du groupe La République en marche, et de M. Jean-Luc Warsmann, la Commission a supprimé la modification apportée par le Sénat à l'alinéa 6.

Sur proposition de votre rapporteur, et par cohérence avec les amendements adoptés aux articles 2 et 3 *bis*, elle a également supprimé la modification apportée par le Sénat à l'alinéa 7.

1. Les principales modifications prévues par l'ordonnance

L'ordonnance supprime la notion de « cause » en droit des contrats. Il ne faut toutefois pas conclure à sa disparition pure et simple dans notre droit positif puisque certaines de ses fonctions traditionnelles ou plus modernes sont maintenues ou consacrées, à la lumière des instruments européens d'harmonisation du droit présentés dans l'exposé général du présent rapport.

La sous-section 3 de la section 2 du chapitre II du sous-titre I^{er} du titre III du livre III du code civil (articles 1162 à 1171) reprend donc, en les modernisant et en les adaptant à l'évolution de la vie économique, les dispositions qui relèvent dans le code civil de l'objet du contrat, et codifie certaines solutions jurisprudentielles rattachées à la notion de cause.

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

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

Les dispositions suivantes s'intéressent plus particulièrement au prix selon la nature du contrat considéré.

S'agissant des contrats-cadre (article 1164) – c'est-à-dire les contrats de longue durée qui fixent un cadre général aux relations entre les parties – il est précisé que le prix peut être fixé unilatéralement par un des contractants, si les parties en ont convenu, conformément à ce que permettent la plupart des États européens, à charge de le motiver (c'est-à-dire exposer comment le prix a été calculé, au regard des prévisions des parties) en cas de contestation. Cette disposition traduit l'évolution de la pratique et de la jurisprudence développée depuis quatre arrêts d'assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995⁽¹⁾ sur la fixation du prix. Il est néanmoins prévu la possibilité pour le cocontractant de saisir le juge pour obtenir, en cas d'abus, des dommages et intérêts et/ou la résolution du contrat conformément à la jurisprudence.

Dans les contrats de prestations de service (article 1165), tels les contrats d'entreprise, l'ordonnance autorise le créancier à fixer unilatéralement le prix lorsque les parties ne l'ont pas fixé avant l'exécution, consacrant également une jurisprudence de la Cour de cassation. En revanche, la jurisprudence qui permettait au juge de réviser des honoraires excessifs est semble-t-il brisée⁽²⁾ puisque la dernière phrase de l'article 1165 ne lui donne que le pouvoir d'accorder des dommages et intérêts à la partie lésée en cas d'abus. Le montant des dommages et intérêts est supposé correspondre à la partie excessive du prix, le dispositif étant présenté comme équivalent à la fixation ou la révision du prix par le juge. En outre, la résolution judiciaire n'est pas prévue à l'inverse de la sanction de l'abus en matière de contrat-cadre.

L'ordonnance introduit ensuite une nouvelle disposition inspirée des projets européens d'harmonisation du droit : en cas d'indétermination de la qualité de la prestation, celle-ci doit correspondre « *aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie* »

(1) Cour de cassation, assemblée plénière, pourvois n° 91-15578, n° 91-15999, n° 91-19653 et n° 93-13688.

(2) Cour de cassation, civ. 13^e, 20 février 1973, pourvoi n° 71-13.689 (pour le mandat) ; Com. 21 février 2006, n° 02-14.326 (pour les avocats).

(article 1166). Le rapport au Président de la République interprète cette disposition de façon plus restrictive en visant « *la qualité que le créancier pouvait raisonnablement espérer en fonction des circonstances* ». L'article 1167 reprend par ailleurs la jurisprudence selon laquelle lorsque la qualité de la prestation doit être déterminée par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus. Cette disposition répond au souci légitime de sauvetage du contrat et doit être interprétée comme incluant également l'hypothèse d'un indice illicite.

Les autres dispositions veillent à l'équilibre du contrat. Il est rappelé que l'équivalence des prestations n'est pas une condition de validité du contrat, sauf lois particulières admettant la lésion (article 1168).

Toutefois les articles qui suivent apportent des correctifs de nature à garantir une justice contractuelle, malgré la suppression de la notion de cause. Ainsi, l'ordonnance codifie la jurisprudence de la Cour de cassation sur la nullité des contrats à titre onéreux lorsque, au moment de la formation du contrat, la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire, étant observé que le champ de cet article dépasse celui des contrats synallagmatiques et commutatifs, de sorte qu'y sont également soumis les contrats aléatoires et les contrats unilatéraux à titre onéreux (article 1169).

L'article 1170 consacre également la célèbre jurisprudence dite *Chronopost* de 1996 ⁽¹⁾ par laquelle la Cour de cassation avait réputé non écrite une clause limitative de responsabilité en raison d'un manquement à une obligation essentielle du contrat, constituant une faute lourde, complétée par la jurisprudence dite *Faurecia* de 2010, selon laquelle « *seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* » ⁽²⁾, en prévoyant une indemnisation dérisoire, vidant par là même l'obligation de toute substance.

Le texte prohibe donc toute clause ayant pour effet de priver de sa substance une obligation essentielle du débiteur. Il s'agit d'une disposition d'ordre public, qui trouvera notamment à s'appliquer aux clauses limitatives de responsabilité. Selon le rapport au Président de la République, « *la codification de cette dernière solution, sur une question qui a donné lieu à de nombreux arrêts parfois inconciliables, permet de fixer clairement le droit positif sur le sort de ces clauses. Contrairement à ce qu'avaient pu retenir certaines décisions de la Cour de cassation, une clause limitative de responsabilité portant sur une obligation essentielle du débiteur ne sera pas nécessairement réputée non écrite : elle n'est prohibée que si elle contredit la portée de l'engagement souscrit, en vidant de sa substance cette obligation essentielle* ».

(1) Cour de cassation, Com. 22 oct. 1996, n° 93-18632.

(2) Cour de cassation, Com. 29 juin 2010, n° 09-11.841.

Enfin, l'une des principales innovations de cette sous-section est l'introduction dans le code civil des clauses abusives définies comme celles créant un déséquilibre significatif entre les parties dans un contrat d'adhésion (article 1171).

Rappelons que le contrat d'adhésion est lui-même défini par le deuxième alinéa de l'article 1110 du code civil tel que rédigé par l'ordonnance comme *« celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties »*.

L'objectif est de renforcer la cohérence de l'ensemble du dispositif en matière de droit des contrats : en effet, entre professionnels et consommateurs, le code de la consommation répute non écrites les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties⁽¹⁾. De plus, dans les contrats conclus entre professionnels, le code de commerce comporte depuis 2008 un dispositif visant à sanctionner, sur le terrain de la responsabilité, les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties⁽²⁾.

Le rapport au Président de la République énonce qu' *« afin de répondre aux inquiétudes des représentants du monde économique, craignant une atteinte à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit français, le champ des clauses abusives est néanmoins circonscrit dans le présent texte aux contrats d'adhésion, terrain d'élection de ce type de clause »*.

Cette disposition est d'ordre public, de telles clauses étant réputées non écrites. Les critères d'appréciation du déséquilibre seront les mêmes que ceux fixés dans le code de la consommation et qui résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives ; l'alinéa 2 de l'article 1171 précise que cette appréciation ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation.

(1) L'article L. 212-1 du code de la consommation dispose que, *« dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »*, tandis que son article L. 241-1 ajoute que ces clauses sont réputées non écrites et peuvent faire encourir au professionnel une amende administrative.

(2) Dans le cadre de la sanction par le code de commerce des pratiques restrictives de concurrence, l'article L. 442-6 précise que *« le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...) de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » engage la responsabilité de son auteur. Une action en justice sur ce fondement peut aussi être engagée par le ministre chargé de l'économie et par le parquet, lesquels peuvent notamment « faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites » par le juge. Si le code ne prévoit, pour la partie lésée, que la réparation du préjudice résultant du déséquilibre significatif, la jurisprudence admet légitimement qu'elle puisse demander la nullité de la clause contestée (par exemple, cour d'appel de Paris, 7 juin 2013, n° 11-08.674).*

2. Les modifications adoptées par le Sénat

a. L'élargissement des pouvoirs de sanctions du juge en cas de prix abusif dans les contrats de prestations de service (article 1165)

Sur proposition de son rapporteur en commission des Lois, le Sénat a proposé que, par parallélisme avec la sanction prévue par l'article 1164 du code civil applicable aux contrats cadres, l'abus dans la fixation du prix d'un contrat de prestation de service puisse être sanctionné par le juge non seulement par des dommages et intérêts, mais aussi par la résolution du contrat (**alinéas 1 à 5**).

Dans son rapport, le rapporteur de la commission des Lois du Sénat précise que « *si cette faculté n'aura sans doute pas à s'appliquer dans la plupart des cas, dès lors que la prestation de service aura été exécutée et que le litige ne portera plus que sur le prix, elle pourrait être utile dans les contrats à exécution successive* ».

Rappelons qu'en vertu de l'article 1229 du code civil tel que rédigé par l'ordonnance, la résolution met fin au contrat de façon rétroactive. Lorsqu'elle est prononcée par le juge, elle prend effet à la date fixée par le juge et, à défaut, au jour de l'assignation en justice. Par dérogation, en cas de contrat à exécution successive, la résolution est qualifiée de résiliation, c'est-à-dire qu'elle rompt les effets du contrat à partir de cette date sans annuler ce qui a déjà été exécuté.

b. La restriction apportée en cas d'indétermination de la qualité de la prestation (article 1166)

Sur proposition de son rapporteur en commission des Lois, le Sénat a modifié l'article 1166 du code civil.

Cet article dispose que, dans l'hypothèse où la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable, le débiteur de l'obligation doit offrir une prestation de qualité « *conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie* ».

La notion d'attentes légitimes des parties ayant fait naître des interrogations en raison de son caractère à la fois inusité et imprécis, le Sénat a prévu que la qualité de la prestation devait être « *conforme à ce que pouvait raisonnablement attendre le créancier* » (**alinéa 6**), et non les parties, conformément à l'interprétation retenue par le rapport au Président de la République.

Au cours de la séance publique, le Gouvernement a toutefois fait valoir que la qualité de la prestation doit être appréciée au regard non seulement de ce que le créancier pouvait raisonnablement espérer, mais également de ce que le débiteur s'attendait de son côté à devoir fournir. Il a rappelé que la présentation retenue dans le rapport au Président de la République n'était qu'une illustration, qui ne saurait être interprétée de façon limitative. Bien au contraire, c'est à une

mise en balance des attentes respectives des parties qu'invite à procéder le texte selon le Gouvernement. Néanmoins, l'amendement de retour au texte initial qu'il a présenté en séance publique n'a pas été adopté, conformément à l'avis défavorable du rapporteur.

c. Les précisions sur le champ d'application de l'article 1171 relatif aux clauses abusives dans les contrats d'adhésion

Considérant qu'il existait une incertitude sur l'articulation entre le droit commun de l'article 1171 du code civil et les droits spéciaux du code de la consommation et, surtout, du code de commerce, le rapporteur de la commission des Lois au Sénat a estimé, dans son rapport, que l'article 1171 du code civil ne peut s'appliquer dans les champs déjà couverts par l'article L. 442-6 du code de commerce (relations entre un producteur, commerçant, industriel ou artisan et un « partenaire commercial ») et par l'article L. 212-1 du code de la consommation (relations professionnels – consommateurs), lesquels permettent déjà de sanctionner les clauses abusives dans les contrats entre professionnels et dans les contrats de consommation.

Ne seraient donc principalement concernés par l'article 1171 que les contrats entre particuliers ne relevant pas déjà d'un droit spécial (contrats entre particuliers souscrits dans le cadre d'une mise en relation par l'intermédiaire d'une plateforme électronique par exemple) ainsi que ceux conclus par les professions libérales ou commerçants, dont l'activité ne relève pas du champ commercial. Seraient aussi concernés les baux commerciaux, lorsque des bailleurs institutionnels imposent des contrats-types sans en permettre la négociation.

Suivant la proposition du rapporteur de la commission des Lois, le Sénat a par ailleurs considéré que le dispositif de sanction des clauses abusives ne pouvait s'appliquer à l'ensemble des clauses du contrat mais seulement aux « *clauses non négociables, unilatéralement déterminées par l'une des parties* », qui caractérisent le contrat d'adhésion au sens de l'article 1110 du code civil tel que modifié par le Sénat (voir le commentaire de l'article 2). Il a donc modifié l'article 1171 du code civil en sens (**alinéa 7**).

3. La position de la Commission

Suivant l'avis de votre rapporteur, la Commission a confirmé l'analyse du Sénat et adopté conformes les alinéas 1 à 5 du présent article qui confèrent au juge la possibilité de prononcer la résolution du contrat en cas d'abus dans la fixation du prix d'un contrat de prestation de service, en plus de l'octroi de dommages et intérêts.

En revanche, sur proposition de votre rapporteur, de M. Raphaël Gauvain et de l'ensemble des membres du groupe La République en marche et de M. Jean-Luc Warsmann, elle a supprimé la restriction apportée par le Sénat à l'alinéa 6 qui limitait l'appréciation de la qualité de la prestation « *au regard de ce que le*

créancier pouvait raisonnablement espérer ». En effet, elle a considéré que c'est à une mise en balance des attentes respectives des parties qu'il faut procéder, dans la mesure où, dans certains cas, par exemple, le créancier n'a aucune compétence pour apprécier la qualité de la prestation fournie par le débiteur.

Enfin, le Sénat avait élargi le champ des contrats d'adhésion à l'article 2, en visant tous les contrats comportant des « *stipulations non négociables, unilatéralement déterminées à l'avance par l'une des parties* », mais avait concomitamment réduit le champ du mécanisme des clauses abusives, prévu à l'alinéa 7 du présent article, en limitant le recours à l'article 1171 pour les seules clauses non négociables. Contrairement à cette approche, la Commission a suivi la proposition de votre rapporteur fondée sur une logique différente : celle-ci consiste à resserrer le champ du contrat d'adhésion aux seuls contrats comportant des conditions générales au sens de l'article 1119 du code civil (voir les commentaires des articles 2 et 3 *bis*, *supra*) et à prévoir, comme le texte initial de l'ordonnance, que l'ensemble des clauses du contrat d'adhésion, y compris les conditions particulières par exemple, puissent être déclarées abusives si elles créent un déséquilibre significatif entre les parties. Demeurent néanmoins exclues celles relatives à l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation du prix à la prestation.

*

* *

La Commission examine les amendements identiques CL26 du rapporteur, CL6 de M. Raphaël Gauvain et CL20 de M. Jean-Luc Warsmann.

M. le rapporteur. Le texte initial de l'ordonnance prévoyait que la qualité de la prestation s'appréciait par rapport aux attentes légitimes des parties. Le Sénat a modifié cette appréciation en limitant la qualité de la prestation aux seules attentes du créancier, ce qui nous paraît insatisfaisant puisqu'un contrat est l'expression de la volonté de deux parties. L'ordonnance exprimait ce point de vue que nous souhaitons rétablir.

Mme Typhanie Degois. La rédaction initiale de cet article permet d'apprécier de manière équilibrée la qualité de la prestation au regard aussi bien de ce que le créancier pouvait espérer recevoir que de ce que le débiteur s'attendait à devoir fournir. Cette rédaction, qui prenait en compte la volonté des deux parties, nous semble préférable à la version issue du Sénat qui avantage le créancier.

M. Jean-Luc Warsmann. L'amendement CL20 est défendu.

M. Sébastien Huyghe. Je suis tout à fait d'accord avec ces trois amendements.

La Commission adopte les trois amendements.

Puis elle étudie l'amendement CL27 du rapporteur.

M. le rapporteur. Nous venons, au début du texte, de définir le contrat d'adhésion en lui apportant les précisions qui manquaient à cet article. Puisque nous avons limité le champ de ce contrat, nous estimons que toutes les clauses de ce contrat sont susceptibles, elles, d'être revues si elles font l'objet d'un déséquilibre significatif. C'est pourquoi nous proposons de revenir sur la rédaction sénatoriale de l'article 1171 du code civil, lequel prévoyait que les seules clauses du contrat d'adhésion qui étaient susceptibles d'être annulées si elles comportaient un déséquilibre significatif étaient non négociables. C'est de la simplification puisqu'on ne recherche pas si la clause est négociable ou non : on recherche si elle est dans un contrat d'adhésion et si elle fait l'objet d'un déséquilibre significatif, ce qui est nettement plus objectif pour l'appréciation du juge.

M. Sébastien Huyghe. Je suis favorable à cet amendement de conséquence.

La Commission adopte l'amendement.

Puis elle adopte l'article 7 modifié.

Article 8

(art. 1195 du code civil et art. L. 211-40-1 [nouveau] du code monétaire et financier)

Le régime de l'imprévision

Résumé du dispositif :

Introduit par la commission des Lois du Sénat à l'initiative de son rapporteur, le présent article modifie l'article 1195 du code civil relatif au régime de l'imprévision afin d'exclure le pouvoir de révision du contrat par le juge à la demande d'une seule partie.

Il introduit également un article L. 211-40-1 au code monétaire et financier afin d'exclure formellement du régime de l'imprévision les contrats relatifs aux instruments financiers.

Les modifications adoptées par la Commission :

Sur proposition de votre rapporteur, de M. Raphaël Gauvain et de l'ensemble des membres du groupe La République en marche et de M. Jean-Luc Warsmann, la Commission a rétabli le pouvoir de révision du juge à la demande d'une seule partie. Sur proposition de votre rapporteur, elle a également adopté un amendement rédactionnel.

1. Les principales modifications prévues par l'ordonnance

La section 1 du chapitre IV du sous-titre I^{er} du titre III du livre III du code civil regroupe les articles 1193 à 1195 relatifs à la force obligatoire des contrats

(sous-section 1) et les articles 1196 à 1198 régissant l'effet translatif des contrats (sous-section 2).

Le principe de la force obligatoire du contrat, consacré par l'article 1103 de l'ordonnance qui reprend les termes de l'ex article 1134 du code civil selon lesquels « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait* », est confirmé par l'article 1193 qui précise que les parties peuvent révoquer ou modifier le contrat d'un commun accord.

De la même manière, l'article 1194 reprend quasi intégralement l'ex article 1135 du code civil, à l'exception du remplacement du terme de « convention » par celui de « contrat » ⁽¹⁾.

L'article 1195 constitue en revanche l'une des innovations les plus importantes de l'ordonnance puisqu'il introduit l'imprévision dans le droit des contrats français, notion bien connue en jurisprudence administrative. Il répond expressément au 6° de l'habilitation autorisant le Gouvernement à prévoir « *la possibilité pour celles-ci [les parties au contrat] d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances* ».

La France est l'un des derniers pays d'Europe à ne pas reconnaître la théorie de l'imprévision comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat. Cette consécration, inspirée du droit comparé comme des projets d'harmonisation européens, permet de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance.

L'alinéa 1^{er} pose les trois conditions de ce nouveau dispositif :

– l'imprévision est subordonnée à un changement de circonstances « *imprévisibles* » ;

– ce changement de circonstances imprévisibles doit rendre l'exécution du contrat « *excessivement onéreuse* » pour une partie (à la différence du cas de force majeure qui en rend l'exécution « *impossible* ») ;

– la partie qui s'estime lésée ne doit pas avoir accepté de prendre en charge ce risque : le rapport au Président de la République souligne que ce texte revêt donc un caractère supplétif. Les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat.

Si l'imprévision n'a pas été écartée contractuellement par les parties, celle qui s'estime lésée peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant mais doit continuer d'exécuter ses obligations durant la renégociation. Cette

(1) Article 1194 : « *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.* »

précision vise à éviter que ce mécanisme n'encourage les contestations dilatoires et à préserver la force obligatoire du contrat.

L'alinéa 2 précise ensuite les conséquences d'un refus ou d'un échec des renégociations :

– soit les parties sont d'accord et peuvent convenir de la résolution du contrat ou saisir le juge pour que celui-ci adapte le contrat ;

– soit elles ne sont pas d'accord et, à l'issue d'un délai raisonnable, l'une des parties peut saisir seule le juge pour réviser le contrat ou y mettre fin.

Il faut souligner que le champ d'application de l'article concerne tous les contrats de droit commun et pas seulement les contrats à exécution successive régis par l'article 1111-1 du code civil. Sont également concernés les pactes de préférence et promesses unilatérales respectivement régis par les articles 1123 et 1124 du code civil. En revanche, les dispositions spéciales traitant déjà de la révision de certains contrats continueront à s'appliquer⁽¹⁾, en vertu de l'adage *Specialia generalibus derogant*.

L'article 1195 est sans doute la disposition qui a été la plus commentée tant elle est controversée depuis très longtemps. Les projets *Catala* et *Terré* présentés dans l'exposé général du présent rapport étaient eux-mêmes opposés sur le point de savoir si l'une des parties seulement ou les deux parties au contrat pouvaient demander au juge de procéder à l'adaptation du contrat.

Le choix retenu par l'ordonnance montre que l'imprévision a principalement vocation à jouer un rôle préventif, le risque d'anéantissement ou de révision du contrat par le juge devant inciter les parties à négocier en amont.

2. Les modifications adoptées par le Sénat

a. La suppression du pouvoir de révision du contrat par le juge à la demande d'une seule partie

Le rapporteur de la commission des Lois du Sénat considère que l'introduction de l'imprévision dans le droit des contrats est « *une innovation majeure voire un bouleversement de l'ordre juridique civil français, dans la mesure où l'article 1195 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance, revient sur l'un des grands arrêts de la jurisprudence civile dit « Canal de Craponne », rendu par la chambre civile de la Cour de cassation le 6 mars 1876, au visa de l'ancien article 1134 consacrant le principe de la force obligatoire du contrat. Selon cette décision de principe, « il n'appartient aux tribunaux, [dans aucun cas], quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en*

(1) Article 900-2 du code civil qui permet la révision en justice des « conditions et charges » des libéralités ; article L. 131-5 du code de la propriété intellectuelle qui chiffre précisément le déséquilibre économique entre les parties (7/12e) ; l'article L. 441-8 du code de commerce qui abaisse considérablement le seuil de révision.

considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ». *Si cette jurisprudence a pu connaître des aménagements au fil des années, comme l'obligation de renégocier des contrats devenus déséquilibrés sur le fondement de l'exigence de la bonne foi ⁽¹⁾, ou l'admission des clauses d'adaptation ou de résiliation dites clauses de « hardship » ⁽²⁾, la jurisprudence n'a jamais reconnu d'obligation pour les parties ou pour le juge de réviser le contrat en cas d'imprévision, contrairement au droit administratif ».*

Le rapporteur de la commission des Lois du Sénat considère que la demande de résolution amiable du contrat a toujours existé et figure désormais à l'article 1193 du code civil. En revanche, il a fait siennes les nombreuses critiques entendues lors de ses auditions et listé les motifs justifiant la suppression du pouvoir de révision du contrat par le juge à la demande d'une seule partie :

– cette disposition serait disproportionnée au regard de l'atteinte portée au principe de liberté contractuelle qui a été reconnu par le Conseil constitutionnel comme découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; à l'inverse, l'admission de la théorie de l'imprévision en droit public serait justifiée par un motif d'intérêt général qu'est la continuité du service public ⁽³⁾ ;

– le Gouvernement aurait excédé le champ du 6° de l'habilitation législative dans la mesure où il désigne bien la possibilité « pour les parties » d'adapter le contrat en cas de changement imprévisible de circonstances mais ne mentionne aucunement la possibilité de révision judiciaire en cas de désaccord des parties et sur demande d'une seule d'entre elles ;

– l'office du juge au titre de l'article 1195 pourrait ainsi entrer en contradiction avec l'article 5 du code civil qui dispose qu'« *il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». La responsabilité de l'État pourrait même être engagée dans les conditions de droit commun sur le fondement de l'article L. 141-3 du code de l'organisation judiciaire ⁽⁴⁾.

(1) Voir notamment les arrêts suivants : Cour de cassation, Com. 3 novembre 1992, n° 90-18.547, Com. 24 novembre 1998, n° 96-18.357, et 1^{ère} Civ, 16 mars 2004, n° 01-15.804.

(2) L'article 6.2.2 des principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international donne la définition suivante de la notion de « hardship » : « il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ; b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ; c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ; et d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée ».

(3) Conseil d'État, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux.

(4) « Les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants : 1° S'il y a dol, fraude, concussion ou faute lourde, commis soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements ; 2° S'il y a déni de justice. Il y a déni de justice lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes ou négligent de juger les affaires en état ».

Il en déduit que le pouvoir de révision judiciaire à la demande d'une seule des parties apparaît à la fois contraire à la sécurité juridique et source d'un nouveau contentieux, les conditions de cette révision étant relativement souples et les débiteurs de mauvaise foi risquant d'utiliser largement cette possibilité.

En séance publique, le Gouvernement a fait valoir que l'article 1195 est justifié par un motif d'intérêt général en permettant le rétablissement de l'économie générale du contrat voulue par les parties, en cas de bouleversement de celle-ci en cours d'exécution du contrat, par des circonstances exceptionnelles. De nombreux pays européens, comme l'Allemagne, l'ont d'ailleurs compris en intégrant l'imprévision dans leur droit positif.

Le Gouvernement a également souligné qu'il fallait relativiser l'atteinte portée à la force obligatoire du contrat et à la liberté contractuelle pour au moins trois raisons :

– l'article 1195 est supplétif de volonté, les parties pouvant librement prévoir d'en écarter l'application totale ou partielle ;

– les pouvoirs du juge sont strictement encadrés par les principes de procédure civile : il ne peut procéder d'office à la révision du contrat et sera tenu, au surplus, par les demandes de(s) partie(s) quant à l'objet de la demande et aux modalités de révision du contrat ;

– le risque de révision du contrat par le juge constitue un puissant levier pour inciter les parties à renégocier le contrat entre elles.

Le Gouvernement a considéré que conditionner la révision judiciaire à l'accord des deux parties pourrait aboutir à bloquer toute tentative de renégociation, la partie « gagnante » n'ayant que très peu d'intérêt en la matière.

Suivant l'avis de son rapporteur, le Sénat a néanmoins supprimé le pouvoir de révision judiciaire du contrat à l'initiative de l'une des parties, tout en conservant la capacité pour celle-ci de demander au juge d'y mettre fin (**alinéas 1 à 3**).

b. L'exclusion du régime de l'imprévision pour les contrats relatifs aux instruments financiers

Sur proposition de son rapporteur, le Sénat a également exclu formellement du régime de l'imprévision les contrats relatifs aux instruments financiers, tels que définis à l'article L. 211-1 du code monétaire et financier et qui comprennent à la fois les titres financiers et les contrats financiers, en ajoutant un article L. 211-40-1 au code monétaire et financier à cette fin (**alinéas 4 et 5**).

Le Gouvernement, en séance publique, a reconnu que les risques induits par l'application de la théorie de l'imprévision aux contrats sur instruments financiers étaient plus forts que les gains espérés, les opérations sur titres financiers ayant par nature pour objectif d'intégrer le risque dans leur valorisation et dans les caractéristiques retenues pour l'opération.

3. La position de la Commission

Faisant siennes les observations du Gouvernement, la Commission a, sur proposition de votre rapporteur, de M. Raphaël Gauvain et de l'ensemble des membres du groupe La République en marche et de M. Jean-Luc Warsmann, rétabli le pouvoir de révision du juge à la demande d'une seule partie.

Sur proposition de votre rapporteur, elle a également adopté un amendement rédactionnel confirmant l'exclusion du régime de l'imprévision pour les contrats relatifs aux instruments financiers.

*
* *

La Commission est saisie de l'amendement CL10 de Mme Danièle Obono.

M. Ugo Bernalicis. Cet article revient sur la faculté accordée aux juges de réviser des contrats dont la poursuite est rendue trop onéreuse pour l'une des parties du fait de changements de circonstances imprévisibles. Ce pouvoir de révision du juge est une avancée majeure de l'ordonnance du 10 février 2016 qui casse une jurisprudence installée depuis l'arrêt « Canal de Craponne » de 1876. Le Sénat a voulu limiter l'office du juge sur cette question en revenant au droit antérieur. Nous considérons à l'inverse que l'article 1195, tel qu'il résulte de l'ordonnance, porte une réelle avancée en donnant au juge un outil supplémentaire pour garantir un minimum de justice dans les relations contractuelles.

M. le rapporteur. Comme vous venez de le préciser, monsieur Bernalicis, l'ordonnance prévoit la possibilité pour le juge non seulement de résoudre un contrat en cas d'imprévisibilité mais également de le réviser et donc de s'inscrire comme une troisième partie au contrat. C'est le rôle modulateur du juge en tant qu'intervenant pour rétablir une certaine équité en en redéfinissant les termes.

En revanche, vous proposez une suppression totale de l'article 8, ce qui ne nous satisfait pas pleinement puisque certains contrats, financiers par exemple, sont par nature imprévisibles. Nous sommes défavorables à votre amendement puisque nous souhaitons conserver l'exclusion proposée par le Sénat en en proposant une nouvelle rédaction.

La Commission rejette l'amendement CL10.

Puis elle en vient aux amendements identiques CL28 du rapporteur, CL5 de M. Raphaël Gauvain et CL21 de M. Jean-Luc Warsmann.

M. le rapporteur. L'amendement CL28 est défendu.

Mme Typhanie Degois. Nous saluons la consécration de la théorie de l'imprévision dans le code civil qui met un terme à la jurisprudence « Canal de Craponne ». Certains contrats portent, par exemple, sur des matières dont la valeur peut augmenter de manière imprévisible.

Par contre, il faut des garde-fous et donc expliciter que cet article est supplétif à la volonté des parties. C'est pourquoi nous proposons la suppression des alinéas 1 à 3 de l'article 8.

M. Jean-Luc Warsmann. L'amendement CL21 est défendu.

M. Sébastien Huyghe. Je ne suis pas d'accord avec ces amendements qui portent atteinte au principe de la force obligatoire du contrat qui fait loi entre les parties. Si la situation change, l'un des cocontractants n'a pas forcément envie de voir les conditions du contrat modifiées. Il pourrait demander simplement l'annulation du contrat mais en aucun cas se faire imposer de nouvelles conditions.

M. le rapporteur. Ce nouveau droit est très encadré. D'abord, il s'agit de l'imprévisibilité et non pas de la force majeure. L'irrésistibilité est un cas de force majeure qui condamne, de fait, le contrat. Ensuite, il y a trois raisons pour lesquelles l'article 1195 introduisant la révision pour imprévision n'est pas si contraignant que cela. Premièrement, il est supplétif de sorte que si les parties prévoient d'exclure cette possibilité dans leur contrat initialement, elles n'y sont plus tenues. Deuxièmement, les pouvoirs du juge sont encadrés par les principes de la procédure civile de sorte que le juge ne peut procéder d'office à la révision du contrat et est tenu par les demandes des parties. Troisièmement, le risque de révision du contrat constitue un puissant levier pour inviter les parties à négocier, c'est-à-dire à empêcher le recours au juge, ce qui désengorgera nos tribunaux pour faire confiance à ce qui est l'essence même du contrat, la bonne foi des parties.

M. Sébastien Huyghe. Certes mais le texte prévoit que la révision peut être demandée par une seule des deux parties. C'est cela qui pose problème.

La Commission adopte les amendements.

Puis elle adopte l'amendement rédactionnel CL29 du rapporteur.

Enfin, elle adopte l'article 8 modifié.

Article 8 bis (nouveau)
(art. 1216-3 du code civil)

Disparition automatique des garanties accordées par le cédant en cas de cession de contrat

Adopté par la commission des Lois à l'initiative de votre rapporteur, cet article additionnel précise qu'en cas de cession de contrat, les sûretés accordées par le cédant disparaissent automatiquement.

1. Les principales modifications prévues par l'ordonnance

L'ordonnance introduit dans le code civil la cession de contrat, dont elle détaille le régime juridique aux articles 1316 à 1316-3. En effet, bien que ponctuellement reconnue par le législateur, aucune théorie générale de la cession de contrat, née des besoins de la pratique des entreprises, n'existait dans le code civil.

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

L'article 1216 définit ainsi la cession de contrat comme la cession de sa qualité de partie au contrat par le cédant, et énonce les conditions de validité de cette cession : le contrat ne peut être cédé qu'avec l'accord du cocontractant, conformément à la jurisprudence, et la cession doit faire l'objet d'un écrit. Cette définition permet aux parties d'envisager la cession du contrat dès sa conclusion : en effet l'accord du cédé pourra intervenir à l'avance, y compris dans le contrat lui-même, ou au moment de la cession. Si le cédé n'intervient pas à l'acte pour consentir à la cession (parce qu'il aura donné son consentement à l'avance), celle-ci devra lui être notifiée, ou il devra en prendre acte, pour qu'elle lui soit opposable.

L'article 1216-1 précise ensuite les effets de la cession de contrat à l'égard du cédé et du cédant : le cédant n'est libéré pour l'avenir qu'avec l'accord du cédé ; dans le cas contraire, il reste solidairement tenu à l'exécution du contrat. Pour répondre aux inquiétudes des professionnels, l'ordonnance rappelle ici expressément que cette disposition est supplétive de volonté, même s'il s'agit du choix général opéré pour l'ensemble de l'ordonnance.

Les deux articles suivants complètent le régime de la cession de contrat par des règles relatives à l'opposabilité des exceptions (article 1216-2) et au sort des sûretés accessoires au contrat cédé (article 1216-3), en cohérence avec celles applicables à la cession de créance et à la cession de dette.

2. La position de la Commission

Praticiens et théoriciens du droit ont regretté que les textes sur la cession de contrat ne précisent pas le sort des sûretés accordées par le cédant lui-même lorsqu'il est libéré.

Une interprétation *a contrario* avait conduit la doctrine à considérer que ces sûretés se maintenaient. Si le Haut comité juridique de la place financière de Paris a proposé de modifier le texte en sens inverse, la Chancellerie avait considéré que cela se déduisait déjà de l'ordonnance.

Par souci de sécurité juridique, la Commission, à l'initiative de votre rapporteur, a précisé qu'en cas de cession de contrat, les sûretés accordées par le cédant disparaissent automatiquement.

*

* *

La Commission est saisie de l'amendement CL30 du rapporteur.

M. le rapporteur. Praticiens et théoriciens du droit ont regretté que les textes sur la cession de contrat ne précisent pas le sort des sûretés accordées par le cédant lui-même tandis qu'il est libéré. Une interprétation *a contrario* avait conduit la doctrine à considérer que ces sûretés se maintenaient. Mais le Haut comité juridique de la place financière de Paris a proposé de modifier le texte en sens inverse et la Chancellerie a elle-même précisé que cela se déduisait déjà des textes de l'ordonnance. Je vous propose néanmoins de l'explicitier dans le texte.

La Commission adopte l'amendement. L'article 8 bis est ainsi rédigé.

Article 9

(art. 1217, 1221 et 1223 du code civil)

Les sanctions de l'inexécution du contrat

Résumé du dispositif :

Introduit par la commission des Lois du Sénat à l'initiative de son rapporteur, le présent article modifie les dispositions relatives à l'exécution forcée en nature (article 1221 du code civil) et à la réduction de prix (articles 1217 et 1223 du même code) en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite du contrat.

Modifications adoptées par la Commission :

Suivant la proposition de votre rapporteur, la Commission a rétabli l'article 1217 dans sa version initiale et adopté une nouvelle rédaction de l'article 1223 du code civil, qui permet :

- la réduction unilatérale du prix par le créancier, s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation. Dans ce cas, il le notifie au débiteur, qui peut l'accepter par écrit, ce qui met définitivement fin à toute contestation ultérieure sur le prix. La réduction de prix décidée par le créancier doit être proportionnelle à l'inexécution constatée ;
- la réduction judiciaire du prix par le créancier lorsqu'il a déjà payé la prestation.

1. Les principales modifications prévues par l'ordonnance

La section 5 du chapitre IV du sous-titre I^{er} du titre III du livre III du code civil regroupe désormais l'ensemble des règles relatives à l'inexécution contractuelle. Elle est divisée en cinq sous-sections respectivement consacrées aux différentes sanctions de l'inexécution, et présentées à titre liminaire à l'article 1217.

Cette présentation des sanctions de l'inexécution contractuelle clarifie les règles applicables et en permet une appréhension globale, jusqu'alors complexe. Les nouvelles dispositions sont également plus étoffées et plus complètes que les textes anciens et comportent quelques innovations remarquables.

L'article 1217 énumère en son premier alinéa l'ensemble des sanctions à la disposition du créancier d'une obligation non exécutée. Il peut ainsi :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation dans les conditions prévues par la sous-section 1 (articles 1219 et 1220) ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation dans les conditions prévues par la sous-section 2 (articles 1221 et 1222) ;
- solliciter une réduction du prix dans les conditions prévues par la sous-section 3 (article 1223) ;
- provoquer la résolution du contrat dans les conditions prévues par la sous-section 4 (articles 1224 à 1230) ;
- et demander réparation des conséquences de l'inexécution dans les conditions prévues par la sous-section 5 (articles 1231 à 1231-7).

Le deuxième alinéa de l'article 1217 précise que les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées, l'octroi de dommages et intérêts pouvant toujours s'y ajouter.

Avant de se consacrer à l'étude des dispositions spécifiques à chaque remède à l'inexécution, l'ordonnance définit, pour la première fois dans le code civil, à l'article 1218, la force majeure en matière contractuelle, cause d'exonération de responsabilité et de libération du débiteur de ses obligations.

2. Les modifications adoptées par le Sénat

a. *Le resserrement de l'exception à l'exécution forcée en nature au bénéfice du seul débiteur « de bonne foi »*

À l'opposé de l'ancien article 1142 du code civil aux termes duquel « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts... » qui avait suscité d'importantes difficultés, les articles 1221 et 1222 (sous-section 2) issus de l'ordonnance formulent de manière plus claire le principe inverse de l'exécution forcée en nature. L'innovation majeure est de contraindre les débiteurs à une telle exécution, même si la jurisprudence s'était efforcée de trouver des solutions pour l'imposer dans certains cas seulement – les promesses de vente et pactes de préférence y échappaient, la Cour de cassation leur déniait encore toute force obligatoire.

L'article 1221 pose donc le principe selon lequel le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature. Il s'agit d'un droit accordé au créancier et non d'une obligation : le débiteur comme le juge ne peuvent donc pas l'imposer au créancier.

L'article 1221 retient deux exceptions à ce principe. La première est l'exception consacrée par la jurisprudence selon laquelle l'exécution forcée en nature ne peut être ordonnée en cas d'impossibilité. Selon le rapport au Président de la République, cette impossibilité peut être matérielle, juridique ou morale, en particulier si elle porte atteinte aux libertés individuelles du débiteur.

La seconde exception est inspirée des projets européens d'harmonisation du droit des contrats : l'exécution en nature ne peut non plus être poursuivie s'il existe « une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier »⁽¹⁾. Cette nouvelle exception vise à éviter certaines décisions jurisprudentielles très contestées⁽²⁾.

(1) Le rapport au Président de la République précise que lorsque l'exécution forcée en nature est extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt, il apparaît en effet inéquitable et injustifié que celui-ci puisse l'exiger, alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit. Le texte proposé s'analyse en une déclinaison de l'abus de droit, formulée de façon plus précise, pour encadrer l'appréciation du juge et offrir une sécurité juridique accrue.

(2) Cour de cassation, 3^e Civ., 11 mai 2005, pourvoi n° 03-21.136 : la Cour avait ainsi ordonné la démolition d'une maison du fait d'un niveau de construction inférieur de quelques centimètres aux stipulations contractuelles ; 3^e Civ., 16 juin 2015, pourvoi n° 14-14.612 : la Cour avait censuré un arrêt qui refusait la démolition et la reconstruction d'un ouvrage en raison du préjudice limité subi par le créancier comparé au montant exorbitant des travaux envisagés pour le débiteur.

Selon le rapporteur de la commission des Lois du Sénat, cette seconde exception soulève plusieurs interrogations de la part de la doctrine et des praticiens du droit, en particulier la crainte de voir le débiteur exécuter son obligation de manière imparfaite toutes les fois où le gain attendu de cette inexécution sera supérieur aux dommages et intérêts qu'il pourrait être amené à verser, c'est-à-dire permettre au débiteur de mauvaise foi de profiter de sa « faute lucrative ». Il a donc proposé de restreindre le champ de la seconde exception prévue à l'article 1221 au seul débiteur « *de bonne foi* ». Suivant son rapporteur en commission des lois, le Sénat a modifié l'article 1221 du code civil en ce sens (**alinéa 3**). Le rapporteur a enfin précisé, dans son rapport, que l'application de cette exception pouvait être écartée par les parties au contrat, contrairement à l'exception tirée l'impossibilité d'exécuter l'obligation qui est impérative.

En séance publique, le Gouvernement avait pourtant proposé de revenir à la rédaction initiale de l'article 1221 en considérant que :

– la bonne foi est déjà prévue à titre général à l'article 1104 du code civil et s'applique, par conséquent, aux parties pendant toute la durée du contrat ;

– la mauvaise foi du débiteur est déjà sanctionnée puisqu'il engage sa responsabilité au-delà du dommage prévisible – normalement seul réparable en matière contractuelle – conformément à l'article 1231-3.

L'article 1122 offre en outre d'autres possibilités au créancier, si le débiteur est de mauvaise foi notamment, à savoir faire exécuter lui-même l'obligation, après mise en demeure, ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci aux frais du débiteur.

b. Une double précision sur les modalités de la réduction de prix

La sous-section 3, composée du seul article 1223, propose de généraliser une sanction connue du code civil dans le cadre de certains contrats⁽¹⁾ : la réduction du prix. Elle est inspirée des projets d'harmonisation européens.

Toutefois, à la différence des dispositions spéciales applicables à certains contrats, l'article 1223 offre la possibilité au créancier d'une obligation imparfaitement exécutée de solliciter une réduction du prix. Là encore, il s'agit d'un droit offert au créancier, qui ne peut lui être imposé ni par le débiteur, ni par le juge.

S'il souhaite exercer ce droit, le créancier devra préalablement avoir mis en demeure le débiteur d'exécuter parfaitement son obligation.

(1) *Le créancier peut accepter une exécution non conforme du débiteur, en contrepartie d'une réduction proportionnelle du prix, par exemple en matière de garantie des vices cachés par l'action estimatoire de l'article 1644, ou en matière de vente immobilière en cas de contenance erronée ou de mesure erronée de plus d'un vingtième (articles 1617 et 1619).*

Le créancier devra ensuite notifier à son débiteur, dans les meilleurs délais, sa décision de réduire le prix, s'il n'a pas encore payé.

S'il a déjà payé le prix, il peut « solliciter » le remboursement au débiteur à hauteur de la réduction de prix opposée.

Le texte prend soin de préciser que la réduction du prix sollicitée par le créancier de l'obligation imparfaitement exécutée doit être proportionnelle à la gravité de cette inexécution. Il s'agit d'une sanction intermédiaire entre l'exception d'inexécution et la résolution, qui permet de procéder à une révision du contrat à hauteur de ce à quoi il a réellement été exécuté en lieu et place de ce qui était contractuellement prévu.

Pour autant, comme le souligne le rapporteur de la commission des Lois du Sénat, cette rédaction a suscité de vives interrogations de la part de la doctrine et des professionnels.

La première interrogation porte sur la notion d'« *acceptation* » par le créancier d'une exécution imparfaite de l'obligation, qui laisse penser que la réduction du prix serait conditionnée par une offre émanant du débiteur, ce qui serait peu probable car caractéristique d'un aveu d'exécution imparfaite.

La deuxième porte sur le point de savoir auprès de qui le créancier doit solliciter une réduction de prix : le débiteur directement ou le juge ? Si c'est auprès du débiteur, l'article 1223 ne modifie pas l'état du droit puisqu'il est toujours possible aux parties de renégocier un contrat, en particulier le prix de la prestation lorsque l'exécution est imparfaite ou partielle. Le rapport au Président de la République est plus clair puisqu'il souligne que « *l'article 1223 offre la possibilité au créancier d'une obligation imparfaitement exécutée d'accepter cette réduction sans devoir saisir le juge en diminution du prix* ».

La troisième interrogation porte sur l'étendue du droit offert au créancier : peut-il exiger unilatéralement la réduction de prix ou le remboursement s'il a déjà payé la prestation ou ne peut-il que la demander ? La rédaction initiale semble indiquer qu'après mise en demeure d'exécuter correctement l'obligation, le créancier peut, s'il n'a pas encore payé, « *notifier* » unilatéralement sa décision de réduire le prix alors que si l'a déjà payée, il ne peut que « *solliciter* » le remboursement auprès du débiteur.

Enfin, comme le souligne le rapporteur au Sénat, la possibilité pour le créancier de décider de réduire le prix unilatéralement provoque certaines inquiétudes, notamment de la part des professionnels, qui craignent des abus, les clients pouvant s'estimer insatisfaits de l'exécution du contrat et décider de réduire les sommes dues, estimant que la prestation ne valait pas le prix fixé.

Suivant les propositions de son rapporteur, le Sénat a donc souhaité « clarifier la rédaction » de l'article 1223 et, par coordination, de l'article 1217 (**alinéas 1, 2, 4 et 5**), à travers :

– la suppression de la notion d'« *acceptation* » par le créancier d'une exécution imparfaite de l'obligation à l'article 1223 ;

– la suppression de la distinction selon que le prix a déjà été payé ou non, estimant que dans les deux hypothèses il s'agit bien d'une décision unilatérale du créancier, la différence entre ces deux situations résultant plutôt du moment où le juge pourrait être appelé à exercer son contrôle. Il a donc supprimé le terme « *solliciter* » à l'article 1217 pour le remplacer par le terme « *obtenir* », et proposé une nouvelle rédaction du premier alinéa de l'article 1223 selon laquelle « *En cas d'inexécution imparfaite du contrat, le créancier de l'obligation peut, après mise en demeure du débiteur, décider une réduction proportionnelle du prix* ».

En séance publique, le Gouvernement a souhaité, sans succès, revenir au texte initial des articles 1217 et 1223 en apportant plusieurs clarifications quant à l'interprétation à retenir.

Il a souligné que si le créancier a déjà payé, il devra bien solliciter le débiteur pour obtenir le remboursement d'une partie du prix, et si celui-ci refuse, il n'aura d'autre choix que de saisir le juge pour prononcer une réduction judiciaire du prix. Ce n'est que dans l'hypothèse où il n'a pas encore payé que le créancier pourra unilatéralement décider une réduction de prix : il n'effectuera qu'un paiement partiel, que le débiteur pourra toujours contester en justice s'il estime que cette réduction de prix est injustifiée.

Selon le Gouvernement, le texte adopté par le Sénat ne permet pas de comprendre ce mécanisme. En indiquant au premier alinéa que le créancier peut « décider » une réduction de prix, le texte serait trompeur, car le créancier, s'il a déjà payé, devra nécessairement s'adresser à son débiteur, et en cas d'échec, au juge, pour obtenir un remboursement.

3. La position de la Commission

Comprenant les inquiétudes du Sénat et les observations formulées par le Gouvernement en séance, votre rapporteur a tout d'abord considéré qu'il valait mieux préciser – à titre de clarification – que seul le débiteur « de bonne foi » peut s'exonérer de l'exécution en nature de la prestation s'il existe une disproportion manifeste entre son intérêt pour le créancier et le coût qui en résulterait pour le débiteur. Suivant son avis, la Commission a donc adopté conforme l'alinéa 3 du présent article.

Estimant en revanche que les modifications apportées par le Sénat ne suffisaient pas à clarifier le mécanisme de réduction du prix en cas d'inexécution imparfaite de la prestation, la Commission a adopté un amendement de votre rapporteur proposant une nouvelle rédaction de l'article 1223 du code civil (alinéas 4 et 5), qui permet :

– la réduction unilatérale du prix par le créancier, s’il n’a pas encore payé tout ou partie de la prestation. Dans ce cas, il le notifie au débiteur, qui peut l’accepter par écrit, ce qui met définitivement fin à toute contestation possible sur le prix. La réduction de prix décidée par le créancier doit être proportionnelle à l’inexécution constatée. En conséquence, si le débiteur n’accepte pas la réduction de prix par écrit, il peut toujours saisir le juge pour contester la décision du créancier ;

– la réduction judiciaire du prix par le créancier lorsqu’il a déjà payé la prestation : dans ce cas, il ne pourra que demander au juge d’ordonner au débiteur de lui rembourser la prestation proportionnellement à l’inexécution constatée.

Par cohérence, la Commission a également supprimé l’alinéa 2 du présent article afin de revenir au texte initial de l’article 1217 qui prévoit la possibilité pour le créancier de « solliciter » une réduction de prix, que ce soit auprès du débiteur dans le premier cas ou auprès du juge dans le second.

*

* *

La Commission examine l’amendement CL31 du rapporteur.

M. le rapporteur. Sur la réduction du prix, il était prévu un dispositif dans lequel le créancier pouvait, après mise en demeure et s’il n’avait pas payé l’intégralité du contrat, notifier sa volonté de réduire proportionnellement le prix. Cela était soumis à acceptation du débiteur sans conséquences pour autant. A *contrario*, lorsque le créancier avait déjà payé, il pouvait demander au juge cette réduction du prix.

Dans la première hypothèse, cela revient à dire : « Je ne vous ai pas encore payé la prestation qui valait cent. J’estime que cette prestation mal exécutée par vous n’en vaut plus que cinquante. Je vous le notifie. » Soit il y a acceptation, soit il n’y en a pas. S’il n’y en a pas, l’affaire revient au juge. S’il y en a une, le but est d’éviter le recours au juge, sur un modèle assez comparable à ce qui se déroule en droit administratif dans le cadre du recours administratif préalable obligatoire qui pourrait clore le contentieux. Pour tirer toutes les conséquences de ce texte, j’ai estimé qu’il fallait clore le recours au juge lorsque l’accord était manifeste entre le créancier et le débiteur sur la réduction du prix. Cet amendement prévoit donc que la voie judiciaire est close lorsque le créancier propose de réduire le prix et que le débiteur l’accepte. Cette clarification me semble bénéfique, le tout étant protégé tout de même par un constat par écrit de cette disposition.

La Commission adopte l’amendement.

Puis elle adopte l’article 9 modifié.

Article 10

(art. 1304-4 et 1305-5 du code civil)

Certaines modalités de l'obligation

Résumé du dispositif :

Introduit par la commission des Lois du Sénat à l'initiative de son rapporteur, le présent article précise l'article 1304-4 relatif aux modalités de renonciation d'une obligation conditionnelle et l'article 1305-5 relatif à l'opposabilité d'une obligation à terme, dispositions entrant dans le champ du chapitre I^{er} du titre IV du livre III du code civil.

Modifications adoptées par la Commission :

Sur proposition de votre rapporteur, la Commission a adopté cet article sans modification.

1. Les principales modifications prévues par l'ordonnance

L'ordonnance procède à une réforme structurelle intéressante au sein du code civil en créant une subdivision nouvelle (le titre IV du livre III du code civil) regroupant l'ensemble des règles constituant ce qu'il est convenu d'appeler « le régime général des obligations ».

Ce nouveau titre IV est divisé en cinq chapitres consacrés respectivement aux modalités de l'obligation (chapitre 1^{er}), aux opérations sur obligation (chapitre 2), aux actions ouvertes aux créanciers (chapitre 3), à l'extinction de l'obligation (chapitre 4) et aux restitutions (chapitre 5).

Le chapitre I^{er} du titre IV du livre III est divisé en trois sections dédiées respectivement à l'obligation conditionnelle (section 1), l'obligation à terme (section 2) et l'obligation plurale (section 3).

L'article 1304 définit l'obligation conditionnelle comme celle qui dépend d'un événement futur et incertain. La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple mais elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation. Les articles 1304-1 à 1304-7 précisent les modalités de cette obligation (section 1).

L'article 1305 définit l'obligation à terme comme celle dont l'exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date soit incertaine. Les articles 1305-1 à 1305-5 précisent les modalités de cette obligation (section 2).

Enfin, l'obligation plurale (section 3) peut l'être en raison de la pluralité de son objet : elle peut être cumulative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que seule l'exécution de la totalité de celle-ci libère son auteur (article 1306) ; elle peut être alternative lorsqu'elle a pour objet plusieurs

prestations et que l'exécution de l'une d'entre elles libère son auteur (article 1307 à 1307-5) ; elle peut enfin être facultative lorsqu'elle a pour objet une certaine prestation mais que le débiteur a la faculté pour se libérer d'en fournir une autre (article 1308).

Elle peut également être plurale en raison de la pluralité des sujets : obligation indivisible entre plusieurs créanciers (article 1309) qu'il s'agisse d'une obligation solidaire (articles 1310 à 1319) ou d'une obligation à prestation indivisible (article 1320).

2. Les modifications adoptées par le Sénat

a. L'obligation conditionnelle : la renonciation aux effets de la condition suspensive défaillie (article 1304-4 du code civil)

L'article 1304-4 du code civil consacre la règle jurisprudentielle selon laquelle « *une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie* ».

Il est par exemple possible pour l'acquéreur d'un immeuble de renoncer à la condition suspensive d'obtention du prêt tant qu'il n'a pas obtenu celui-ci. La condition suspensive n'étant pas accomplie, la vente devient alors pure et simple.

De plus, la doctrine comme les praticiens se sont interrogés sur le point de savoir si la renonciation pouvait intervenir après la réalisation de la condition suspensive, et plus encore après la défaillance de celle-ci. Une lecture *a contrario* de l'article 1304-4 appelle une réponse négative. Pourtant, la jurisprudence avait admis, sous l'empire des textes antérieurs, que le contractant au bénéfice duquel une condition suspensive avait été stipulée puisse y renoncer, même après qu'elle est défaillie : ainsi l'acquéreur sous condition suspensive d'obtention d'un prêt dans un certain délai pouvait forcer son cocontractant à conclure la vente après l'expiration du délai de réalisation de la condition en renonçant à cette dernière.

Suivant la proposition de son rapporteur, la commission des Lois du Sénat a précisé l'article 1304-4 du code civil pour éviter une telle interprétation en adoptant un amendement substituant au terme « accomplie », le terme « défaillie » (**alinéas 1 et 2**). En séance publique, le Sénat a adopté une rédaction alternative proposée par le Gouvernement, malgré un avis de sagesse de son rapporteur, prévoyant que le bénéficiaire d'une condition suspensive ne peut plus y renoncer dès lors que cette condition est « accomplie » (dans notre exemple, par l'obtention du prêt bancaire) ou « défaillie » (dans notre exemple, en cas de refus du prêt par la banque ou d'expiration du délai pour l'obtenir).

b. L'obligation à terme : l'inopposabilité de la déchéance du terme aux coobligés et aux cautions du débiteur (article 1305-5 du code civil)

À l'initiative de son rapporteur, le Sénat a également modifié l'article 1305-5 du code civil relatif à l'inopposabilité de la déchéance du terme aux

coobligés, pour ajouter que cette disposition est également applicable aux cautions (**alinéa 3**).

La déchéance ayant par nature un caractère de sanction personnelle, elle ne doit pas produire d'effet sur les coobligés du débiteur déchu, sauf texte spécial dérogeant à cette règle. La jurisprudence sur ce point est constante, qu'il s'agisse d'une caution, même solidaire, ou de codébiteurs solidaires ⁽¹⁾.

Le rapporteur au Sénat ayant relevé que l'intention du Gouvernement, présentée dans le rapport au Président de la République était de rendre la déchéance du terme inopposable tant aux codébiteurs qu'aux « garants », au premier rang desquels figurent les cautions, il a complété l'article 1305-5 pour viser expressément les cautions du débiteur déchu.

*

* *

La Commission adopte l'article 10 sans modification.

Article 11

(art. 1327 du code civil)

La cession de dette

Résumé du dispositif :

Introduit par la commission des Lois du Sénat à l'initiative de son rapporteur, le présent article modifie l'article 1327 du code civil relatif à la cession de dette afin d'harmoniser le formalisme qui lui est applicable avec celui applicable à la cession de créance et à la cession de contrat.

Modifications adoptées par la Commission :

Sur proposition de votre rapporteur, la Commission a adopté cet article sans modification.

1. Les principales modifications prévues par l'ordonnance

L'ordonnance introduit dans le code civil la cession de dette aux articles 1327 à 1328-1, au sein de la section 2 du chapitre II du titre IV du livre III du code civil. Comme le soulignent certains auteurs, il s'agit d'une des innovations les plus remarquables de la réforme ⁽²⁾.

Créée par la pratique, elle permet à un débiteur de se libérer d'une dette en donnant à son créancier un autre débiteur. L'originalité tient en cela que c'est la

(1) *Cour de cassation, Com., 15 juin 2011, pourvoi n° 10-18.850.*

(2) *Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, LexisNexis.*

dette d'origine, par ailleurs inchangée, qui lie le nouveau débiteur au créancier et non une dette nouvelle (contrairement à la novation par changement de débiteur ⁽¹⁾ ou à la délégation novatoire ⁽²⁾).

Cette « opération sur obligation » est connue dans de nombreuses législations étrangères et admise en droit interne par la jurisprudence. À titre d'exemple, l'on peut citer le cas d'un acquéreur d'immeuble qui peut avoir intérêt à prendre en charge la dette d'emprunt de son vendeur ou, dans les relations d'affaires, le cas d'une entreprise cédant sa dette envers un fournisseur à une entreprise cliente débitrice à son égard.

Le rapport au Président de la République souligne que « *le texte présenté vise à en aménager précisément le régime, pour éviter les incertitudes jurisprudentielles qui existent aujourd'hui quant à sa portée et ainsi garantir une plus grande sécurité juridique* ».

L'ordonnance tranche une première difficulté quant au régime de la cession de dette, en faisant apparaître dans sa définition qu'elle ne peut intervenir qu'avec l'accord du créancier cédé, compte tenu de l'importance évidente de la personne du débiteur pour le créancier (article 1327).

Cet accord du créancier peut intervenir au moment de la cession mais également par avance. Le texte précise que le créancier cédé, s'il avait donné son accord à l'avance et n'est pas intervenu à l'acte de cession, ne peut s'en prévaloir que du jour où elle lui a été notifiée, ou auquel il en a pris acte (article 1327-1).

L'ordonnance précise ensuite l'effet libératoire de la cession de dette, qui exige également un consentement du créancier : la libération du débiteur, pour l'avenir, a lieu seulement si le créancier consent expressément à cette libération, à défaut, le débiteur cédant reste engagé, solidairement avec le débiteur cessionnaire (article 1327-2).

Est ensuite exposé le régime de l'opposabilité des exceptions par le débiteur substitué et le débiteur originaire, le cas échéant, au créancier, en distinguant les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions personnelles (article 1328).

Enfin, est fixé le sort des sûretés, réelles et personnelles, qui garantissaient la créance, selon que le débiteur originaire a été ou non déchargé par le créancier (article 1328-1).

2. Les modifications adoptées par le Sénat

Alors que l'ordonnance ne prévoit aucun formalisme particulier pour la cession de dette, le Sénat, sur proposition de son rapporteur en commission, a

(1) Article 1332 du code civil issu de l'ordonnance.

(2) Article 1337 du code civil issu de l'ordonnance.

adopté un amendement visant à en faire un acte solennel, à l'instar de la cession de créance et de la cession de contrat, en prévoyant qu'elle « *doit être constatée par écrit, à peine de nullité* ». La justification avancée est l'harmonisation du formalisme applicable à la cession de contrat, à la cession de créance et à la cession de dette, « *une dette n'étant que l'envers d'une créance* » selon le rapporteur.

En séance publique, le Gouvernement a présenté, sans succès, un amendement visant à supprimer cette condition formelle pour la cession de dette considérant que les praticiens ne sollicitent pas cet écrit, que la sécurité juridique ne l'exige pas et que les règles du droit de la preuve s'appliqueront en cas de contentieux.

Sur proposition de votre rapporteur, la Commission a adopté cet article sans modification, considérant que la protection accordée par le formalisme de l'écrit est tout aussi utile en cas de cession de dette qu'en cas de cession de créance.

*
* *

La Commission adopte l'article 11 sans modification.

Article 12

(art. 1327-1, 1328-1 et 1352-4 du code civil)

Corrections d'erreurs matérielles et précision

Résumé du dispositif :

Introduit par la commission des Lois du Sénat à l'initiative de son rapporteur, le présent article vise à corriger des erreurs de plume au sein des articles 1327-1 et 1352-4 du code civil.

Modifications adoptées par la Commission :

Sur proposition de votre rapporteur, la Commission a adopté un amendement modifiant l'article 1328-1 du code civil afin de préciser qu'en cas de cession de dette, les sûretés accordées par le débiteur originaire disparaissent automatiquement.

1. Les modifications adoptées par le Sénat

En premier lieu, l'article 1327-1 issu de l'ordonnance exigeait en matière de cession de dette une notification au créancier ou une prise d'acte par ce dernier « *s'il a par avance donné son accord à la cession ou n'y est pas intervenu* ». Le Sénat a remplacé le mot « ou » par le mot « et ». En effet, si l'accord du créancier à la cession a été donné par avance, par exemple dans une clause de cessibilité

dans l'acte générateur de l'obligation, et qu'il n'est pas ensuite intervenu à l'acte de cession, il paraît opportun que l'opposabilité de la cession à son égard soit retardée au jour où il en a effectivement connaissance, c'est-à-dire au jour où elle lui est notifiée ou lorsqu'il en prend acte (**alinéas 1 et 2**).

En second lieu, à l'article 1352-4 relatif aux modalités de restitution, les mots « à un mineur » et « à un majeur » doivent être remplacés par les mots « par un mineur » et « par un majeur protégé ». Cette disposition relative aux restitutions vise à prévoir que, lorsqu'elles sont dues par un mineur ou un majeur protégé, elles doivent être réduites à proportion du profit retiré par ces personnes de l'acte annulé. La loi atténue ainsi les effets habituels de la nullité en faveur des personnes protégées, en prenant en considération l'avantage économique qu'elles ont, en définitive, conservé. Le Sénat a également remplacé la formulation « réduites à proportion du profit » par l'expression « à hauteur du profit » afin de lever toute ambiguïté d'interprétation (**alinéa 3**).

2. La position de la Commission

Suivant l'avis de votre rapporteur, la Commission a confirmé les corrections apportées par le Sénat aux articles 1327-1 et 1352-4 du code civil.

De plus, à l'initiative de votre rapporteur, elle a précisé à l'article 1328-1 relatif à la cession de dette le sort des sûretés accordées par le débiteur originaire, en explicitant le fait qu'elles disparaissent automatiquement avec la cession.

*

* *

La Commission étudie l'amendement CL32 du rapporteur.

M. le rapporteur. Nous venons d'adopter un amendement qui concernait les cessions de créances. Il s'agissait d'une précision apportée par la Chancellerie sur demande du Haut comité de la place de Paris.

Le présent amendement en est la transposition pour ce qui concerne les cessions de dette. Je vous demande donc d'adopter le présent amendement de la même façon.

La Commission adopte l'amendement.

Puis elle adopte l'article 12 modifié.

Article 13

(art. 1343-3 du code civil)

Le paiement de sommes d'argent en monnaie étrangère

Résumé du dispositif :

Introduit par la commission des Lois du Sénat à l'initiative de son rapporteur, le présent article modifie l'article 1343-3 du code civil pour élargir les cas dans lesquels le paiement d'une obligation de somme d'argent peut se faire en monnaie étrangère plutôt qu'en euros, conformément à la pratique antérieure.

Modifications adoptées par la Commission :

Sur proposition de votre rapporteur, la Commission a étendu l'utilisation de monnaies étrangères en tant que « monnaie de compte » à tous les contrats dès lors que le débiteur de l'obligation conserve la faculté de se libérer en euros.

1. Les principales modifications prévues par l'ordonnance

L'article 1314-3 du code civil issu de l'ordonnance propose de codifier les règles jurisprudentielles en vigueur sur la monnaie de paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent, de la manière suivante : « *Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros. Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre devise si l'obligation ainsi libellée procède d'un contrat international ou d'un jugement étranger.* »

À la suite de la publication de l'ordonnance, l'ensemble des représentants des milieux économiques, au premier rang desquels le Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris (HCJP), a considéré qu'en substituant au critère jurisprudentiel du « paiement international » celui du « contrat international », la rédaction retenue conduit à une restriction à la liberté du paiement en monnaie étrangère.

Selon le HCFP, le critère antérieur permettait en effet aux parties de déterminer la monnaie de compte ou de paiement de leurs obligations même si le paiement devait être réalisé sur le sol français dès lors qu'il pouvait être qualifié d'international⁽¹⁾. Le nouveau texte pourrait ainsi remettre en cause la possibilité d'effectuer des paiements en devises en exécution de contrats internes, ainsi que la pratique des crédits en devises et des opérations de marché OTC (over-the-counter ou de gré à gré) relatives à des devises, bien que lesdits contrats emportent paiement international au sens largement entendu par la jurisprudence.

Il relève au surplus que la jurisprudence récente tend à se référer parfois à une notion plus souple qui est celle d'opération de commerce international⁽²⁾. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle décidé, s'agissant d'un contrat de prêt, que les

(1) *Cour de cassation, Civ. 1^{ère}, 15 juin 1983, n° 82-11.882.*

(2) *Cour de cassation, Civ. 1^{ère}, 11 oct. 1989, D. 1990. 167.*

juges du fond devaient rechercher si celui-ci « *devait donner lieu à un paiement international, ou, à tout le moins, s'il était destiné à financer une opération de commerce international* ».

La réforme ne correspondrait pas non plus à l'évolution du droit positif dans le domaine pourtant très protégé du crédit immobilier aux particuliers qui autorise les remboursements en devises. À cet égard, le HCFP observe que l'article 1343-3 du code civil vise deux concepts distincts : celui de « monnaie de paiement » (à savoir l'utilisation d'une monnaie étrangère dans une opération de paiement) et celui de « monnaie de compte » (à savoir la stipulation d'une obligation en monnaie étrangère) ; la première phrase de cet article vise la « monnaie de paiement » (cf. « *Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent [...]* ») et la seconde phrase consacre une exception au principe du paiement en euros lorsqu'une monnaie étrangère est la « monnaie de compte » de l'obligation (cf. « *Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre devise si l'obligation est ainsi libellée [...]* »). Or, s'agissant des contrats donnant lieu à un paiement international, il est de jurisprudence bien établie que tant la « monnaie de compte » que la « monnaie de paiement » relèvent de la liberté contractuelle.

Pour les opérations purement internes, en revanche, l'utilisation d'une monnaie étrangère en tant que « monnaie de compte » n'a semble-t-il été admise par la jurisprudence que dans les cas où la monnaie étrangère est considérée comme un indice pour déterminer le quantum d'une obligation qui a été ou qui est réputée avoir été stipulée en euros sur le plan juridique (tel est notamment le cas pour les crédits en devises susvisés) ou lorsque le débiteur de l'obligation conserve la faculté de se libérer en euros (par exemple en matière de crédit immobilier aux particuliers). Par ailleurs, l'utilisation d'une monnaie étrangère en tant que « monnaie de paiement » est prohibée par la jurisprudence ⁽¹⁾.

Enfin, le terme « devise » désignant *stricto sensu* une monnaie étrangère, il a été fait remarquer que parler d'« autres devise » que l'euro ne serait pas techniquement correct. L'observation est exacte si l'on prend comme point de référence le lieu du paiement, le texte se référant à ce propos au « paiement en France ». Elle l'est moins si l'on adopte le point de vue du débiteur, aux yeux de qui l'euro peut aussi constituer une devise.

2. Les modifications adoptées par le Sénat

Ayant pris en compte les critiques unanimes des représentants des milieux économiques selon lesquelles l'article 1343-3 du code civil constitue une régression en conduisant à une restriction à la liberté de paiement en devises, contraire à l'objectif de renforcer l'attractivité du droit français sur la scène internationale, le rapporteur de la commission des Lois du Sénat s'est efforcé de trouver une rédaction permettant de « *s'approcher au plus près de l'état du droit*

(1) *Cour de cassation, Civ. 3, 18 oct. 2005, n° 04-13.390.*

antérieur et permettre aux entreprises d'utiliser la monnaie de leur choix, tout en n'affaiblissant pas la monnaie nationale »⁽¹⁾.

Au stade de la commission, le Sénat a adopté un amendement présenté par son rapporteur retenant le critère d'« *opération à caractère international* », à la place de celui trop restrictif de lien avec un « *contrat international* ».

En séance publique, le Gouvernement a présenté un amendement de précision afin d'éviter de restreindre les possibilités de payer un contrat en monnaie étrangère par rapport à la situation antérieure, en particulier lors de la réception sur le sol national d'un paiement en une autre monnaie résultant d'une opération internationale. Suivant l'avis favorable du rapporteur, le Sénat a adopté cet amendement.

L'article 1343-3 du code civil est donc ainsi rédigé : « *Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros. Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre monnaie si l'obligation ainsi libellée procède d'une opération à caractère international ou d'un jugement étranger.* »

3. La position de la Commission

Invité à supprimer l'article 1343-3 du code civil par les membres du groupe La République en marche et M. Jean-Luc Warsmann, votre rapporteur a précisé que, dans l'attente d'une étude d'impact demandée par la Chancellerie à la direction du Trésor, il lui semblait préférable, à ce stade, d'améliorer la rédaction de l'article 13.

La Commission a donc validé l'analyse du Sénat et poursuivi sa démarche en étendant, sur proposition de votre rapporteur, l'utilisation de monnaies étrangères en tant que « monnaie de compte » à tous les contrats dès lors que « *le débiteur de l'obligation conserve la faculté de se libérer en euros* ».

*

* *

La Commission est saisie des amendements identiques CL4 de M. Raphaël Gauvain et CL22 de M. Jean-Luc Warsmann.

M. Raphaël Gauvain. L'amendement CL4 vise à abroger l'article 1343-3 du code civil qui dispose que pour les contrats signés en France, le paiement doit forcément avoir lieu en euros, sauf si l'une des obligations procède d'un contrat international ou d'un jugement étranger. Il ressort de nos auditions que cette disposition pourrait en effet avoir un caractère trop contraignant et qu'il importait de laisser beaucoup plus de liberté aux parties.

(1) Voir le rapport n° 22 de M. François Pillet, sénateur, précité, p.79-80, <http://www.senat.fr/rap/117-022/117-0228.html#toc59>.

M. Jean-Luc Warsmann. L'amendement CL22 est défendu.

M. le rapporteur. J'ai préféré ne pas déposer le même amendement et proposer une autre rédaction. En effet, cet amendement pose une difficulté s'agissant des transactions dans une autre monnaie que l'euro. Le Sénat a limité cette contrainte en prévoyant que le paiement pouvait avoir lieu dans une autre monnaie si l'obligation ainsi libellée procédait d'une opération à caractère international ou d'un jugement étranger. Cette rédaction sénatoriale avait été suggérée par les milieux économiques et acceptée par la Chancellerie. Néanmoins, cette rédaction pose encore certaines difficultés si bien que la suppression pure et simple de l'article 1343-3 a été proposée. Le Chancellerie a estimé que cet amendement de suppression devait faire l'objet d'une étude d'impact quant aux conséquences qu'il pourrait avoir sur notre monnaie et sur les transactions. C'est pourquoi j'invite MM. Gauvain et Warsmann à retirer leurs amendements au profit de l'amendement CL33 que je propose et qui sera probablement encore modifié d'ici à la séance publique dans un souci d'intelligibilité de la loi.

M. Raphaël Gauvain. Je retire mon amendement.

M. Jean-Luc Warsmann. Moi aussi.

M. Sébastien Huyghe. Je partage entièrement l'avis du rapporteur.

Les amendements CL4 et CL22 sont retirés.

La Commission aborde en discussion commune les amendements CL14 et CL15 de Mme Cécile Untermaier et CL33 du rapporteur.

M. David Habib. Les amendements CL14 et CL15 sont défendus.

M. le rapporteur. Je partage l'intention des signataires des amendements CL14 et CL15, qui consiste à définir la façon de payer dans une monnaie autre que l'euro. En revanche, la notion de paiement international est plus restrictive que celle d'« opération à caractère international », comme l'ont montré les débats au Sénat. L'amendement CL33 maintient la modification adoptée au Sénat et satisfait la proposition d'élargir le paiement en devises à la situation dans laquelle le débiteur conserve la faculté de se libérer en euros. Je vous invite donc à retirer les amendements CL14 et CL15 au profit de mon amendement CL33.

M. David Habib. Mme Untermaier étant l'auteur de ces amendements, il m'est difficile de les retirer. Néanmoins, je lui conseillerai de suivre l'avis du rapporteur.

La Commission rejette les amendements CL14 et CL15.

Elle adopte l'amendement CL33.

Puis elle adopte l'article 13 modifié.

Article 14

(art. 1347-6 du code civil)

Les effets de la compensation à l'égard des tiers

Résumé du dispositif :

Introduit par la commission des Lois du Sénat à l'initiative de son rapporteur, le présent article modifie l'article 1347-6 du code civil pour garantir la possibilité pour la caution d'opposer au créancier la compensation intervenue entre le créancier et le débiteur (**alinéas 1 et 2**) ainsi que la possibilité pour le codébiteur solidaire de se prévaloir de la compensation intervenue entre le créancier et l'un de ses coobligés (**alinéa 3**).

Modifications adoptées par la Commission :

Suivant l'avis de votre rapporteur, la Commission n'a pas modifié cet article.

1. Les principales modifications prévues par l'ordonnance

Alors que le code civil ne traitait que de la compensation légale, ignorant la compensation judiciaire et la compensation conventionnelle, et que les textes étaient lacunaires au regard de l'évolution de la pratique, l'ordonnance a entièrement refondu les règles relatives à la compensation au sein de la section 2 du chapitre IV du titre IV livre III du code civil.

Afin d'adopter la présentation la plus pertinente et la plus lisible, cette section aborde, dans une première sous-section, les règles générales de la compensation (articles 1347 à 1347-7) puis, dans une seconde sous-section, les règles particulières de compensation (articles 1348 à 1348-2).

S'agissant des règles générales, dans un souci pédagogique, l'article 1347 commence par donner une définition générique de la compensation (alinéa 1^{er}) et en précise l'effet (alinéa 2) : la compensation éteint les obligations au jour où ses conditions sont réunies, à condition qu'elle ait été invoquée. Un débat existe en effet : certains soutiennent que la compensation doit opérer automatiquement, comme semblait l'exiger l'ex article 1290 du code civil qui prévoyait qu'elle opère de plein droit lorsque les conditions en sont réunies, tandis qu'une ancienne jurisprudence exigeait, dans une interprétation contraire au texte, qu'elle soit invoquée. L'ordonnance tranche cette question en faveur de l'invocation.

Elle reprend ensuite les dispositions actuelles du code civil, moyennant une simplification et parfois l'ajout de précisions. Elle expose tout d'abord les conditions positives de la compensation, relatives aux qualités requises des obligations : caractère fongible (défini à cette occasion), certain, liquide et exigible (article 1347-1). L'article 1347-2 précise ensuite quelles sont les obligations qui ne sont pas compensables, sauf accord du créancier. Le texte rappelle à droit constant que le délai de grâce ne fait pas obstacle à la compensation (article 1347-3), et précise les règles d'imputation des paiements en cas de pluralité de dettes

compensables (article 1347-4). L'article 1347-5 reprend les dispositions de l'actuel article 1295 sur l'inopposabilité au cessionnaire de la compensation par le débiteur qui a pris acte sans réserve de la cession de créance. L'article 1347-6 rappelle l'opposabilité par la caution au créancier de l'exception de compensation « *intervenue* » entre ce dernier et le débiteur principal, conformément au caractère accessoire de la caution par rapport à la dette principale ; s'agissant du codébiteur solidaire, s'il ne peut opposer la compensation « *intervenue au profit d'un de ses coobligés* », il peut se prévaloir de la diminution de la dette totale qui en résulte, comme le prévoit l'article 1315. L'article 1347-7 synthétise les actuels articles 1298 et 1299 pour indiquer que la compensation ne préjudicie pas aux droits acquis par les tiers.

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

2. Les modifications adoptées par le Sénat

Le rapporteur de la commission des Lois au Sénat a pris en compte les incertitudes quant à la portée de l'article 1347-6 relatif aux effets de la compensation à l'égard des tiers que sont la caution ou les codébiteurs solidaires.

En effet, l'utilisation dans cet article du terme « *intervenue* » pouvait laisser penser que si la compensation n'a pas été invoquée par le débiteur ou le créancier, la caution ne saurait s'en prévaloir. Telle n'était pourtant pas la volonté des rédacteurs de l'ordonnance, qui ont entendu maintenir la solution retenue par le droit positif selon laquelle la caution peut invoquer la compensation dès lors que ses conditions sont réunies, alors même qu'elle n'a pas encore été déclenchée par le débiteur.

La problématique était la même pour le codébiteur, qui doit pouvoir se prévaloir de la compensation, dès lors que ses conditions sont remplies, alors même qu'elle n'aurait pas été invoquée par le créancier ou l'un de ses coobligés.

Pour mettre fin à toute controverse, le Sénat, à l'initiative de son rapporteur en commission, a modifié l'article 1347-6 pour supprimer le terme « *intervenue* », sans contestation du Gouvernement en séance publique.

Suivant l'avis de votre rapporteur, la Commission a adopté conforme cet article.

*
* *

La Commission adopte l'article 14 sans modification.

Article 15

(art. 9 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016
portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations)

**Les conditions du maintien de la loi ancienne pour les contrats
conclus avant le 1^{er} octobre 2016**

Résumé du dispositif :

À l'initiative de son rapporteur en commission des Lois, le Sénat a modifié l'article 9 de l'ordonnance soumise à ratification par l'article 1^{er} du présent projet de loi, en prévoyant expressément que les contrats conclus avant la date de son entrée en vigueur demeurent soumis à la loi ancienne, « *y compris pour leurs effets légaux et pour les règles d'ordre public* », avec une application rétroactive de cette disposition à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

Modifications adoptées par la Commission :

À l'initiative de votre rapporteur, la Commission a tout d'abord supprimé les modifications introduites par le Sénat. Puis elle a précisé que l'entrée en vigueur de la présente loi de ratification est fixée au premier jour du troisième mois de sa publication, avant d'explicitier les conditions d'application de ses dispositions aux contrats en cours : par principe, les dispositions du code civil modifiées ne sont pas applicables aux contrats conclus avant son entrée en vigueur ; toutefois, par dérogation, les dispositions interprétatives, qui font corps avec les dispositions de l'ordonnance, s'appliquent rétroactivement, pour en garantir la sécurité juridique.

**1. Les conditions du maintien de la loi ancienne pour les contrats
conclus avant le 1^{er} octobre 2016 prévues par l'ordonnance**

L'article 9 de l'ordonnance énonce les dispositions transitoires et finales, afin d'assurer la bonne application dans le temps du nouveau régime du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Le premier alinéa fixe la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance au 1^{er} octobre 2016.

Le deuxième alinéa rappelle le principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle, afin de ne pas susciter d'interrogation sur ce point : les contrats conclus antérieurement à cette date demeureront soumis à la loi en vigueur au jour de leur conclusion.

Toutefois, le troisième alinéa prévoit trois exceptions à ce principe afin de permettre l'application aux contrats en cours des trois actions interrogatoires créées par les articles 1123 alinéas 3 et 4, 1158 et 1183 du code civil, qui permettent à une partie de mettre fin à une situation d'incertitude, sans porter atteinte aux contrats en cours et dont l'emploi est à la discrétion des intéressés.

Enfin, le dernier alinéa précise que lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cela vaut aussi en appel et en cassation.

2. Les modifications adoptées par le Sénat

Le Sénat a approuvé la nécessité d'éviter que l'ordonnance ne s'applique, d'une manière ou d'une autre, à des contrats ou à des actes passés avant le 1^{er} octobre 2016, date de son entrée en vigueur. Cela répond aux besoins légitimes de loyauté et de prévisibilité dans les relations contractuelles : l'application immédiate de la réforme aux contrats en cours porterait atteinte à la volonté des parties exprimée au moment de la conclusion du contrat.

Il s'est donc interrogé sur le point de savoir si les exceptions jurisprudentielles à l'application de l'article 2 du code civil selon lequel « *la loi ne dispose que pour l'avenir* » et « *n'a point d'effet rétroactif* » seraient transposables aux parties ayant conclus des contrats avant le 1^{er} octobre 2016 au regard de la règle posée par l'article 9.

En effet, traditionnellement, le principe de la survie de la loi ancienne aux contrats en cours qui découle de l'article 2 du code civil cède dans deux hypothèses, la Cour de cassation considérant que :

– des dispositions nouvelles peuvent s'appliquer aux contrats conclus antérieurement à leur entrée en vigueur si elles ont un « *caractère d'ordre public répondant à des motifs impérieux d'intérêt général* »⁽¹⁾, voire, depuis un arrêt du 9 février 2017, si elles ont simplement un « *caractère d'ordre public* »⁽²⁾ ;

– si une obligation ou un droit trouve son origine dans la loi et non dans la simple volonté des parties, il lui sera fait application de la loi nouvelle, en vertu du principe jurisprudentiel selon lequel « *les effets du contrat sont régis par loi en vigueur au moment où ils se produisent* » (théorie des effets légaux du contrat)⁽³⁾.

Or, le rapporteur de la commission des Lois du Sénat a constaté que dans un arrêt de novembre 2016, concernant une affaire de bail d'habitation, la Cour de cassation a confirmé cette jurisprudence et écarté, ce faisant, un article rédigé dans des termes similaires à ceux de l'article 9 de l'ordonnance (qui prévoyait le

(1) Cour de cassation, 1^{ère} civ., 4 décembre 2001, pourvoi n° 98-18.411 ; Soc., 22 février 2006, pourvoi n° 05-13.480.

(2) Cour de cassation, 3^e civ., 9 février 2017, pourvoi n° 16-10.350.

(3) Cour de cassation, avis du 16 février 2015, n° 1470011 P ; Cass. 3^e civ. 17-11-2016 n° 15-24.552.

maintien de l'application de la loi ancienne aux baux anciens, sous réserve de certaines dispositions de la loi nouvelle rendues expressément applicables aux baux anciens).

Il en a déduit que cette jurisprudence pourrait conduire à rendre *de facto* impérative une disposition de la loi nouvelle qui n'est que supplétive, dès lors que les parties n'ont pas été en mesure, par construction, de l'écarter lors de la conclusion du contrat (comme l'article 1195 du code civil relatif à l'imprévision). De la même manière, plusieurs dispositions de l'ordonnance ayant un caractère d'ordre public – même si elles ne répondent pas à un motif impérieux d'intérêt général – pourraient être d'application immédiate si l'on se réfère à l'arrêt de la Cour de cassation du 9 février 2017.

Enfin, les inquiétudes du rapporteur du Sénat ont été renforcées par le fait que la Cour de cassation a effectué récemment des revirements de jurisprudence en interprétant la loi ancienne au regard de « *l'évolution du droit des obligations résultant de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016* » dans des contentieux portant sur des faits antérieurs à son entrée en vigueur ⁽¹⁾.

Dans ces conditions, la commission des Lois du Sénat, à l'initiative de son rapporteur, a prévu expressément que les contrats conclus avant la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance demeurent soumis à la loi ancienne, « *y compris pour leurs effets légaux et pour les règles d'ordre public* », avec une application rétroactive de cette disposition à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Cette solution lui a paru plus sûre qu'une disposition interprétative destinée à expliciter l'intention du législateur, au vu de la jurisprudence restrictive de la Cour de cassation en la matière.

En séance publique, le Gouvernement a souhaité revenir à la rédaction initiale de l'article 9 de l'ordonnance en éclairant sa portée afin de montrer aux sénateurs que leurs craintes n'auraient pas vocation à se réaliser.

Tout d'abord, il a rappelé que l'article 9 prévoit expressément que les dispositions de l'ordonnance ne s'appliquent qu'aux contrats conclus à partir du 1^{er} octobre 2017. Il a souligné qu'en visant uniquement trois exceptions, pour les trois actions dites interrogatoires, la lecture littérale de l'article 9 doit conduire *a contrario* à rejeter toute hypothèse d'application immédiate des autres dispositions de l'ordonnance aux contrats en cours. Toute jurisprudence contraire serait donc *contra legem*.

Le Gouvernement a également fait valoir que la rédaction retenue par la commission des Lois ne permettrait pas d'éviter la crainte exprimée par son rapporteur quant à la possibilité pour la Cour de cassation d'interpréter des règles anciennes à la lumière du droit nouveau issu de l'ordonnance.

(1) *Cour de cassation, ch. Mixte, 24 février 2017, pourvoi n° 15-20.411; 1^{ère} civ., 20 septembre 2017, pourvoi n° 16-12.906; Soc., 21 septembre 2017, pourvois n° 16-20.104 et n° 16-20.103.*

Reconnaissant que la rédaction retenue par la commission des Lois pourrait encore être améliorée, le rapporteur a donné un avis défavorable à l'amendement présenté par le Gouvernement, qui n'a pas été adopté par le Sénat.

3. La position de la Commission

En premier lieu, suivant la proposition de votre rapporteur, la Commission a supprimé les précisions apportées par le Sénat s'agissant des conditions d'application des dispositions de l'ordonnance aux contrats en cours.

En effet, en affirmant que l'ordonnance ne s'applique qu'aux contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2016 et en prévoyant expressément les exceptions apportées à cette règle, pour les seules actions interrogatoires prévues aux articles 1123, 1158 et 1183, la Commission a considéré que le texte exclut *a contrario* que d'autres dispositions puissent s'appliquer immédiatement aux contrats en cours. Le Gouvernement a en effet clairement souhaité écarter l'application de l'ordonnance aux contrats en cours, dans un souci de respect des prévisions des parties et de sécurité juridique, impératifs au cœur de la réforme.

L'application immédiate par les tribunaux de certains textes de l'ordonnance, au motif qu'ils régiraient « *les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées* » ou qu'ils répondraient à des « *exigences impérieuses d'ordre public* », serait contraire en l'espèce à l'esprit comme à la lettre du texte.

En outre, la Commission a considéré que la précision du Sénat ne permettait pas de répondre aux préoccupations légitimes exprimées par son rapporteur, en ce qu'elle n'empêchera pas la Cour de cassation d'interpréter les règles anciennes, non écrites, à la lumière du droit nouveau issu de l'ordonnance, ainsi qu'elle l'a fait dans deux arrêts très remarquables en 2017.

En second lieu, afin de ne pas susciter d'incertitude sur l'application dans le temps de la loi de ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, la Commission a adopté, sur proposition de votre rapporteur, des dispositions transitoires expresses.

La première prévoit une entrée en vigueur légèrement différée de la loi de ratification, afin de permettre aux acteurs concernés d'adapter leurs documents contractuels dans un délai de trois mois.

La deuxième précise que les dispositions de la loi de ratification qui modifient l'ordonnance ne sont applicables qu'aux contrats, et plus généralement aux actes juridiques, établis postérieurement à son entrée en vigueur, conformément au principe de survie de la loi ancienne traditionnellement appliqué par la jurisprudence en matière contractuelle. Les actes en cours postérieurs au 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance, restent soumis même pour l'avenir aux textes issus de l'ordonnance du 10 février 2016 (les actes

juridiques antérieurs au 1^{er} octobre 2016 restent quant à eux dans tous les cas soumis au droit antérieur à la réforme).

La troisième prévoit que, par dérogation, les dispositions de la loi de ratification de nature interprétative s'appliquent rétroactivement aux actes juridiques postérieurs au 1^{er} octobre 2016, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui admet que lorsque la loi nouvelle est interprétative, elle fait corps avec la loi interprétée et prend donc effet au jour où cette dernière prend elle-même effet. Une telle solution a le mérite, pour ces dispositions, de ne pas engendrer un troisième droit applicable aux contrats.

*

* *

La Commission est saisie de l'amendement CL34 du rapporteur.

M. le rapporteur. Cet amendement permet de clarifier l'application de la loi dans le temps. Cela est nécessaire car comme le Gouvernement a procédé par ordonnance pour modifier le droit des contrats, nous n'avons pas deux mais trois types de droit des contrats. Il y a d'abord le droit applicable préalablement à l'adoption de l'ordonnance modifiant le droit des contrats. La loi ancienne s'applique à ces contrats. Il y a ensuite eu une phase pendant laquelle l'ordonnance a produit ses effets. Cette phase sera interrompue dès lors que nous adopterons la présente loi de ratification qui modifie l'ordonnance.

Je vous propose donc une clarification – qui n'est pas celle apportée par le Sénat. Ce dernier, par crainte qu'un des arrêts de la Cour de cassation soit *contra legem*, a présenté un amendement visant à exclure l'application des dispositions d'ordre public aux contrats anciens, y compris les effets légaux de l'ordonnance. Cette rédaction est inopportune : elle conduirait à procéder aux mêmes précisions, systématiquement dans toute autre loi. On créerait un précédent qui contribuerait à ce qu'on reproche au législateur, à savoir le vote de lois bavardes et inintelligibles.

Il est précisé dans l'exposé sommaire de l'amendement notre volonté de ne pas appliquer aux contrats en cours les dispositions nouvelles, à l'exception de celles relatives aux actions interrogatoires qui sont interprétatives.

Par principe, les dispositions du code civil qui sont modifiées ne sont pas applicables aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi. Par dérogation, les dispositions interprétatives qui font corps avec les dispositions de l'ordonnance s'appliquent rétroactivement, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de manière à réduire les risques d'incertitude.

Enfin, l'amendement prévoit une entrée en vigueur légèrement différée de la loi de ratification – au premier jour suivant le troisième mois de la publication de la loi. Cela concernera les dispositions de l'ordonnance que nous avons

modifiées : les définitions et la possibilité de fermer les voies de recours en cas d'accord entre le créancier et le débiteur sur la réduction du prix.

*La Commission **adopte** l'amendement CL34.*

*L'article 15 est **ainsi rédigé**.*

*Puis la Commission **adopte** l'ensemble du projet de loi **modifié**.*

*

* *

*En conséquence, la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République vous demande **d'adopter** le projet de loi (n° 315) ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dans le texte figurant dans le document annexé au présent rapport.*

PERSONNES ENTENDUES

- **Ministère de la Justice – Cabinet de la garde des Sceaux**
 - M Éric Thiers, conseiller spécial en charge des questions constitutionnelles
- **Direction des affaires civiles et du Sceau**
 - M. Thomas Andrieu, directeur des affaires civiles et du Sceau
 - M. Guillaume Meunier, sous-directeur du droit civil
 - Mme Charlotte Dreux, cheffe du bureau du droit des obligations
 - Mme Clotilde Bellino, adjointe à la cheffe du bureau du droit des obligations
 - M. Jean-François Le Coq, rédacteur au bureau du droit des obligations
- **Ministère de l'Économie et des finances – Direction générale des entreprises**
 - M. Thierry Lange, adjoint au chef du service de la compétitivité, de l'innovation et du développement des entreprises
 - M. Hugues Dobo-Lussac, adjoint au chef du bureau du droit des affaires, sous-direction du droit des entreprises
- **Ministère de l'Économie et des finances – Direction du Trésor**
 - Mme Alice Navarro, conseillère juridique
 - M. Mayeul Tallon, adjoint au chef de bureau Épargne et Marchés financiers
- **Cour de cassation**
 - M. Vincent Vigneau, conseiller à la Cour
- **Haut comité juridique de la place financière de Paris (HCJP)**
 - M. Gérard Gardella, secrétaire général
 - Mme Diane Sénéchal, avocate associée chez Jones Day
- **Mouvement des entreprises de France (MEDEF)**
 - Mme Joëlle Simon, directrice des affaires juridiques
 - M. Ladislav Skura, chargé de mission à la direction droit de l'entreprise
 - M. Jules Guillaud, chargé de mission à la direction des affaires publiques

- **Chambre de commerce et d'industrie de Paris - Île-de-France**

- Mme Anne Outin-Adam, directrice des politiques juridiques et économiques
- Mme Dominique Moreno, responsable du pôle économie, commerce et financement des entreprises
- Mme Véronique Etienne-Martin, directrice de cabinet du président et du directeur général
- M. Jérôme Frantz, membre élu

- **Conseil national des barreaux**

- M. Pierre Lafont, président de la commission Textes
- M. Florent Loyseau de Grandmaison, vice-président de la commission Libertés et droits de l'homme et membre de la commission Textes

- **Conférence des bâtonniers**

- M. Pierre Lafont, président de la commission Textes du Conseil national des barreaux

- **Barreau de Paris**

- M. Jean-Pierre Grandjean, membre du conseil de l'Ordre
- M. Gilles Pillet, expert auprès de la commission Textes
- M. Mathieu Baccialone, responsable affaires publiques

- **Observatoire de la réforme du droit des contrats**

- M. Olivier Tournafond, président
- M. Joseph Vogel, vice-président
- M. Patrick Gaillard, vice-président

- **Universitaires**

- M. Lionel Andreu, professeur agrégé à l'université de Poitiers
- M. Laurent Aynès, professeur émérite à l'École de Droit de la Sorbonne
- M. François Chénéde, professeur des universités de droit privé et sciences criminelles à l'université Jean Moulin Lyon III
- M. Mathias Latina, professeur agrégé de droit privé à l'université de Nice
- M. Eddy Lamazerolles, professeur en droit privé et sciences criminelles à l'université de Poitiers
- M. Denis Mazeaud, professeur de droit privé à l'Université Paris II – Panthéon-Assas
- M. Philippe Stoffel-Munck, professeur à l'université Paris I – Panthéon-Sorbonne