

早稲田大学比較法研究所
オンライン・フォーラム・シリーズ

La réforme du droit des obligations : La quête de l'efficacité

Jean-Jacques Ansault

Agrégé de droit privé et de sciences criminelles

Professeur à l'Université de Rouen

フランス債務法改正研究会

2016 年 3 月 1 日 (火) 早稲田大学早稲田キャンパス 8 号館 604 教室

主催：早稲田大学法学研究科

末延財団「比較法・外国法研究教育プロジェクト助成」による若手研究者養成プログラム

No. 2016-1-2

2016 年 5 月



〒169-8050

東京都新宿区西早稲田 1-6-1

早稲田大学比較法研究所

La réforme du droit des obligations : La quête de l'efficacité

*Mardi 1^{er} mars 2016
Université de Waseda*

*Jean-Jacques Ansault
Agrégé de droit privé et de sciences criminelles
Professeur à l'Université de Rouen*

1.- Problématique. À l'instar de toute réforme, celle du droit français des obligations est très certainement en quête d'efficacité. Certes, il s'agit d'un objectif parmi d'autres, mais celui-ci transparaissait très explicitement dans le texte même de la loi d'habilitation¹. Dans cette perspective, il s'agit de moderniser le droit des obligations dans le but d'en rendre le contenu plus facile à appréhender et partant, à appliquer. Au regard d'une analyse économique du droit, l'on peut ainsi espérer de cette réforme une amélioration du travail des juristes, voire un accroissement de leur productivité. Ceci dit, parce qu'elle vise à améliorer la qualité du droit français des contrats, la réforme entend corrélativement contribuer à renforcer son attractivité. De sorte que cette quête de l'efficacité, intrinsèque à la réforme, se justifie tant sur le plan national que sur le plan international.

2.- Exigence nationale. À n'en pas douter, l'efficacité du droit français des obligations se trouvait mise à mal par le développement d'un droit prétorien, par nature fluctuant et peu saisissable. Même s'il n'a pas fait l'objet de profondes réformes, le droit des obligations a nécessairement évolué depuis 1804². Certes, à la différence d'autres branches du droit dans lesquelles les évolutions sont fracassantes, elles semblent lentes et progressives en droit des obligations. Toutefois, il serait pour le moins hasardeux de soutenir que deux cents ans de jurisprudence civile n'auraient pas considérablement modifié la lettre du Code. Et de fait, la jurisprudence a tantôt comblé le silence de la loi (songeons notamment aux négociations), tantôt réécrit le Code (ainsi l'exécution en nature des obligations de faire ou de ne pas faire), tantôt répondu à des questions non envisagées par les rédacteurs (par exemple le sort réservé à la cession de dette ou la cession de contrat). L'efficacité du droit français souffre ainsi de ce

¹ . L. 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 de la justice intérieures, art. 8.

² . Voir notamment dans ce sens, PH. MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2015, n° 8.

que celui qui se référerait aujourd'hui au seul droit codifié ne dirait pas le droit positif français. Ce décalage entre le droit codifié et le droit prétorien heurte de plein fouet les nouveaux canons que sont de l'accessibilité et de l'intelligibilité du droit !

3.- Exigence internationale. L'efficacité du droit français souffre sans doute plus encore de la concurrence accrue entre les systèmes juridiques et de la tendance à la « *French Law Bashing* ». Il faut bien se rendre à l'évidence que les rapports *Doing Business* qui se sont succédé depuis 2003 soulignent régulièrement la supériorité des systèmes juridiques influencés par la *Common law* sur le système français. Même si les méthodes d'analyse de la Banque mondiale prêtent sans doute le flanc à la critique³, l'image d'un droit français complexe, imprévisible, et peu attractif, risque de demeurer. La modernisation du droit français des obligations traduit la volonté des pouvoirs publics de s'opposer à cette tendance mortifère.

4.- Plan. Sur le fond, les sources d'inspiration de l'ordonnance, qui se donne pour objectif tant de « moderniser » notre droit — incapable pour certains d'échapper à l'action du temps — que de le rendre plus compétitif sur la scène internationale, sont multiples : projet « CATALA », projet « TERRE », travaux antérieurs menés par le Ministère de la justice ou encore opus européens de facture académique ou de nature institutionnelle. À l'analyse, la codification s'opère pour partie à droit constant, en faisant siennes nombre de solutions acquises en jurisprudence. Pour autant, la réforme s'avère également riche en innovations importantes qui portent souvent en elles le souci de donner son maximum d'ampleur à la liberté contractuelle. En réalité, ces deux mouvements complémentaires de consolidation et d'aspiration à davantage de libéralisme favorisent, chacun à leur manière, l'efficacité du droit français. Et de fait, l'ordonnance s'attache à promouvoir tant la sécurité dans la formation du contrat (§1) que la liberté dans l'exécution de celui-ci (§2).

I- La promotion de la sécurité juridique dans la « formation du contrat »

5.- Plan. La promotion de la sécurité juridique dans la formation du contrat est révélatrice de la quête d'efficacité de la réforme. Plus précisément, elle s'observe très nettement dans la

³ . Voir notamment, *Les droits de tradition civiliste en question, A propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale*, Association HENRI CAPITANT, Société de Législation comparée, 2006 ; *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?* (dir.) F. ROUVILLOIS, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005.

consolidation effective du droit prétorien qui organisait jusqu'alors la période précontractuelle. Elle se manifeste également dans le souci des promoteurs de la réforme de limiter drastiquement la période d'incertitude quant à la validité d'un acte juridique. Au fond, la promotion de la sécurité juridique dans la formation du contrat passe aussi bien par la codification de la phase précontractuelle (A) que par la création de multiples actions interrogatoires (B).

A. La codification de la phase précontractuelle

6.- Devoir général d'information. Force est de constater que la phase précontractuelle a particulièrement retenu l'attention des rédacteurs du projet. Alors qu'elles n'étaient pas envisagées dans le Code civil, « *les négociations* »⁴ font l'objet de plusieurs dispositions qui accordent une large place à la « *bonne foi* »⁵, laquelle couvre dorénavant expressément la phase de formation du contrat et s'exprime tout particulièrement ici par la proclamation d'un « *devoir général d'information* » à la charge des différents protagonistes. Profondément réécrit par rapport au projet initial, ce « *devoir général d'information* » trouve aujourd'hui sa place à l'article 1112-1 du Code civil, texte qui envisage successivement son champ d'application, la charge de la preuve de son exécution en cas de contentieux, son caractère d'ordre public et enfin, les conséquences de son inexécution. Il n'est pas inutile d'en donner lecture :

« Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

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

Les parties ne peuvent ni limiter ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».

7.- Incertitudes. Sans entrer dans tous les questionnements (notamment l'appréciation de la formule « *lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ») que

⁴ . C. civ., art. 1112 à 1112-2.

⁵ . C. civ., art. 1112, nouveau.

suscitera à juste titre la rédaction de ce nouveau dispositif qui tente de fixer juridiquement le passage d'un devoir de se renseigner à un devoir de renseigner, l'on ne peut que saluer l'exclusion du domaine d'intervention du devoir d'information de « *l'estimation de la valeur de la prestation* ». Par-là, les promoteurs de la réforme consacrent la célèbre jurisprudence BALDUS⁶ et rappellent, en creux, qu'il n'appartient pas à l'un des négociateurs de prendre spontanément en charge les intérêts de son partenaire au détriment des siens en le mettant en garde contre la mauvaise affaire qu'il est en passe de réaliser.

8.- Négociations. Pour aller à l'essentiel, le corps de règles relatif à la période précontractuelle reprend aussi les solutions retenues par la Cour de cassation lorsque survient un contentieux à propos d'une rupture des pourparlers. Comme le soulignait déjà l'arrêt MANOUKIAN⁷, le principe demeure la liberté pour chacun des protagonistes de mettre fin aux discussions engagées, sauf au sujet de droit mécontent à engager la responsabilité extracontractuelle de son partenaire en lui reprochant une faute relative aux circonstances particulières qui entourent cette rupture, lesquelles révéleraient une déloyauté flagrante de celui qui en serait à l'origine (intention de nuire ou encore illusion sur le succès éventuel des pourparlers). En toute hypothèse, la sanction d'une telle faute se traduit par le versement d'une indemnité à la victime sans que cette dernière puisse obtenir la conclusion forcée du contrat. Faisant encore siens les principes posés dans la décision en cause, le nouvel article 1112, alinéa 2 du Code civil énonce que :

« En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu ».

Il en résulte que la victime n'est susceptible de réclamer que la réparation des pertes subies, peu important néanmoins, si l'on accepte de suivre la jurisprudence en cause, qu'elles soient d'ordre matériel ou moral.

S'agissant toujours des négociations, le projet prévoit expressément de sanctionner, sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle, l'utilisation ou la divulgation d'une information confidentielle obtenue durant cette phase⁸.

⁶ . Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, n° 98-11.381, *Bull. civ. I*, n° 131. Voir également dans ce sens, N. MOLFESSIS, *Droit des contrats : Que vive la réforme*, JCP G 2016, 180, spéc. p. 321.

⁷ . Cass. com., 26 novembre 2003, MANOUKIAN, n° 00-10.243 et n° 00-10.949, *Bull. civ. IV*, n° 186.

⁸ . C. civ., art. 1112-2.

9.- Offre et acceptation. Surtout, les notions d'« offre » et d'« acceptation » font l'objet de développements significatifs, lesquels reprennent globalement les solutions retenues par le juge. Toutefois, l'on remarquera ici un décalage entre le contenu des prescriptions nouvelles et l'état du droit positif en ce que le texte traite de manière identique les offres faites avec ou sans délai quand intervient une révocation (seuls des dommages et intérêts viennent sanctionner, au titre de la responsabilité extracontractuelle, une révocation intempestive⁹) ou lorsque cette expression de volonté est sujette à la caducité (aussi bien le décès que l'incapacité du pollicitant anéantissent l'offre¹⁰).

10.- Avant-contrats. L'ordonnance du 10 février 2016 entend aussi garantir l'efficacité des deux avant-contrats que sont la promesse unilatérale et le pacte de préférence et, ce faisant, marque sa volonté de leur insuffler une intensité juridique bien supérieure à celle d'une simple offre de contracter. Quant à la promesse unilatérale, le texte sanctionne formellement, par la nullité, le contrat conclu avec un tiers en violation de ladite promesse dès lors que le tiers en connaissait l'existence. Surtout, au rebours d'une jurisprudence bien assise initiée par un arrêt du 15 décembre 1993¹¹, la rétractation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter se trouve privée de toute efficacité juridique, de sorte que, si le bénéficiaire le demande, le juge constatera que le contrat définitif est bien formé.

L'efficacité du pacte de préférence n'apparaît pas en reste puisque le dispositif reprend très exactement la solution retenue par un arrêt rendu en Chambre mixte le 26 mai 2006¹² qui offrait au bénéficiaire, victime de la violation du pacte, la possibilité de demander au juge d'être substitué dans les droits du tiers. Ceci dit, il convient de souligner que le projet infléchissait davantage encore le mécanisme dans un sens favorable au bénéficiaire désireux d'obtenir la mesure de substitution car ce dernier n'avait plus à rapporter la preuve que le tiers connaissait son intervention de se prévaloir du pacte ; il appartenait uniquement à ce sujet de droit de démontrer qu'il en connaissait l'existence. Au demeurant, pour ménager les intérêts du tiers dans ce contexte, les nouveaux textes lui octroient une véritable action interrogatoire qui l'autorise, dans un délai raisonnable, à demander confirmation au possible bénéficiaire de l'existence d'un pacte dont il soupçonne la conclusion, étant entendu que l'absence de réponse entraîne une déchéance des sanctions encourues. Cela étant, le titulaire de l'action interrogatoire s'attachera à respecter les formes prévues à l'alinéa 4 de l'article 1123 du Code

⁹ . C. civ., art. 1116, alinéa 3.

¹⁰ . C. civ., art. 1117.

¹¹ . Cass. 3^{ème} civ., 15 décembre 1993, n° 91-10.199, *Bull. civ. III*, n° 174.

¹² . Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, *Bull. civ. ch. mixte*, n° 4.

civil : *« L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat »*.

Du reste, cette action interrogatoire est loin d'être unique dans le nouveau droit des contrats issu de l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, le législateur n'a pas hésité à les multiplier, et ce, avec plus ou moins de bonheur.

B. La multiplication des actions interrogatoires

11.- Actions interrogatoires – Nullité. De manière spectaculaire, la réforme intègre l'*« action interrogatoire »* en matière de confirmation d'une nullité. Il faut insister sur l'ampleur d'une telle modification du droit français. Très présente en Ancien Droit, ce type d'action préventive était, en revanche, peu nombreux sous l'empire du droit antérieur¹³. L'explication tient au fait que les actions interrogatoires heurtent certains principes fondamentaux de droit processuel. En effet, elles visent globalement à contraindre un sujet à faire valoir un droit en justice immédiatement alors même que l'action est une prérogative juridique dont l'exercice demeure libre et facultatif pour son titulaire. L'attributaire auquel le droit de critique est réservé en perd ainsi partiellement la maîtrise. Pour autant, le choix du législateur de réintroduire celle-ci dans un domaine sensible de notre droit, à savoir le régime des nullités, s'explique non seulement par sa volonté ferme d'éviter une remise en cause tardive des conventions viciées, mais aussi par son souhait de combattre les fâcheuses conséquences de la rétroactivité attachée à l'anéantissement du contrat. En somme, l'objectif poursuivi consiste à renforcer la sécurité juridique. Ceci dit, que nous apprend précisément le nouvel article 1183 du Code civil ? Le texte indique que :

« Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé.

L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé ».

S'agissant de son champ d'application, le texte paraît devoir appréhender exclusivement les nullités relatives. Il en va ainsi car l'article 1186 vise expressément *« la confirmation »*. Or, l'article 1180 nous apprend qu'une nullité absolue ne saurait *« être couverte par la confirmation du contrat »*. Même défini de la sorte, le texte suscite la perplexité. Sur le fond, le souci de sécurité juridique se fait au détriment de la liberté de la personne protégée. Plus

¹³ . On en dénombre ainsi en droit des sociétés, en droit de la propriété intellectuelle ou en droit des successions.

précisément, dès lors que la charge de l'initiative incombe à celui qui peut confirmer une fois la notification de la demande réalisée, le système conduit nécessairement à faire basculer les risques sur le contractant que l'on entend, en principe, protéger. En outre, la disposition en cause peindra sans doute à s'harmoniser avec les règles protectrices de la partie faible et, spécialement, de celles d'entre elles qui concernent le consommateur. Pour le reste, cette disposition est porteuse, selon nous, de nombreux conflits. Inévitablement, l'on discutera de la forme de l'« écrit » exigé par le texte ainsi que des conditions de sa réception. Quant au contenu de l'écrit en question, faudra-t-il, à ce stade, viser la cause exacte de la nullité supposée ou pourra-t-on se contenter d'une référence vague à la nullité ? Le débat portera certainement aussi sur le point de savoir si l'auteur de la demande est susceptible de s'opposer efficacement à l'action en nullité initiée à la suite la démarche visée. Autrement dit, par le biais de l'action interrogatoire, le sujet de droit concerné ne reconnaît-il pas inéluctablement que l'acte se trouve bien atteint par une cause de nullité ? Enfin, rien ne permet de trancher définitivement la question du caractère d'ordre public de ce texte. À l'analyse, « à trop vouloir éviter le juge, on risque bien de faire le lit de discussions inutiles qui appelleront nécessairement son retour »¹⁴.

12.- Actions interrogatoires – Mandat. Il n'est pas inutile de souligner que la possibilité d'avoir recours à l'action interrogatoire se retrouve également en matière de représentation. En l'occurrence, l'article 1158 nouveau du Code civil énonce que :

*« Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte.
L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte ».*

Afin d'assurer une plus grande sécurité juridique, le texte en cause introduit donc une « action interrogatoire » en faveur du tiers pour purger les doutes qu'il peut nourrir à propos des pouvoirs du représentant. Reste que le texte prête le flanc à la critique. Sur son champ d'application d'abord, car rien ne justifie sa limitation au seul mandat conventionnel. Se posent ensuite des questions sur les conséquences de la mise en œuvre de la prérogative visée. Dans le nouveau système, doit-on considérer que la situation juridique est gelée dans l'attente de la réponse du prétendu représentant ? Dans la négative, le tiers pourrait-il toujours se

¹⁴ . Y.-M. SERINET, *Observations sur le projet de réforme*, LPA 2015, n° 177, p. 59

prévaloir de la théorie de l'apparence visée à l'article 1156 du Code civil pour assurer l'efficacité du contrat passé par le représentant au-delà de ses pouvoirs ? Plus globalement, l'existence même de ce mécanisme qui permet d'assainir une situation juridique hasardeuse ne vient-il pas réduire comme peau de chagrin le recours à la théorie de l'apparence pourtant envisagé explicitement par les textes ?

13- Droit transitoire. En somme, ces nouvelles actions interrogatoires censées favoriser la sécurité juridique risquent de créer davantage de difficultés qu'elles n'en résoudront. Cette crainte légitime redouble lorsque l'on observe que les règles en cause s'appliqueront aux contrats en cours, dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance, le 1^{er} octobre 2016¹⁵. Malgré tout, s'agissant des problématiques de droit transitoire, l'ordonnance œuvre globalement à la promotion de la sécurité juridique puisque le texte fait expressément sienne une règle classique en la matière selon laquelle les contrats conclus antérieurement à la date d'entrée en vigueur d'un texte demeurent soumis à la loi en vigueur au jour de leur conclusion. Dans la même veine, le texte nouveau énonce que, sur le plan procédural, *« lorsqu'une instance a été introduite avant en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation »*¹⁶. De manière générale, de nombreuses illustrations témoignent de ce que le droit français assure la promotion de la sécurité juridique, tout particulièrement dans la formation du contrat. Mais ce pan important de la réforme ne doit pas faire oublier qu'elle est aussi sensible à la liberté contractuelle. La promotion de celle-ci se manifeste principalement cette fois dans l'exécution du contrat.

II- La promotion de la liberté contractuelle dans l'exécution du contrat

14. Plan. La promotion de la liberté contractuelle dans l'exécution du contrat par les textes nouveaux ne fait aucun doute. Dans ce domaine, la quête d'efficacité s'exprime par un renouveau des sanctions juridiques susceptibles d'être mises en œuvre par le créancier (A), mais aussi par la modernisation des règles propres à la circulation du lien juridique (B).

A. Un renouveau des sanctions juridiques

¹⁵ . Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016, art. 9.

¹⁶ . *Ibid.*

15.- Diversité des sanctions. Pivot essentiel de la réforme, l'article 1217 du Code civil énumère l'ensemble des sanctions à la disposition du créancier d'une obligation inexécutée. Il nous enseigne que :

« La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;*
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;*
- solliciter une réduction du prix ;*
- provoquer la résolution du contrat ;*
- demander réparation des conséquences de l'inexécution.*

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ».

Dans l'esprit des rédacteurs du texte, l'ordre de l'énumération ne traduit aucune hiérarchie entre les mécanismes visés de sorte que le créancier contractuel dispose, sur le plan des principes, d'une entière liberté de choix en la matière. Il lui appartient donc d'agir conformément à ses intérêts bien sentis, et ce, en fonction des circonstances. Toutefois, la disposition en cause rappelle l'évidence que si rien n'interdit de cumuler les différentes sanctions, une telle possibilité de cumul s'évanouit dès lors que celles-ci sont incompatibles entre elles. Par exemple, le créancier ne saurait demander, dans le même temps, une exécution en nature du contrat et la résolution de ce même contrat dans la mesure où cette dernière sanction a précisément pour objet d'entraîner la disparition de l'acte. En outre, le texte insiste sur le caractère singulier de la sanction contractuelle qui consiste dans l'octroi de dommages et intérêts. En effet, pour sa part, ladite sanction apparaît toujours susceptible de se cumuler avec d'autres dès lors que les conditions propres à la responsabilité civile s'avèrent réunies. Faute de temps, il n'est pas matériellement possible de revenir dans le détail sur chacune de ces sanctions. L'on se bornera ici à insister sur un certain nombre d'innovations de la réforme.

16.- Exception pour risque d'inexécution. La réforme consacre largement l'exception pour risque d'inexécution. De manière très concrète, l'article 1220 nouveau permet au créancier de suspendre l'exécution de son obligation s'*« il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance »*. À l'évidence, le jeu de ce texte doit être réservé aux hypothèses extrêmes et, bien entendu, le créancier qui aurait utilisé à mauvais escient cette prérogative engagera sa responsabilité contractuelle. Observons que, l'article 1220, alinéa 2 commande que la suspension d'exécution soit *« notifiée dans les meilleurs délais »* au

cocontractant. Il s'ensuit que le débiteur est alors en mesure de rassurer sa contrepartie tant sur ses capacités que sur ses intentions d'exécuter l'obligation.

17.- Exécution en nature. À n'en pas douter, une autre prescription phare de l'ordonnance propre à l'inexécution du contrat concerne l'exécution en nature. Alors que le système juridique français place aujourd'hui l'exécution forcée en nature au sommet de la hiérarchie des sanctions de l'exécution, dans la mesure où elle constitue un droit pour le créancier dont le juge n'a pas à apprécier l'opportunité, le texte introduit une nouvelle exception à côté des situations où elle est impossible à administrer en pratique, en raison du caractère éminemment personnel de la prestation due ou de l'atteinte qu'elle porterait aux libertés fondamentales du débiteur. En l'occurrence, il s'agit d'autoriser les magistrats à substituer à l'exécution en nature réclamée par le créancier contractuel l'octroi d'une simple somme d'argent dès lors qu'il « *existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* ». Le texte nouveau se démarque ici du projet initial qui annonçait que des dommages et intérêts seraient alloués en lieu et place de la prestation au « *coût manifestement déraisonnable* »¹⁷. Tout le dispositif s'articulait donc autour du coût de la prestation pour le débiteur, actualisé au jour de l'inexécution. Le nouvel article 1221 du Code civil instaure quant à lui un véritable contrôle de proportionnalité. On l'aura compris, cette nouvelle exception tend à prévenir des décisions judiciaires qui se prononceraient en faveur d'une exécution forcée en nature extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier tire véritablement intérêt de celle-ci. En somme, il faudrait y voir une déclinaison de la théorie de l'abus de droit. Très en vogue en droit français¹⁸, cette technique du contrôle de proportionnalité appelle pourtant des critiques tout particulièrement lorsque les concepts, objet de la comparaison, apparaissent insuffisamment définis. Il va sans dire que les références tant au « *coût pour le débiteur* » qu'à « *l'intérêt* » pour le créancier ne brillent pas par leur clarté. L'on peut légitimement craindre que le justiciable sera confronté à une casuistique complexe, sauf à ce que le juge se montre sensible à l'adjectif « *manifeste* » et confère alors à cette exception à l'exécution en nature un champ d'application extrêmement limité. Reste que, dans cette situation, la force obligatoire du contrat se trouve soumise à une modération judiciaire nouvelle.

¹⁷ . Voir notamment sur ce point, Y.-M. LAITHIER, *Le droit à l'exécution en nature : extension ou réduction ?*, in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, dir. PH. STOFFEL-MUNCK, Dalloz, 2015, p. 98 et s.

¹⁸ . Voir pour une illustration récente, P.-Y. GAUTIER, *Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites* : « l'anti-Daguesseau », *JCP G* 2016, 189.

Toujours dans le domaine de l'exécution en nature, l'article 1222, nouveau, du Code civil propose une alternative au créancier, laquelle renforce l'efficacité dans l'exécution du contrat. Au lieu de poursuivre l'exécution forcée de l'obligation inexécutée, le créancier se voit octroyer la possibilité, après mise en demeure du débiteur, de faire exécuter lui-même l'obligation ou de faire détruire ce qui a été mal exécuté. Il est appelé à solliciter ensuite du débiteur le remboursement des sommes exposées à cette fin. Certes, le système mis en place n'apparaît pas fondamentalement nouveau, puisqu'il reprend en substance le contenu des anciens articles 1143 et 1144 du Code civil. Néanmoins, l'article 1222 précité facilite grandement la faculté de remplacement par le créancier lui-même dans la mesure où il supprime l'exigence d'une autorisation judiciaire préalable pour faire procéder à l'exécution de l'obligation. Dit autrement, le contrôle du juge n'a vocation à intervenir qu'*a posteriori* si le débiteur refuse de payer ou conteste la réalité de l'inexécution. En revanche, afin d'éviter les abus de la part du créancier, l'ordonnance maintient la nécessité d'une autorisation préalable du juge pour obtenir la destruction de ce qui a été réalisé en contravention de l'obligation, argument pris du caractère irréversible d'une telle destruction. Enfin, le second alinéa du texte complète le dispositif conformément au droit positif, en permettant au créancier de solliciter la condamnation du débiteur à faire l'avance des sommes nécessaires à l'exécution ou la destruction en cause.

18- Réduction du prix. Autre innovation majeure sur laquelle il convient de s'arrêter quelques instants : la possibilité offerte au créancier d'une obligation imparfaitement exécutée d'entériner, malgré tout, l'exécution en l'état sous réserve d'obtenir une réduction proportionnelle de prix, sans pour autant à avoir à saisir le juge en ce sens. Le nouvel article 1223 du Code civil vient préciser la procédure à laquelle doit s'astreindre le créancier s'il opte pour cette voie. Il lui appartient d'abord de mettre en demeure le débiteur d'exécuter parfaitement son obligation. Ensuite, dans ce contexte, une distinction s'impose selon que le créancier a ou non d'ores et déjà acquitté le prix de la prestation. Si le paiement n'est pas encore intervenu, le créancier doit, dans les meilleurs délais, notifier au débiteur sa décision de réduire le prix. Le mécanisme de réduction du prix peut également être mis en œuvre après le paiement du prix, ce qui suppose alors que le créancier demande remboursement au débiteur à hauteur de la somme en cause. D'une manière générale, la technique de la réfaction

du contrat n'est pas inconnue du droit français¹⁹, mais elle fait ici l'objet d'une généralisation manifeste. Elle présente tout particulièrement une utilité dans les situations où le créancier peut faire achever l'exécution par un tiers — le contrat imposait, par exemple, la construction d'un bâtiment partiellement terminé — ou si l'exécution imparfaite le satisfait à condition d'une minoration du prix — les marchandises reçues par le créancier à ce stade lui permettent de réaliser l'opération envisagée. Au fond, il s'agit d'une sanction intermédiaire entre l'exception d'inexécution et la résolution puisqu'elle permet de réviser le contrat afin de faire en sorte d'adapter ce qui a été contractuellement prévu à ce qui a été exécuté dans les faits.

19.- Résiliation unilatérale du contrat. Hommage à l'efficacité du contrat, l'une des protections accordée au créancier réside dans la consécration de son droit, en cas de comportement grave du cocontractant, de résoudre unilatéralement, à ses risques et périls, le contrat inexécuté, et ce au moyen d'une simple notification. Très nettement, cette innovation s'inscrit dans une perspective d'efficacité économique du droit. Elle traduit sur le plan du droit l'idée-force que le créancier victime de l'inexécution, doit être en mesure immédiatement ou, à tout le moins, dans un délai raisonnable, de conclure un nouveau contrat avec un tiers. En somme, on le dispense de subir l'attente aléatoire du procès et de supporter les frais inhérents à l'intervention du juge. Une telle faculté de résolution extrajudiciaire qui coexiste, depuis un arrêt de 1998²⁰, avec la traditionnelle résolution judiciaire se présente toutefois sous un jour nouveau. En effet, elle ne se présente plus comme une exception au principe de la résolution judiciaire. Mieux, les textes nouveaux la consacrent comme une faculté autonome offerte au créancier qui, victime de l'inexécution, aura désormais le choix, en particulier en l'absence de clause résolutoire expresse, entre les deux modes de résolution, judiciaire ou unilatérale. Ceci dit, l'article 1226 du Code civil met en place un formalisme protecteur du débiteur. Il exige, sauf urgence, qu'une mise en demeure du débiteur de s'exécuter dans un délai raisonnable précède la notification de la résolution. En outre, le créancier se voit expressément imposer par le texte une obligation de motivation qui se manifestera au sein même de la notification. Surtout, le débiteur dispose de la faculté de « *contester la résolution* » de sorte que ses prérogatives ne se limitent pas simplement à la mise en jeu de la responsabilité de son contractant. Enfin, il revient au créancier d'assumer la charge de la preuve de la gravité de l'exécution.

¹⁹ . Voir notamment sur cette question, A. BENABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^{ème} éd, 2014, spéc. n° 299. Adde, F. ALBIGES, *Le développement discret de la réfaction judiciaire du contrat*, Mélanges Cabrillac, 1999, p. 3.

²⁰ . Cass. 1^{ère} civ., 13 octobre 1998, n° 96-21485, *Bull. civ. I*, n° 300

Au vu de la présentation de toute la diversité des instruments juridiques laissés à la libre disposition du créancier pour remédier à l'inexécution du contrat au mieux de ses intérêts, l'on s'accordera sans mal pour admettre qu'il existe un renouveau des sanctions juridiques dans la réforme étudiée. En outre, le souci de donner tout son poids à la liberté contractuelle s'inscrit aussi dans la modernisation de la circulation du lien juridique.

B. Une modernisation de la circulation du lien juridique

20- Principe. La volonté des promoteurs de la réforme de proposer un droit français plus efficace se mesure aussi à l'aune de l'abaissement des contraintes qui pèsent sur les « *opérations sur obligations* ». De manière générale, l'un des buts affichés de l'ordonnance est bien de faciliter la transmission des obligations. Dans la droite ligne des souhaits formulés par les opérateurs économiques, il s'agit tout à la fois de sécuriser certaines pratiques par la reconnaissance expresse de plusieurs techniques, mais aussi d'adapter les textes existants aux nécessités de la vie des affaires. À ce titre, trois mécanismes retiendront plus spécialement notre attention, à savoir la cession de créance, la cession de dette et la cession de contrat.

21.- Cession de créance. Quant à la cession de créance, nous ne reviendrons pas sur les différents textes qui viennent clarifier plusieurs pans du mécanisme²¹ pour nous concentrer essentiellement sur ceux qui cherchent à en limiter la pesanteur. À ce propos, le nouvel article 1321 du Code civil rappelle opportunément que le consentement du débiteur cédé n'est pas une condition de la cession, sauf dans le cas où la créance en question a été stipulée incessible. Quoique, de manière expresse, l'article 1322 exige dorénavant un écrit à titre de validité, le nouveau corps de règles facilite grandement la réalisation de l'opération. Ainsi, la formalité particulièrement lourde prévue à l'article 1690 du Code civil qui conditionne l'opposabilité aux tiers — signification par huissier ou acceptation du débiteur par acte authentique — est tout bonnement supprimée. Cela ne constitue nullement une surprise tant il est vrai que le mécanisme faisait l'objet de critiques acerbes. L'on dénonçait légitimement tant son coût que son caractère inutile. L'article 1323 prévoit désormais un transfert immédiat entre les parties, et une opposabilité immédiate aux tiers, à la date de l'acte. La règle nouvelle a le grand mérite d'aligner le régime de la cession de créance de droit commun sur celui du

²¹ . Sont ainsi envisagés successivement les exceptions opposables par le débiteur, avec un souci de précision et d'illustration répondant à un objectif de sécurité juridique, en distinguant les exceptions inhérentes à la dette et celles nées des rapports du débiteur avec le cédant avant que la cession lui soit opposable (article 1324 alinéa 2), la charge des frais de la cession (article 1324 alinéa 3), la règle de conflit en cas de concours entre des cessionnaires successifs d'une créance (article 1325) et la garantie du cédant (article 1326)

nantissement de créance, de la cession de créance réalisée dans le cadre d'une fiducie et de la cession de créance professionnelle. Remarquons aussi une disposition propre à la question, sensible en pratique, de la cession de créance future. Cette dernière n'opère qu'au jour de la naissance de la créance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers²². En outre, l'article 1324 témoigne de la volonté des promoteurs de la réforme de limiter les contraintes pour les opérateurs en ce qu'il énonce que, pour être opposable au débiteur cédé, le transfert doit dorénavant lui avoir été simplement notifié, étant entendu que l'opposabilité est également assurée lorsqu'il en aura « *pris acte* ». Et de fait, ces conditions sont très assouplies par rapport à l'actuel article 1690. Enfin, l'article 1324 du Code civil écarte toute nécessité d'une notification dès lors que le débiteur a d'ores et déjà consenti à la cession.

22.- Cession de dette. Jusqu'ici absente du Code civil, la cession de dette y fait une entrée remarquée. Il s'agit là d'une réelle innovation, puisque le Code civil, à la différence d'autres systèmes, n'accordait jusqu'ici aucune place à cette opération qui permet à un débiteur de se libérer d'une dette en donnant à son créancier un autre débiteur. En outre, la jurisprudence en la matière n'apparaissait pas des plus claires et laissait place à de nombreuses interprétations²³. L'on se réjouira donc que l'article 1327 du Code civil pose le principe même de la validité de l'opération tout en soulignant qu'elle ne peut intervenir qu'avec l'accord du créancier cédé. Signe évident de souplesse, l'accord visé, qui se justifie par l'importance de la personne du débiteur pour le créancier, est susceptible d'intervenir par anticipation et non exclusivement au moment de la cession. Si le créancier accepte de donner son accord par anticipation et qu'il n'intervient pas à l'acte de cession, ladite cession ne saurait lui être opposée tant qu'elle ne lui a pas été notifiée ou qu'il n'en a pas pris acte. Symétriquement, il ne peut s'en prévaloir tant que ces événements ne sont pas survenus. Concernant l'épineuse question de l'effet libératoire de la cession de dette, l'article 1327-2 du Code civil pose des règles dénuées d'ambiguïté : « *Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. À défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette* ». De son côté, le nouvel article 1328-1 du Code civil traite de la problématique essentielle du sort des sûretés, tant réelles que personnelles, en distinguant de manière nette la situation où le créancier originaire est libéré ou ne l'est pas. Ainsi, le texte énonce que : « *Lorsque le débiteur originaire n'est pas déchargé par le créancier, les sûretés*

²² . C. civ., art. 1323, al. 4.

²³ . Voir notamment sur cette question, F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, spéc. n° 1308.

subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord ».

23.- Cession de contrat. Très importante également en pratique à l'instar de la cession de dette, la cession de contrat est enfin introduite dans le Code civil. Certes, la notion avait bien été reconnue çà et là par le législateur, mais la jurisprudence ne parvenait pas à se fixer sur le régime général de cette convention²⁴. Dorénavant, les articles 1216 et suivants du Code pallient cette carence et consolident ainsi l'institution. L'on relèvera tout particulièrement ici que le contrat ne peut être cédé qu'avec l'accord du cocontractant, étant entendu que la cession doit faire l'objet d'un écrit. Cela dit, les conditions de validité ne semblent absolument pas dans le rigorisme dans la mesure où l'accord du cédé pourra bien intervenir à l'avance, y compris dans le contrat lui-même. Dans cette situation, il conviendra alors de lui notifier la cession afin d'assurer l'opposabilité de l'opération à son endroit. Le caractère opposable de l'acte se trouve également caractérisé lorsque le cédé prend acte de la cession. À la question cruciale de savoir si le cédant demeure tenu après la cession du contrat visé, l'article 1216-1 du Code civil donne une réponse claire et, surtout, en parfaite cohérence avec les règles précédemment énoncées en matière de cession de créance et de cession de dette, à savoir que :

« Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir.

À défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat ».

Il n'est pas inutile de souligner que c'est pour répondre aux inquiétudes de nombre de praticiens que l'ordonnance rappelle ici expressément que cette disposition est supplétive de volonté, peu important qu'il s'agisse par ailleurs du choix général opéré pour l'ensemble des dispositions de l'ordonnance. C'est dire que les différents intervenants demeurent libres d'organiser au gré des circonstances propres à chaque situation les conséquences de cette substitution d'un tiers à une partie. En prenant soin de conserver, ici encore, une harmonie avec les régimes respectifs de la cession de créance et de la cession de dette, les deux articles suivants complètent de manière pertinente le régime de la cession de contrat par des règles relatives à l'opposabilité des exceptions²⁵ et au sort des sûretés accessoires au contrat cédé²⁶. Sur ce dernier point, l'on relèvera notamment le souci de préserver toute la spécificité des

²⁴ . Voir notamment sur cette question, PH. MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, préc, n° 906 et s..

²⁵ . C. civ., art. 1216-2.

²⁶ . C. civ., art. 1216-3.

sûretés pour autrui dont l'efficacité ne saurait perdurer en l'absence de l'accord de leur constituant.

24.- Conclusion. Si la quête d'efficacité de la réforme paraît absolument essentielle, il ne faut pas passer sous silence que les textes nouveaux s'offriront bientôt à l'interprétation, souvent constructive, de la Cour de cassation. Mais, en la matière, les méthodes d'interprétation demeurent sensiblement identiques à elles-mêmes. En tout état de cause, elles ne seront pas fondamentalement différentes de celles qui prévalaient avant la réforme. Est-ce à dire que le droit des contrats sera, demain, à peu près le même que celui d'aujourd'hui, à savoir un droit plutôt libéral, mais soucieux de protéger les contractants les plus faibles ? Tout dépend de la manière dont le juge s'appropriera la réforme. À lui de combiner au mieux l'équilibre contractuel et l'efficacité contractuelle.

