

La formation du contrat et la réforme du droit des obligations Entre vices et vertus

Mustapha Mekki
Agrégé des Facultés de droit
Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité
Directeur de l'I.R.D.A.

1. **Influence des systèmes de *Common law* et codes savants** – Le projet de réforme entend redonner toute sa place à la formation du contrat au sein du Titre III du Livre III. En distinguant dans un Chapitre II une section 1 sur la conclusion du contrat et une section 2 sur la validité, le projet de réforme ne cache pas ses sources d'inspiration. Ce découpage typique des systèmes de *Common law* est aussi adopté par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, les Principes du droit européen du contrat, les Principes d'UNIDROIT et les divers projets français présentés en introduction¹. Cet enrichissement appréciable de la formation du contrat par un diptyque composé de l'existence du contrat et de sa validité n'est pas exempt de critiques.

2. **Vices et vertus du projet de réforme** – La formation du contrat est le parent pauvre du Titre III du Livre III. Les rédacteurs de 1804 n'ont pas jugé opportun d'intégrer au sein du Code civil des dispositions relatives à la conclusion du contrat, au processus contractuel, réduisant l'essentiel de la conclusion du contrat aux vices du consentement. Le contentieux naissant, la jurisprudence a su revivifier le Code par la construction d'un droit des contrats hors le Code civil en précisant par touches successives le régime juridique des pourparlers, de l'offre et de l'acceptation ou des contrats préparatoires. Le projet de réforme, conformément aux termes de la loi d'habilitation du 25 février 2015 qui souhaite consolider les « acquis jurisprudentiels » et rendre le droit français plus attractif en Europe et aux yeux des investisseurs étrangers², tente de remédier à ce vice originel du Code civil en intégrant un Chapitre II sur « La formation du contrat » débutant par une section 1 sur « la conclusion du contrat », suivi d'une section 2 sur la « validité du contrat » et d'une section 4 sur « les sanctions ». Cependant, conformément à la règle de Georges Bachelard sur la bipolarité des erreurs, un excès en chasse un autre car le projet de réforme semble avoir une conception relativement large de ce que recouvre la formation du contrat en y intégrant le « contenu » dans une sous-section 3 de la section 2 relative à la validité et en traitant de la caducité qui, par définition, suppose de se placer en cours d'exécution. Enfin, ce chapitre se clôture par une dernière sous-section consacrée aux contrats conclus par voie électronique qui est la simple reprise des articles 1369-1 et suivants du Code civil actuel, dont on peut remarquer la disproportion quantitative, témoin d'un législateur moderne qui ne sait plus aller à l'essentiel.

3. **De l'existence à la validité** – Au-delà de cette première impression de « fourre-tout », le projet, même s'il peut être perfectionné, est globalement satisfaisant. Le législateur a su faire preuve de modération. Ce chapitre 2 est d'ailleurs imprégné de l'esprit qui irradie

¹ Sur ce point, B. Haftel, La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, in Critiques constructives du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : parfaire sans défaire, sous la dir. M. Mekki, Gaz. Pal., édition spéc., 29 et 30 avril, n° 119 et 120, p. 8, spéc. n° 1.

² Sur cet esprit général, v. not. D. Mazeaud, Droit des contrats : réforme à l'horizon !, D. 2014, p. 291 ; J.-B. Seube, La réforme du droit des contrats vaut bien une ordonnance !, Journal des sociétés, n° 118, avril 2014, p. 8 et s. ; N. Molfessis, Droit des contrats : l'heure de la réforme, J.C.P. (G), n° 7, 16 Février 2015, doct. 199 ; M. Mekki, Réformer le droit des contrats. Du mythe à la réalité, <http://www.jean-jaures.org/Publications/Notes/Reformer-le-droit-des-contrats>

l'ensemble de la réforme : concilier au mieux l'efficacité économique et la justice contractuelle³. Cependant, si on peut se réjouir d'un processus contractuel qui est clarifié au moyen de dispositions globalement satisfaisantes faisant leur entrée dans le Code civil, on est frappé par la dose de complexité supplémentaire que le législateur entend consacrer concernant les conditions de validité.

En respectant l'ordre logique du projet de réforme, revenons sur ces deux pans de la formation du contrat. Autant les conditions relatives à l'existence du contrat sont clarifiées, autant celles relatives à sa validité sont complexifiées.

I. La clarification des conditions relatives à l'existence du contrat

4. Alors que le modèle de contrat de 1804 était un contrat conclu instantanément, le projet d'ordonnance intègre la réalité économique d'un processus contractuel qui le plus souvent s'inscrit dans la durée. Le projet distingue trois phases dans le processus d'échange des consentements : les négociations (sous-section 1), l'offre et l'acceptation (sous-section 2) et la promesse unilatérale et le pacte de préférence (section-section 3). Pour mieux rendre compte de ce processus de formation par étapes successives, il a paru plus judicieux dans cette présentation de distinguer d'abord les dispositions qui renvoient à la forme classique d'un échange instantané des consentements que traduisent les notions d'offre et d'acceptation (A) et les dispositions qui se rapportent davantage à l'idée de *punctation* du droit allemand, à savoir un contrat qui se forme par étapes successives (B).

A. L'échange instantané des consentements

5. L'échange instantané des consentements renvoie, tout d'abord et en amont, à l'idée qu'il ne devrait en principe y avoir aucune entrave ni de fond ni de forme, à la rencontre d'une offre et d'une acceptation. On devine ici les principes « premier » que sont la liberté contractuelle et la bonne foi hissés au rang de principe général du droit des contrats (1). En aval, cet échange des consentements va s'extérioriser par la rencontre de deux volontés, au moins, une offre et une acceptation (2).

1. En amont, les principes généraux du contrat

6. Le projet donne le « la » à l'ensemble du droit des contrats et spécialement au stade de la formation. Justice contractuelle et liberté contractuelle sont les piliers du temple contractuel dès la conclusion. La liberté contractuelle est encadrée et la bonne foi est pourvue d'une formule minimaliste.
7. **Liberté contractuelle encadrée** – Le principe de liberté contractuelle, principe premier, n'en est pas moins un principe relatif puisque l'alinéa 1^{er} en pose le principe et le second en pose les limites.
8. **Libertés et règles d'ordre public** – L'alinéa 1^{er} de l'article 1102 du projet dispose que : « *Chacune des parties est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». Cette disposition doit être rapprochée de l'article 1171 qui rappelle

³ V. not. Ph. Dupichot, *Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats*, Droit et patrimoine, n° 247, mai 2015, p. 32 et s., spéc. p. 40 et s.

le principe du consensualisme. On remarque qu'il n'est question des lois d'ordre public comme dans l'actuel article 6 du Code civil, dont on peut d'ailleurs se demander s'il disparaîtra du nouveau Code civil. Les « règles » permet de reconnaître l'existence à côté de l'ordre public textuel, formellement prévu par la loi, un ordre public virtuel ou judiciaire⁴, découvert par les juges. En outre, les bonnes mœurs disparaissent du projet, confirmant le déclin annoncé de la morale en droit des contrats⁵. En raison des nombreuses limites qui restreignent la liberté de conclure ou non un contrat (contrats forcés, imposés...), de choisir son cocontractant (droits de préemption, principe de non-discrimination⁶...), de déterminer le contenu du contrat (mentions obligatoires, clauses-types...) et de choisir la forme de son contrat (essor des conditions de forme ad validitatem...) il serait plus judicieux de débiter l'article en rappelant le « cadre normal » que sont les règles d'ordre public. La formule suivante paraît alors plus adaptée : *« Sauf dispositions impératives contraires, la liberté contractuelle emporte liberté de conclure ou non un contrat, la liberté de choisir son cocontractant, de déterminer le contenu du contrat et d'en choisir la forme »*⁷.

- 9. Droits et libertés fondamentaux et contrôle de proportionnalité** – La seconde limite se rapporte aux droits et libertés fondamentaux : la liberté contractuelle ne permet pas de porter *« atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché »*. L'existence même de cet alinéa peut être débattue car il marque l'entrée officielle et solennelle des droits et libertés fondamentaux au sein du Code civil et ne ravira certainement pas ceux qui critiquent cette vision européenne et « fondamentaliste » du droit⁸. Partant du principe que cette intégration est opportune car elle n'est que la consolidation d'un droit positif ancré dans l'ère de la fondamentalisation⁹, c'est la formule qui peut laisser dubitatif. En effet, sont exclus les droits et libertés fondamentaux non formels car non « reconnus par un texte ». Sont exclus également les droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes publiques et privées. Une interprétation *a contrario* de cet alinéa laisserait penser, soit que la liberté contractuelle ne peut jamais porter atteinte à ces « autres » droits et libertés fondamentaux ; sorte d'ordre public absolu indérogeable auquel le contrôle de proportionnalité est inapplicable ; soit, ce qui est peu probable, que la liberté contractuelle pourrait y porter atteinte sans contrôle de proportionnalité. L'alinéa devrait être ainsi rédigé : la liberté contractuelle ne permet pas de *« porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché »*.

⁴ Pour une illustration, v. Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2014, n° 13-13309 : D. 2015, p. 535, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki.

⁵ C. Pérès, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet) » : D. 2009, p. 381.

⁶ G. Rouhette proposant l'intégration d'un principe de non-discrimination, G. Rouhette, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations » : RDC 2007, p. 1393, spéc. n° 4.

⁷ Sur cette formule, v. déjà J. Ghestin, « Observations sur le projet de réforme en droit des contrats » : LPA 12 févr. 2009, p. 5 et s.

⁸ Pour une vue d'ensemble, L. Maurin, *Contrat et droits fondamentaux*, LGDJ, 2012. Dans une optique originale, v. A.-A. Hyde, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Essai d'une théorie*, thèse Paris 1, 2012.

⁹ Pour une étude d'ensemble de la jurisprudence, v. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^e éd., 2013, nos 549 et s., p. 409 et s., et les réf. citées.

10. Bonne foi minimaliste – Quant à la bonne foi, l'article 1103 opte pour une formule ressuscitée du passé : « les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi ». On pourrait tant de chose sur le caractère relativement sec de la formule. Il aurait pu être précisé qu'il s'agit d'un devoir et non d'une obligation contractuelle, qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public, quelles en sont les sanctions et y accoler peut être des principes supplémentaires tels que le principe de collaboration ou de cohérence¹⁰. Ce qui importe ici est de comprendre que cette disposition irradie à dire vrai l'ensemble de la section sur la formation. Cette formation du contrat ancrée sur le principe de bonne foi connaît de nombreuses applications qui se déclinent dans diverses dispositions du projet. L'article 1111 sur la négociation précontractuelle, l'obligation précontractuelle d'information de l'article 1129, la sanction de la réticence dolosive de l'article 1136 sont autant d'applications du principe de bonne foi.

2. En aval, la rencontre d'une offre et d'une acceptation

11. L'offre et l'acceptation – L'offre et l'acceptation figureraient à l'avenir au sein du Code civil aux articles 1113 et suivants. Chaque volonté est définie par le projet. L'offre « *comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et peut être faite à personne déterminée ou indéterminée. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation* » (1114 du projet). On peut regretter que le caractère ferme n'ait pas été repris dans la définition. On peut également suggérer que la référence aux « éléments essentiels » soit clarifiée. Ce sont les éléments essentiels à la validité du contrat projeté et non pas les éléments essentiels, au sens de cause catégorique, nécessaires à la seule qualification d'un contrat. Quant à l'acceptation, elle est définie à l'article 1119 du projet comme « *la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable* ». L'alinéa 2 confirme qu'une acceptation non conforme à l'offre est sans effet et constitue une offre nouvelle, dernière précision qui paraît à vrai dire superflue¹¹. Au-delà de cet effort de définition, le projet envisage de rappeler les principes qui gouvernent la force obligatoire de l'offre.

12. L'offre encadrée – C'est la liberté qui domine la question de l'offre car le législateur pose à l'article 1115 un principe de libre rétractation : « *elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à la connaissance de son destinataire* ». On peut immédiatement s'interroger sur le terme « *parvenue à la connaissance de...* ». Est-ce la réception de l'offre ou la connaissance du contenu par le destinataire qui doit être prise en compte ? Il est probable que ce soit plutôt la théorie de la réception. En outre, il serait opportun de déterminer précisément la date de prise d'effet de l'offre. Imaginons que le destinataire de l'offre en ait connaissance et l'accepte avant que cette dernière ne soit « parvenue à sa connaissance » la liberté de rétractation serait-elle remise en cause ? Dans le même esprit, une offre stipulée irrévocable pendant un certain délai peut-elle être « révoquée » avant qu'elle soit parvenue à la connaissance » du destinataire ? Si elle prend effet à ce jour, elle devrait pouvoir elle aussi être révoquée. Il serait appréciable de préciser qu'avant sa réception l'offre ne produit aucun effet¹². Cette liberté est cependant limitée. L'article 1116 précise en effet que l'offre « *ne peut être révoquée avant l'expiration du délai expressément*

¹⁰ Sur ces critiques, M. Mekki, Les principes généraux du droit des contrats dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, D. 2015, p. 816 et s.

¹¹ En ce sens égal., N. Molfessis, La formation du contrat, J.C.P. (G), supplément n° 21, 25 mai 2015, p. 6 et s., spéc. n° 9.

¹² B. Hafitel, La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, in Critiques constructives du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : parfaire sans défaire, sous la dir. M. Mekki, Gaz. Pal., édition spécialisée, 29 et 30 avril 2015, p. 8 et s., spéc. 18.

prévu, ou, à défaut, avant l'expiration d'un délai raisonnable ». Le législateur choisit le terme de révocation plutôt que celui de rétractation. Il serait plus simple de parler de rétractation dans les deux hypothèses. En outre, que faut-il entendre par un délai « expressément prévu » ? Faut-il entendre les délais simplement convenus, faisant l'objet d'une stipulation expresse, ou doit-on y intégrer également les délais imposés par la loi ? En outre, parmi les délais imposés par la loi, faut-il distinguer les délais d'irrévocabilité de l'offre et les délais de validité de l'offre ou partir du principe que tout délai imposé par la loi limite la liberté de rétractation ? Des précisions seraient bienvenues sur ce point. Quant à la sanction, le projet fait le choix d'une responsabilité extracontractuelle en cas de violation de l'article 1116 : « *La révocation de l'offre, en violation de l'obligation de maintien, prévue à l'article 1116, n'engage que la responsabilité extracontractuelle de son auteur, sans l'obliger à compenser la perte des bénéfices attendus du contrat* ». La réparation des seuls intérêts négatifs ne nécessite pas de développements particuliers. En revanche, n'aurait-on pas pu envisager que l'acceptation du destinataire dans le délai, même après rétractation, forme définitivement le contrat¹³ ? Ce n'est pas la position de la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁴. Une telle exécution forcée n'aurait été envisageable qu'à la condition de reconnaître l'engagement unilatéral de volonté, point sur lequel le projet d'ordonnance a choisi, malheureusement, de ne pas se prononcer alors que les arrêts se référant à une telle institution ne manquent pas¹⁵. Enfin, le projet prend une position surprenante sur la caducité de l'offre en cas de décès du pollicitant, gardant notamment le silence sur le cas où le destinataire lui-même décèderait¹⁶. La jurisprudence distingue actuellement l'offre avec délai de l'offre sans délai. Quant au sort de l'offre, les arrêts les plus récents semblaient considérer que l'offre n'est pas caduque¹⁷. Il n'en va plus de même avec le nouvel article 1118 alinéa 2 qui prévoit que l'offre est caduque « *en cas d'incapacité ou de décès de son auteur* ». Souvent présentée comme une illustration de l'engagement unilatéral de volonté, cette jurisprudence serait sans distinction remise en cause par la future réforme.

13. L'acceptation de l'offre – Tout d'abord, le projet introduit à bon escient des dispositions relatives aux conditions générales sources d'un contentieux important. L'article 1120 dispose que « les conditions générales invoquées par une partie n'ont 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 ». Avec raison, le projet insiste sur la nécessité d'une acceptation et non d'une simple connaissance ; précaution qui devrait limiter en amont le nombre des contestations. Le seul renvoi aux conditions générales devrait désormais ne plus suffire à établir l'acceptation du cocontractant. En revanche, l'alinéa 2 semble se tromper de cible. Il est précisé que « en cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet ». Comme cela a déjà été souligné il est assez rare en pratique que des conditions

¹³ En ce sens, B. Haftel, op. cit., n° 22.

¹⁴ Cass. 3^{ème} civ., 7 mai 2008, n° 07-11690, Bull. civ. III, n° 79.

¹⁵ V. not. Cass. 1^{re} civ., 28 novembre 2012, n° 11-20674.

¹⁶ Cass. 3^{ème} civ., 5 novembre 2008, n° 07-16505 : l'offre est caduque. B. Haftel, op. cit., n° 23, propose de limiter cette caducité au seul cas d'un contrat projeté qui le serait intuitu personae.

¹⁷ Cass. 3^{ème} civ., 9 nov. 1983, Bull. civ. III, n° 222 ; 10 décembre 1997, Bull. civ. II, n° 223 ; Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2014, n° 13-16529, FS-PBI, D. Panorama, 2015, p. 529, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki ; R.D.C., 2015, p. 33, note R. Libchaber ; D. 2014, p. 1574, note A. Tadros ; R.D.C., 2014 n° 4, p. 601 et s., note Y.-M. Laithier ; R.T.D. civ., 2014, p. 877 et s., obs. H. Barbier ; J.C.P. (N), mars 2015, à paraître, obs. M. Mekki. Contra, Cass. 3^{ème} civ., 10 mai 1989, R.T.D. civ., 1990, p. 69, obs. J. Mestre.

générales soient invoquées de part et d'autre. Il est vrai que le plus souvent l'une des parties présentent à l'autre des conditions générales appliquées à l'ensemble de ses contrats. En revanche, il aurait opportun d'aborder la question de la contradiction entre les conditions générales et des conditions particulières. La jurisprudence fait dans ce cas prévaloir ces dernières. Ensuite, le projet consacre la jurisprudence qui rappelle régulièrement que le silence ne vaut pas à lui seul acceptation sauf circonstances particulières. L'article 1121 dispose que « le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières ». En outre, l'article 1122 du projet abandonne la théorie de l'émission¹⁸, formation du contrat au jour de l'expédition de l'acceptation, pour lui préférer la théorie de la réception, formation au jour de la réception de l'acceptation : « *Le contrat est parfait dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé conclu au lieu où l'acceptation est parvenue* ». Cette clarification est la bienvenue face à une jurisprudence qui manque parfois de cohérence. Pour ne prendre que quelques exemples, un arrêt rendu par la Cour de cassation avait jugé que le contrat n'est définitivement formé qu'au jour de la « connaissance » par le pollicitant de l'acceptation¹⁹. Un autre arrêt du 17 septembre 2014 a jugé que le pollicitant pouvait rétracter son offre faite dans le cadre d'une déclaration d'intention d'aliéner tant que l'acceptation du titulaire du droit de préemption ne lui avait pas été notifiée²⁰. Enfin, l'article 1123 fait entrer au sein du Code civil les deux mécanismes préventifs de protection du consentement : le délai de réflexion et le délai de rétractation. L'alinéa 2 précise le mécanisme du droit de rétractation. Le délai de rétractation, légal ou conventionnel autorise de manière discrétionnaire, « sans motif à fournir », son titulaire à rétracter son consentement au contrat. Quant à l'alinéa 1^{er} est plus contraignant : « Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de réflexion, le destinataire de l'offre ne peut consentir efficacement au contrat avant l'expiration de ce délai ». De nouveau, dans le cas du délai de réflexion, il serait plus en phase avec la liberté contractuelle de prévoir que, pour les délais conventionnels, les parties peuvent en décider autrement²¹.

14. La clarification, perfectible, apportée par le projet de réforme aux questions relatives à l'offre et à l'acceptation, peut également être observée lorsqu'il aménage les étapes successives qui peuvent venir rythmer l'échange des consentements.

B. L'échange des consentements par étapes successives

15. L'échange des consentements par étapes successives renvoie à l'hypothèse où le processus de formation ne se content par d'une rencontre instantanée d'une offre et d'une acceptation mais est précédée d'une phase de négociation. Cette phase de négociation peut intervenir en dehors de tout contrat, c'est la période dite des pourparlers (1), soit

¹⁸ Théorie de l'émission, Cass. com., 7 janvier 1981, *Bull. civ.* 1981, IV, n° 14

¹⁹ Cass. 3^{ème} civ., 16 juin 2011, *Bull. civ.* III, n° 103 : « *la formation du contrat était subordonnée à la connaissance de l'acceptation de l'offre par le pollicitant* ». Arrêt de portée limitée car il est vrai qu'il s'agissait d'une disposition spéciale qui applique formellement la théorie de la réception (art. L. 412-8 C. rur.).

²⁰ Cass. 3^{ème} civ., 17 septembre 2014, n° 13-21824, F-P+B ; R.T.D. civ., 2014, p. 879 et s., obs. H. Barbier ; J.C.P. (N), mars 2015, à paraître, obs. J. Payet.

²¹ N. Molfessis, op. cit., n° 14, qui est en faveur d'une suppression pure et simple de toute référence au délai conventionnel de réflexion.

dans un cadre contractuel, ce sont les contrats préparatoires souvent mal nommé avant-contrats (2).

1. Consolidation dans la phase non contractuelle de la négociation

L'article 1111 alinéa 1^{er} du projet est le symbole de l'équilibre qui règne au sein du droit des contrats que cristallisent d'ailleurs les articles 1102 et 1103 : Liberté et loyauté. L'article 1111 dispose en effet que « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». Le projet ne fait que consacrer la jurisprudence qui pose un principe de libre rupture des pourparlers et un devoir de négocier de bonne foi et de ne pas rompre brutalement les pourparlers. L'alinéa 2 précise alors à quelles conditions la responsabilité extracontractuelle des partenaires peut être engagée. Si la rupture n'est jamais en elle-même fautive, les circonstances de la rupture peuvent être fautives, circonstances qui peuvent résider dans le fait d'une rupture brutale et sans motifs légitimes ou faisant suite à un comportement déloyal²². Dans cette hypothèse, le partenaire victime ne pourra pas obtenir de dommages et intérêts ayant « pour objet de compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu (intérêts positifs), il ne pourra obtenir réparation que des seuls intérêts négatifs rétablissant la victime dans l'état où elle serait s'il n'y avait pas eu ces négociations (dépenses, frais, atteinte à l'honneur, à la réputation...), conformément à la jurisprudence initiée par l'arrêt Manoukian²³. Si le principe n'est pas contestable, les termes peuvent être corrigés. Notamment l'alinéa 2 n'évoque plus l'initiative de la négociation laissant penser qu'aucune faute ne peut être retenue à ce stade, ce qui n'est pas manifestement pas dans l'intention du législateur. Enfin, il faut préciser que la perte de bénéfices attendus d'un contrat qui aurait pu se conclure avec un tiers peut en revanche faire l'objet d'une réparation car le lien de causalité peut dans ce cas être établi entre des circonstances fautives (avoir laissé perdurer inutilement des pourparlers) et la perte de chance de conclure le contrat avec un tiers²⁴.

16. Si le projet se content surtout de consolider la jurisprudence acquise dans la phase non contractuelle de la négociation, elle est plus innovante dans la phase contractuelle de la négociation.

2. Innovation dans la phase contractuelle de la négociation

17. Le projet d'ordonnance renforce la sécurité juridique des contrats préparatoires, même si on peut regretter que tous les contrats préparatoires n'aient pas mérité son attention (accords de principe, accords partiels, promesse synallagmatique de contrat²⁵...). Deux contrats préparatoires ont fait leur entrée dans cet écrin précieux du Code civil dans une sous-section 3 : la promesse unilatérale de contrat (art. 1124) et le pacte de préférence (art. 1125).

18. **La force obligatoire de la promesse unilatérale restaurée** – L'article 1124 du projet consacre pour la première fois une disposition spécifique à la promesse unilatérale de contrat, fruit de la pratique et jusqu'ici essentiellement, sauf exceptions²⁶, régie par la

²² Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, Droit des obligations, 13^{ème} édition, Lexisnexis, 2015, n° ???.

²³ Cass. com., 26 novembre 2003, n° 00-10243 et n° 00-10949. Conf. Cass. 3^{ème} civ., 28 juin 2006, n° 04-20040.

²⁴ En ce sens, déjà, Ph. Stoffel-Munck, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 28 juin 2006, J.C.P. (G), 2006, I, 166.

²⁵ V. égal. en ce sens, P. Puig, Négociation et avant-contrats, in Dossier réforme du droit des contrats, Journal des sociétés, n° 118, avril 2014, p. 16 et s., spéc. p. 19. Des dispositions sur la clause de réitération des consentements devant notaire « essentialisée » par les parties auraient aussi été bienvenues dans l'article 1305 du projet.

²⁶ V. par ex. art. 1589-2 C. civ. (anc. Art. 1840 A CGI) ; art. L. 290-1 CCH...

jurisprudence. Après une définition proposée à l'alinéa 1^{er}, le projet entend à l'alinéa 2 de l'article 1124 « combattre la jurisprudence » initiée par la troisième Chambre civile. S'agissant de la définition, l'article 1124 alinéa 1^{er} dispose que « La promesse est le contrat par lequel une partie, le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, le droit, pendant un certain temps, 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 ». On peut regretter que l'accent soit mis sur le droit d'option du bénéficiaire alors qu'il aurait été judicieux d'insister sur le consentement du promettant. La formule suivante conviendrait davantage : « le promettant s'engage définitivement au profit d'une autre, le bénéficiaire, à conclure un contrat dont les éléments essentiels à sa formation sont déterminés et pour la conclusion duquel le bénéficiaire dispose d'une option ». Quant à la force obligatoire de la promesse unilatérale de contrat, dont le modèle reste la vente, le promettant ne peut plus révoquer sa promesse pendant le délai convenu entre les parties : « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* ». Par cette formule, le projet d'ordonnance doit mettre fin à ce courant jurisprudentiel, d'abord fondé sur l'article 1142 du Code civil²⁷ puis sur les articles 1101 et 1134 du Code civil²⁸, selon lequel la rétractation du promettant avant la levée de l'option se résout par l'octroi de simples dommages et intérêts. De cette manière, le projet d'ordonnance donne toute sa portée au principe d'exécution forcée en nature consacrée par ailleurs à l'article 1121 du projet.

- 19. La violation d'une promesse unilatérale par un tiers sanctionnée** – L'article 1124 alinéa 3 du projet prévoit que « *Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* ». Il serait plus exact de dire que le contrat « est annulable » ou « peut être annulé ». La sanction de la nullité a été préférée à celle de l'inopposabilité en raison de la gravité de la situation. Rappelons aussi que des dommages et intérêts sont toujours possibles en cas de préjudice, ce que prévoit l'article 1125 pour le pacte de préférence et ce qui devrait aussi être précisé à l'article 1124 pour le cas de la promesse unilatérale de contrat. Cette nullité emporte des conséquences pratiques importantes, notamment en matière immobilière. Le notaire doit garantir la validité et l'efficacité juridiques des actes qu'il instrumente. Il doit également refuser tout acte contraire notamment à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, les actes frauduleux, les actes accomplis par des personnes manifestement incapables. S'il a connaissance d'une promesse unilatérale de vente antérieure à l'acte qu'il est invité à instrumenter, il doit refuser au risque d'engager sa responsabilité. Une incohérence peut ici être relevée entre le traitement de la promesse unilatérale par le projet et la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation à propos de la promesse synallagmatique de vente. En effet, depuis une série d'arrêts rendus par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, il est jugé qu'en cas de conflit entre acquéreurs successifs d'un même bien immobilier, l'emportera celui qui aura publié l'acte translatif le premier, quand bien même son auteur serait de mauvaise foi²⁹. Une application objective des règles de publicité foncière est consacrée revenant ainsi sur une jurisprudence qui empêchait autrefois le tiers acquéreur de mauvaise foi de s'en prévaloir. Cette analyse est confirmée par la lecture de l'article 1201 alinéa 3 du projet qui, entre crochets en attendant probablement les fruits de la consultation lancée par le ministère de la justice, prévoit que « *le transfert de la propriété immobilière et des autres droits réels immobiliers est opposable aux tiers dans les conditions fixées par les lois sur la publicité foncière. Des lois*

²⁷ Cass. 3^{ème} civ., 15 déc. 1993, Bull. civ. III, n° 174.

²⁸ Cass. 3^{ème} civ., 11 mai 2011, D. 2012, Panorama, p. 459, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki.

²⁹ Cass. 3^{ème} civ., 10 février 2010, Bull. civ. III, n° 41 ; Cass. 3^{ème} civ., 12 janvier 2011, Bull. civ. III, n° 5. Pour une étude d'ensemble, B. de Bertier-Lestrade, Retour sur la mauvaise foi dans les règles de publicité foncière et les règles de conflits d'actes, D. 2011, p. 2954.

particulières règlent l'opposabilité aux tiers du transfert de la propriété de certains meubles ». Surtout, la Cour de cassation en tire toutes les conséquences : le notaire qui a connaissance d'une promesse synallagmatique conclue mais non publiée antérieurement à l'acte de vente pour lequel il est aujourd'hui sollicité ne peut refuser d'instrumenter³⁰. L'acte de vente, qu'il est invité à instrumenter sur le bien ayant fait l'objet antérieurement d'un « compromis de vente », est parfaitement licite et rien n'autorise cet officier public à ne pas prêter son concours. Si l'article 1124 alinéa 3 du Code civil était maintenu, l'existence d'une promesse unilatérale de vente antérieure, qui par définition engage moins qu'une promesse synallagmatique de vente, serait un obstacle à la conclusion d'un contrat avec un tiers de mauvaise foi et le notaire devrait refuser d'instrumenter. Ce n'est pas alors au législateur de changer l'article 1124 alinéa 3 du projet mais à la Cour de cassation de changer de cap par souci de cohérence.

20. La force obligatoire du pacte de préférence – Quant au pacte de préférence, le projet lui accorde un article 1125. Après une définition proposée à l'alinéa 1^{er}, l'alinéa 2 traite des conséquences de la violation d'un pacte de préférence.

S'agissant de la définition, l'article 1125 alinéa 1^{er} dispose que « *Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle se déciderait de contracter* ». Pour de pures raisons de forme une autre formule pourrait être proposée : « *le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie accorde un droit de priorité à une autre, appelée bénéficiaire, ayant pour objet la conclusion d'une convention pour le cas où elle déciderait de contracter* ».

Au-delà d'une définition perfectible, sans grands enjeux, l'article 1125 alinéa 2 prévoit qu'en cas de conclusion d'un contrat avec un tiers qui connaissait l'existence du pacte de préférence, le bénéficiaire du pacte peut demander au juge la nullité ou à être substitué dans les droits du tiers. Il peut également demander réparation du préjudice subi. Le projet d'ordonnance modifie quelque peu l'état du droit positif. Actuellement, en cas de simple connaissance de l'existence du pacte de préférence par un tiers, le bénéficiaire ne peut obtenir de lui que de simples dommages et intérêts sur un fondement extracontractuel. En revanche, si le bénéficiaire parvient à établir que le tiers avait connaissance non seulement de l'existence du pacte de préférence mais également de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, il peut alors demander la nullité ou être substitué dans les droits du tiers³¹. Cette double preuve difficile est souvent qualifiée de *probatio diabolica*. Avec le projet d'ordonnance, la règle est simplifiée car la simple connaissance de l'existence du pacte devrait suffire³². Cependant, de nouveau, la cohérence avec la jurisprudence relative aux promesses synallagmatiques de vente n'est pas respectée. Actuellement, si le notaire a connaissance de l'existence d'un pacte de préférence et qu'il est sollicité pour conclure un acte de vente en violation de ce pacte, il doit refuser d'instrumenter pour préserver les droits du bénéficiaire³³. Encore une fois, il paraît difficile d'admettre que le notaire ne puisse pas instrumenter un acte de vente en violation d'un pacte de préférence, alors qu'il ne peut pas refuser d'instrumenter un acte de vente en violation d'une promesse de vente qui vaut vente !

³⁰ Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2012, Bull. civ. I, n° 273.

³¹ Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, Bull. civ. n° 4.

³² V. Ph. Dupichot, Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats, op. cit., p. 32 et s., spéc. p. 37 qui se demande si par souci de cohérence la substitution ne devrait pas être étendue à la violation par le tiers de la promesse unilatérale de contrat.

³³ Cass. 1^{re} civ., 11 juillet 2006, Bull. civ. I, n° 389, J.C.P. (G), 2006, II, 10191, note M. Mekki ; D. 2006, 2510, note P.-Y. Gautier.

- 21. L'action interrogatoire et le pacte de préférence** – Enfin, le projet prévoit de consacrer un mécanisme qui devrait contribuer à sécuriser cette période « précontractuelle » puisque le tiers qui « *présume l'existence d'un pacte de préférence* » peut « en demander confirmation par écrit au bénéficiaire dans un délai raisonnable » (al. 3). Le notaire devra veiller à ce que cette « action interrogatoire » respecte les formes prévues à l'alinéa 4 : « *Cet écrit mentionne en termes apparents qu'à défaut de réponse, le bénéficiaire du pacte de préférence ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers, ni la nullité du contrat, à moins que le pacte ne contienne une clause de confidentialité* ». Cette action interrogatoire ou interpellatoire risque de ne pas être en pratique très efficace. Tout d'abord, s'il s'agit d'une simple faculté, on peut craindre qu'un tiers, pour ne pas s'exposer à l'exercice par le bénéficiaire de son droit de priorité, fasse comme s'il n'avait pas connaissance du pacte et conclut malgré tout le contrat en violation du pacte de préférence. En faire une obligation comme le suggère certains auteurs permettrait de limiter ce risque³⁴. Ensuite, l'hypothèse particulière d'un pacte de préférence comportant une clause de confidentialité et conférant au bénéficiaire le droit de ne pas répondre au tiers n'est pas justifiée et sera, au contraire facteur d'insécurité pour un tiers qui aura cru avec certitude que le bénéficiaire ne pourrait pas exercer ses droits. Enfin, les modalités de mise en œuvre de cette action manquent de précision et pourraient susciter un contentieux. Par anticipation, il faudrait indiquer la nature de cet écrit (signification ou lettre recommandée avec avis de réception) et le délai accordé au bénéficiaire. Quinze jours paraissent raisonnables.
- 22.** Si le projet d'ordonnance vient, globalement, clarifier ce « no man's land juridique », selon l'expression de Denis Mazeaud, qu'est le processus de conclusion du contrat, il se montre plus hésitant et plus polémique lorsqu'il s'agit de ses conditions de validité.

II. La complexification des conditions de validité du contrat

- 23.** Les conditions de validité du contrat font l'objet d'une enflure législative. Cette diversification des conditions de validité s'accompagne d'une modernisation du droit des sanctions (B) au prix d'une certaine complexification.

A. La diversification des conditions de validité du contrat

- 24.** Pour présenter les conditions de validité, on peut par souci pédagogique distinguer les conditions subjectives, qui se rapportent à la qualité du consentement (1), et les conditions objectives, qui renvoient au « contenu du contrat » (2).

1. Les conditions subjectives de validité : la qualité du consentement

- 25.** Respectant l'objectif du législateur, le projet souhaite être sobre de nouveautés et consolider plus qu'innover³⁵. Le droit des vices du consentement répond à cette attente. L'essentiel relève d'une simple consolidation. La seule innovation portant sur l'extension du champ de la violence est cependant très polémique.

- 26. Consolidation des vices du consentement** – Le projet d'ordonnance fait le choix de rationaliser le droit des vices du consentement. A ce titre, un article 1130 fait office

³⁴ N. Molfessis, op. cit., n° 18.

³⁵ Ne seront pas ici traitées les dispositions relatives à la capacité et à la représentation sous-section 2 qui pour l'essentiel consolident la jurisprudence. Sur la représentation, v. G. Wicker et N. Ferrier, La représentation, J.C.P. (G), supplément au n° 21, 25 mai 2015, p. 27 et s.

d'introduction : « *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* (al. 1). *Leur caractère déterminant s'apprécie en regard aux personnes et aux circonstances de l'espèce* ». Le caractère déterminant est apprécié *in concreto*. Le traitement unique du caractère déterminant évince toute distinction entre dol principal (nullité) et dol incident (dommages et intérêts) parfois proposée par certains auteurs.

S'agissant de l'erreur, les articles 1131 à 1135 du projet lui sont consacrés. L'erreur porte sur les qualités essentielles de la « prestation », autrement dit des deux parties. Elle doit être excusable et peut être de droit ou de fait (art. 1131). Il n'est pas certain qu'une référence à l'erreur de droit soit une bonne option. Au-delà de l'insécurité juridique soulevée par certains auteurs³⁶, elle est surtout analysée comme une erreur sur les qualités substantielles, là où la jurisprudence la qualifie parfois d'erreur-obstacle, absence de consentement. La définition des qualités essentielles à l'article 1132 n'est pas en adéquation parfaite avec le droit positif qui exige que la qualité attendue par une partie soit connue de l'autre. Un changement de cap ne serait pas justifié³⁷. « L'aléa contractuel chasse l'erreur » (art. 1132 al. 3). L'erreur sur les motifs est une cause indifférente à moins que « *les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement* » (art. 1134 al. 1^{er}) et réservant le cas de « *l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé* » qui est une cause de nullité (art. 1134 al. 2). L'erreur sur la valeur qui est « une appréciation économique inexacte » est également indifférente (art. 1135). Sur ces trois derniers points, les « acquis jurisprudentiels » sont simplement consolidés. Fallait-il intégrer une disposition sur l'erreur-obstacle, absence de consentement ? Certains auteurs le préconisent³⁸. Son absence réside certainement dans la volonté de ne pas alourdir une partie du Code déjà plus dense qu'auparavant avec, qui plus est, une question qui suscite encore la discussion. Ce silence n'empêchera pas la jurisprudence de consacrer ces cas exceptionnels d'erreur-obstacle.

Quant au dol, il est régi par les articles 1136 à 1138. L'article 1136 le définit maladroitement comme « *le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres, des mensonges ou par la dissimulation intentionnelle d'une information qu'il devait lui fournir conformément à la loi* ». Par souci de cohérence, il serait préférable, en harmonie avec les autres dispositions, de parler de la partie et non du « contractant »³⁹. La dissimulation intentionnelle, même si la formule peut paraître un peu lourde car pléonastique⁴⁰, est destinée à rappeler que si l'intention est présumée en cas de mensonge, elle doit être établie en cas de réticence dolosive. En revanche, la référence faite à une information qu'il devait lui fournir conformément à la loi est maladroite. On comprend qu'elle renvoie à l'article 1129 du projet posant désormais un devoir général d'information précontractuelle⁴¹ mais cette disposition n'est pas à l'abri d'une autre interprétation qui réduirait de manière préjudiciable le champ d'application de la réticence dolosive. En outre, les précisions, apportées par l'article 1137 sur le représentant, gérant d'affaires, préposé et porte-fort du contractant, ne sont pas nécessaires. Rappelons nous les sages conseils de Portalis et veillons à ne pas confondre la science du législateur, qui s'exprime par des maximes générales, et la science du magistrat, adaptant le texte aux cas particuliers. Quant à la complicité du tiers, l'article 1137 *in fine* dispose que le dol est constitué « lorsqu'il émane d'un tiers, si le cocontractant en a eu connaissance et en a tiré

³⁶ R. Boffa, La validité du contrat, in *Critiques constructives...*, op. cit., p. 18 et s., spéc. n° 12.

³⁷ En ce sens déjà, R. Boffa, *Ibid*, n° 10.

³⁸ R. Boffa, La validité du contrat, op. cit., spéc. n° 4.

³⁹ Sur ce point, J. Klein, Le consentement, J.C.P. (G), supplément au n° 21, 25 mai 2015, p. 14 et s., spéc. n° 7.

⁴⁰ *Ibid*, sans intention il n'y a pas dissimulation mais omission.

⁴¹ On peut d'ailleurs se demander si l'article 1129 du projet n'aurait pas plutôt sa place dans la Section 1 sur l'existence du contrat.

avantage». La référence à l'avantage plutôt qu'à l'altération du consentement du cocontractant peut être source de futures controverses⁴². La seule collusion frauduleuse entre le tiers et le cocontractant devrait suffire. Enfin, l'article 1138 énonce que « l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable⁴³ ; elle est cause de nullité relative alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat ». Que l'erreur provoquée soit quelconque est un rappel d'une jurisprudence bien acquise. En revanche, le législateur fait le choix d'inscrire dans le marbre le caractère toujours excusable du dol sans distinction⁴⁴. Il est vrai que la question fait encore débat dans la doctrine et à la lecture de certains arrêts⁴⁵. On peut cependant apprécier que le législateur prenne une position radicale et sans ambiguïté sur une question cruciale source d'un contentieux abondant. Il ne peut y avoir obligation de se renseigner en cas de dol par manœuvres ou par « dissimulation intentionnelle d'une information ».

27. L'innovation par extension du champ de la violence – Les articles 1139 à 1142 sont exclusivement consacrés au vice de violence. La définition de l'article 1139 du projet clarifier le vice de violence en la définissant par l'exercice d'une contrainte qui inspire une crainte. L'hypothèse particulière d'une menace d'une voie de droit est traitée à l'article 1140. Il n'est certain que ce détail soit si important qu'il mérite une disposition spéciale. Il est également rappelé que la violence peut provenir d'une partie ou d'un tiers (art. 1141). L'innovation majeure vient principalement de l'article 1142 qui dispose que « il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse ». On peut, tout d'abord, douter de la qualification de violence qui jure avec le reste de la définition. Il ne s'agit pas au sens de l'article 1139 combiné à l'article 1141 d'un engagement « sous la pression d'une contrainte » exercée « par une partie ou par un tiers ». Il aurait été plus cohérent de consacrer une disposition spécifique à ce nouveau vice du consentement qu'il soit qualifié de lésion qualifiée ou d'abus de faiblesse. Ensuite, on peut regretter cette référence dangereuse à une notion déjà difficile à saisir en droit pénal qu'est l'état de nécessité. S'il s'agit de faire entrer dans les prévisions de cette disposition les cas de personnes vulnérables pour des raisons intellectuelles, sociales ou physiques, il suffit d'avoir une conception large de la notion de « dépendance ». Enfin, parmi les indices permettant d'établir cette exploitation abusive d'un état de dépendance la jurisprudence de la Cour de cassation faisait état d'un profit illégitime ou plus précisément d'un « *mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne* »⁴⁶. Il n'est pas inutile de réintégrer cette référence à un déséquilibre significatif qui permettrait d'éviter que certains abusent de cette technique pour tenter d'échapper à leurs engagements. A ces conditions, il faut féliciter le législateur⁴⁷ d'avoir consacré une institution connue de nombre de nos voisins européens et consacré par de nombreux codes savants.

28. Si, globalement, les conditions subjectives de validité ont été rationalisées, il n'en va pas de même des conditions objectives qui s'appuient sur des choix plus que douteux.

2. Les conditions objectives de validité : le contenu du contrat

⁴² En ce sens égal., J. Klein, op. cit., n° 7.

⁴³ Comment concilier ce principe avec l'article 1129 sur l'obligation précontractuelle d'information qui réserve le cas où l'autre partie n'ignore pas légitimement cette information ?

⁴⁴ Pour une critique, J. Klein, Ibid.

⁴⁵ V. par ex. Cass. 3^{ème} civ., 8 octobre 2014, n° 13-18150.

⁴⁶ Sur cette jurisprudence, v. not. Cass. 1^{re} civ., 3 avril 2002, Bull. civ. I, n° 108.

⁴⁷ Disposition formellement défendue par la loi d'habilitation, art. 8 2° de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015.

29. Les conditions objectives renvoient à l'énigmatique « contenu du contrat ». Ce contenu peut désigner deux séries de dispositions : celles qui se rapportent à l'obligation principale et celles qui se rapportent à certaines clauses contractuelles.

30. La consécration de l'énigmatique « contenu » - Le projet a fait le choix de substituer à la notion d'objet et de cause celle de contenu du contrat⁴⁸. L'article 1127 3° évoque « un contenu licite et certain ». L'article 1161 dispose ainsi que « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». L'objet n'a pas réellement disparu car l'article 1162 y fait référence lorsqu'il dispose que « *L'obligation a pour objet une prestation présente ou future* »⁴⁹. Pourquoi la prestation et pas la chose : coquetterie de modernité ? Plus intéressant est l'article 1163 relatif au prix. Cet article dispose que « *dans les contrats cadre et les contrats à exécution successive, il peut être convenu que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation* ». Remarquons tout d'abord que le champ d'application est plus restreint que les arrêts du 1^{er} décembre 1995 qui s'adressaient à l'ensemble des contrats. Désormais, et par une interprétation a contrario, la fixation unilatérale du prix dans les autres contrats ne serait plus envisageable ! Quant à la sanction, l'alinéa 2 énonce que « *en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à voir réviser le prix en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties, ou à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat* ». Notons le pouvoir de révision important attribué au juge par référence à des standards qui poseront peut-être à l'avenir autant de difficultés que la cause « les prix du marché, les attentes légitimes des parties... ». L'article 1164 règle alors le cas des contrats de prestation de service (contrat d'entreprise certes mais aussi contrat de travail ? contrat de dépôt ?) pour lesquels le prix peut être fixé par le créancier à défaut d'accord avant leur exécution à condition d'en justifier le montant. « *A défaut d'accord, le débiteur peut saisir le juge afin qu'il fixe le prix en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties* ». Pourquoi glisser en droit commun des contrats, une disposition spéciale sur le « contrat de prestation de services » ?

Ce qui importe le plus c'est la disparition de la cause. Même s'il y a peu de chance que le législateur réintroduise la notion de cause, quelques mots sommaires pour en critiquer la suppression. La cause, instrument de justice contractuelle, cause de l'obligation appréciée objectivement, et instrument de contrôle de la licéité et de la moralité du contrat, cause du contrat appréciée de manière subjective par référence au but poursuivi par les parties, a été supprimée parce qu'elle serait trop complexe. Cette complexité rendait difficile l'exportation du modèle français et cette complexité isolait le droit français des autres systèmes juridiques européens. Tout d'abord, la cause n'est pas plus complexe que la notion de fraude, de restitution, de force majeure ou de bonne foi. Faut-il pour autant supprimer toutes ces notions fondamentales de notre droit des contrats ? Dire qu'elle est une position singulière du droit français c'est ignorer le succès qu'elle a rencontré et qu'elle rencontre encore dans de nombreux pays notamment d'Amérique latine. En outre, la notion disparaît peut-être mais ces fonctions demeurent : le « but » de l'article 1161 n'est rien d'autre que la cause du contrat. Quant à la référence à l'article 1167 du projet à une « *contrepartie convenue (...) illusoire ou dérisoire* » qu'est-ce si ce n'est la cause de l'obligation. Quant à l'article 1168 qui répute non écrite toute clause qui « *prive de sa*

⁴⁸ E. Savaux, Le contenu du contrat, J.C.P. (G), supplément au n° 21, 25 mai 2015, p. 20 et s. qui souligne que la référence faite au contenu dans le projet d'ordonnance n'a rien de commun avec celle de contenu retenue dans les codes savants, spéc. n° 2, p. 21.

⁴⁹ Pour un ensemble de propositions pertinentes relatives à l'objet dans le projet d'ordonnance, v. R. Boffa, La validité..., op. cit., spéc. p. 22, n° 22.

substance l'obligation essentielle du débiteur », n'est-ce pas la cause appliquée aux clauses relatives à la réparation par la célèbre affaire Chronopost⁵⁰. N'est-il pas plus pédagogique et de manière stratégique pour l'exportation d'avoir un concept qui rend compte de ces diverses techniques dispersées au sein du projet ? Le débat n'est pas clos auprès de la doctrine⁵¹ mais les portes semblent être bien fermées du côté du législateur.

31. La chasse aux clauses excessives – La première série de clauses excessives est visée à l'article 1168 du projet. Il s'agit de la consécration de la jurisprudence Chronopost du 22 octobre 1996⁵². L'article dispose que « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Même si la formule aurait pu être améliorée en évoquant une clause « *qui contredit la portée de l'engagement* », car elle devient source d'insécurité pouvant laisser prise à la contestation de clauses ayant pour objet l'obligation essentielle sans contredire nécessairement la portée de l'engagement, elle rappelle que la clause est réputée non écrite et n'est donc soumise à aucun délai de prescription. Certes, la sanction de cette clause ne se fonde plus sur la notion de cause, mais l'esprit est encore bien présent.

Si l'article 1168 du projet est une consécration de la jurisprudence, il en va différemment de l'article 1169 qui consacre en droit commun la notion de clause abusive : « *Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée* ». L'alinéa 2 ajoute que « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ». L'article L. 132-1 du Code de la consommation, applicable aux seuls contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels est désormais concurrencé par une disposition de droit commun. Le droit de la consommation conserve cependant son intérêt car la liste noire, clauses présumées abusives de manière irréfragable, et la liste grise, présomption du caractère abusif de certaines clauses jusqu'à preuve contraire, continue d'avoir un champ d'application limité. Il faut ajouter à cet arsenal les dispositions de l'article L. 442-6 I 2° C. com.⁵³ qui sanctionne les clauses abusives figurant dans des contrats conclus entre les professionnels visés. Ce fondement conserve-t-il un intérêt ? L'affirmative s'impose car cette disposition continue d'avoir un champ d'application qui lui est propre, d'une part, car la sanction n'est pas la suppression de la clause mais la responsabilité civile de son auteur et, d'autre part, car le caractère abusif peut porter sur l'objet du contrat ou le prix dans le cadre de cette disposition du Code de commerce alors que cela est exclu en droit de la consommation et expressément prohibé à l'alinéa 2 de l'article 1169 du projet. Il est tout de même regrettable que pour lutter contre les clauses abusives dans les contrats trois séries de dispositions au champ d'application partiellement distinct soient maintenues. Il aurait été utile, par exemple, que le texte précise que l'article 1169 ne s'applique qu'à défaut de dispositions spéciales, pour éviter le « forum shopping » des justiciables. Enfin, le droit de la consommation pourrait-il servir de modèle au droit commun. En effet, certaines clauses de non garantie sont irréfragablement présumées abusives entre professionnel et consommateur et non-professionnel (notamment les clauses limitatives de responsabilité ou de non-garantie, art. R. 132-1 6° C. cons.). Pourrait-on en juger

⁵⁰ Cass. com., 22 oct. 1996, Bull. civ. IV, n° 261.

⁵¹ Pour la cause, R. Boffa, *Juste cause (et injuste clause)*, D. 2015, p. 335. Contre la cause, C. Grimaldi, ???; L. Aynès, *La cause, inutile et dangereuse*, *Droit et patrimoine*, octobre 2014, Dossier la réforme du droit des contrats : le débat, p. 40 et s.

⁵² Cass. com., 22 octobre 1996, Bull. civ. IV n° 261 ; Cass. com., 29 juin 2010, Bull. civ. IV, n° 115.

⁵³ « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...) 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »

autant entre professionnels ou entre particuliers au fondement du futur article 1169 ? Le juriste devra veiller en tout état de cause à l'économie générale des contrats qu'il instrumente en jugeant avec précaution les différentes clauses contractuelles. Peut-être la solution la plus acceptable serait, à défaut de suppression, de réduire cet article aux seuls contrats non négociés (contrats d'adhésion définis à l'article 1108 alinéa 2 du projet)⁵⁴. Plus précisément, et pour tenir compte de la pratique contractuelle, ce sont les stipulations non négociées qui devraient être visées et pas seulement les contrats. Devant la pratique illégitime de certains contractants de simuler une négociation pour échapper à la qualification de contrat ou de clause non négociée, il serait également opportun de faire peser le risque de la preuve sur celui qui soutient l'existence d'un contrat négocié pour échapper aux dispositions de l'article 1169 du projet. Sous ces différentes réserves, les clauses abusives peuvent se trouver une place légitime au sein du projet d'ordonnance et de notre futur droit des contrats. Enfin approuvons le rappel que l'équivalence entre les obligations n'est pas une condition de validité du contrat (art. 1170).

B. La modernisation du droit des sanctions

32. Le droit des sanctions se modernise tant par les précisions apportées par le projet à propos des modes d'anéantissement qu'à propos des restitutions qui en résultent.

1. Les modes d'anéantissement du contrat

33. La section 4 est consacrée aux « sanctions » de la formation. Il s'agit de la nullité et de la caducité⁵⁵, même si on peut regretter que des dispositions relatives à l'inopposabilité auraient été bienvenues⁵⁶.

34. Mises à part les dispositions éparses sur la nullité, le Code civil reste silencieux sur cette sanction qu'est la nullité. Mode de rétablissement de la légalité, la nullité est régie au sein du projet par les articles 1178 et suivants. La définition de la nullité figurant à l'article 1178 ne rattache plus la nullité à son effet rétroactif ce qu'il faut approuver et n'est pas sans incidence sur le droit des restitutions : « Un contrat qui ne remplit pas les conditions nécessaires à sa validité est nul ». L'article 1178 alinéa 3 consacre la jurisprudence qui permet de cumuler nullité et responsabilité. La responsabilité extracontractuelle pourrait être exercée contre une partie au contrat ou contre un tiers. On peut cependant encore s'interroger sur la nullité de cette responsabilité, notamment dans l'hypothèse où le contrat ne serait pas annulé mais une action en responsabilité engagée. Serait-ce encore une action de nature extracontractuelle ? l'adverbe « indépendamment » de l'annulation du contrat utilisé par l'article 1178 al. 3 le laisse penser. Nouveauté du projet, « la nullité doit être prononcée par le juge à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord ». Cette nullité conventionnelle n'est pas opportune⁵⁷. Si les parties souhaitent mettre fin au contrat *mutuo dissensu*, elles peuvent le faire. En revanche, le rétablissement

⁵⁴ En ce sens, v. Fr. Bicheron, N'abusons pas de la clause abusive, in Critiques constructives..., op. cit., p. 24 et s.

⁵⁵ Quant aux règles de forme, un petit rappel des distinctions entre conditions ad validitatem et ad opposabilitatem figurent aux articles 1171 à 1173 du projet. L'article 1171 alinéa 2 et l'article 1172 viennent, tout d'abord, rappeler la différence qu'il convient d'opérer entre les règles de forme se rapportant à la validité du contrat et celles qui renvoient uniquement aux conditions d'opposabilité telles que les formalités de publicité foncière. Ainsi de l'article 1172 alinéa 2 qui énonce que « *par exception, la validité d'un contrat peut être subordonnée à l'observation de formalités déterminées par la loi ou par les parties, ou à la remise d'une chose* » (rapp. Art. 1107 al. 2 du projet définissant le contrat solennel). L'article 1172 complète le tableau en disposant que « *Les formes exigées aux fins de preuve ou d'opposabilité sont sans effet sur la validité des contrats* ». La jurisprudence rappelle régulièrement ce principe et le projet conforte la distinction.

⁵⁶ En ce sens, G. Wicker et H. Boucard, Les sanctions relatives..., op. cit., spéc. n° 22 et s.

⁵⁷ Fr. Hamelin ???

de la légalité que suppose le prononcé d'une nullité appartient au juge et à lui seul. Le projet fait ensuite le choix de consacrer la théorie du droit de critique, l'article 1179 rattachant la nullité absolue à la violation d'une règle ayant « pour objet la sauvegarde de l'intérêt général » et la nullité relative à la violation d'une règle ayant « pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé ». Les articles 1180 à 1182 du projet en précisent le régime (qualité pour agir en nullité absolue du ministère public, absence de confirmation pour la nullité absolue, qualité pour agir réservée à la personne que la loi entend protéger et possibilité de renonciation et de confirmation pour la nullité relative). La confirmation est pertinemment définie à l'article 1182 et ainsi distinguée de la ratification figurant à l'article 1155 alinéa 3 sur la représentation : « La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. Cet acte mentionne la substance de l'obligation et le vice affectant le contrat ». Avant la conclusion, elle est sans effet. L'exécution volontaire en connaissance de la cause de la nullité vaut confirmation. En matière d'exécution volontaire, on peut regretter que le projet d'ordonnance n'ait pas prévu une disposition pour consacrer l'exécution volontaire d'un legs verbal ou l'exécution volontaire d'un testament irrégulier en la forme. L'article 1184 se limitant à reprendre le texte ancien en matière de donation. Cela aurait constitué une assise juridique très utile pour les notaires⁵⁸. Quant à l'alinéa 2 de l'article 1182 sur la confirmation anticipée, il peut surprendre. Ce n'est pas tant la confirmation anticipée qui est prohibée car cela n'aurait aucun sens mais la renonciation anticipée. Il est très étonnant en revanche que le projet ne comporte aucune disposition sur la nullité par voie d'exception. Si la nullité se prescrit, l'exception est perpétuelle. Le contentieux la concernant est d'ailleurs abondant et une clarification sur le domaine et le régime de l'exception de nullité aurait été la bienvenue. Le projet opte de nouveau et avec opportunité pour une action interrogatoire ou interpellatoire. L'article 1183 permet de demander à celui qui pourrait invoquer la nullité soit de confirmer l'acte soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion⁵⁹. Cette demande peut aussi avoir pour objet de régulariser l'acte en proposant « à la victime de l'erreur d'opter pour l'exécution du contrat dans les termes qu'elle avait compris lors de sa conclusion »⁶⁰. L'article 1183 alinéa 3 prévoit que la demande n'a d'effet que si la cause de nullité a cessé. Une harmonisation s'impose avec l'article 1182 alinéa 3 qui précise que l'exécution volontaire n'est possible que le titulaire de l'action a connaissance de la cause de nullité. Une harmonisation s'impose⁶¹. Enfin, précisons que la nullité partielle est consacrée à l'article 1185 du projet : « Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles ».

35. On peut enfin regretter que plusieurs dispositions du projet ne précisent par formellement la nature de la nullité prononcée alors qu'il s'agit de cas controversés en jurisprudence. Tel est le cas de la nullité en cas d'insanité d'esprit qui devrait être une

⁵⁸ L'article aurait pu ainsi être rédigé : « Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs, nulle en la forme ; il faut qu'elle soit refaite en la forme légale. La confirmation, ratification ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception. Ces dispositions sont applicables au testament qui serait irrégulier en la forme.

Si l'héritier s'engage à exécuter ou exécute volontairement un legs verbal, cet engagement ou l'acte d'exécution vaut acquittement d'une obligation naturelle sans emporter libéralité de sa part à l'égard du bénéficiaire ».

⁵⁹ Action interrogatoire inspirée de l'avant-projet Catala (art. 1129-5) et de l'avant-projet Terré (art. 83).

⁶⁰ Régularisation que l'on retrouve notamment à l'article 4 :105 des principes de droit européen du contrat et qui était proposée par les avant-projet Catala et Terré. Rappr. l'article 1147 du projet qui permet le rachat de la lésion par celui qui en a tiré profit.

⁶¹ Sur ce point, v. G. Wicker et H. Boucard, Les sanctions relatives à la formation du contrat, J.C.P. (G), supplément au n° 21, 25 mai 2015, p. 32 et s., spéc. n° 13.

nullité relative ou encore la nullité en cas de contrepartie dérisoire ou illusoire, inspirée du droit de la vente, qui devrait également justifier le prononcé d'une nullité relative.

36. Quant à la caducité, deux articles lui sont consacrés sans que l'on sache en les lisant si elle peut intervenir de plein droit ou être nécessairement prononcée par le juge. La seconde branche de l'option est la plus probable⁶². Trois manifestations de la caducité y figurent. La première, dirait-on, classique est la caducité du contrat qui en cours d'exécution est privée d'un de ses éléments constitutifs (art. 1186 al. 1). La deuxième renvoie à la disparition d'un « élément extérieur au contrat mais nécessaire à son efficacité » (art. 1186 al. 1). La troisième est le cas particulier d'une « opération d'ensemble » : « *lorsque des contrats ont été conclus en vue d'une opération d'ensemble et que la disparition de l'un d'eux rend impossible ou sans intérêt l'exécution d'un autre. La caducité de ce dernier n'intervient que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement* ». La cause n'est-elle pas encore cachée derrière la notion d'impossibilité ou d'intérêt ? Il est étrange que la notion d'indivisibilité ou d'interdépendance ne soit pas reprise par le projet alors qu'elle est familière à la jurisprudence de la Cour de cassation. Notons enfin l'exigence supplémentaire destinée à préserver la prévisibilité des parties. La caducité des contrats en cascade n'est envisageable que si la personne contre laquelle elle est invoquée avait connaissance de l'opération d'ensemble lorsqu'il s'est engagé. L'article est perfectible. Notamment pourquoi ne pas avoir expressément réglé la question de l'efficacité des clauses de divisibilité qui suscite un contentieux abondant ? Enfin, l'article 1187 précise que la caducité met fin au contrat et peut donner lieu à restitutions. Concernant ces restitutions, le projet rationalise de manière imparfaite un droit des restitutions qui manque cruellement de rigueur en droit positif.

2. Les restitutions consécutives à l'anéantissement du contrat

37. Quelques mots seulement sur une question qui relève davantage du régime des obligations. Pour l'essentiel une double uniformisation est opérée. En consacrant un chapitre V aux « restitutions » (art. 1353 et s.) le projet entend, tout d'abord, traiter des restitutions consécutives à toute forme d'anéantissement : nullité, caducité et résolutions. En outre, les règles relatives à la répétition de l'indu renvoient également au Chapitre V sur les restitutions. Autant la première uniformisation s'imposait autant la seconde n'était pas nécessaire. Le paiement indu suppose une erreur et repose sur des considérations morales (mauvaise foi et faute) qui ne devraient pas entrer en ligne de compte dans le cadre des restitutions. Deux questions majeures concernent les restitutions : le fondement et le régime.
38. Le projet ne permet pas de clarifier le fondement du droit des restitutions. Il est certain que la rétroactivité est déconnectée du droit des restitutions. Ni la nullité, ni la caducité ni même la résolution ne sont définies par référence à la rétroactivité. Ce qui semble certain c'est que les restitutions se présentent comme une conséquence légale, de plein droit, automatique de l'anéantissement des contrats. Quant au régime, la restitution en nature est le principe et lorsqu'elle est impossible la restitution se fait en valeur. La restitution des choses non monétaires est distinguée de la restitution des sommes d'argent qui sont eux-mêmes distingués de la restitution d'une prestation de service. La restitution du principal emporte restitution des fruits et la compensation de la jouissance qu'elle a procurés. La référence à la « compensation de la jouissance » relance le débat sur l'indemnité de jouissance qui partage encore la jurisprudence. La disposition, qu'on l'apprecie ou pas, à au moins la mérite de simplifier la règle en admettant toute forme d'indemnités de jouissance du moins en droit commun des contrats. Reste encore le sort

⁶² Contra, G. Wicker et H. Boucard, Les sanctions..., op. cit., n° 23, p. 37, qui proposent de distinguer selon qu'il s'agit d'une impossibilité d'exécution (plein droit) ou de l'inutilité de l'exécution (judiciaire).

de l'action rédhibitoire dans la vente en cas de vices cachés qui ne semble pas concerné par cette disposition du projet. Globalement, les dispositions relatives aux restitutions marquent une volonté de rationaliser un droit peu cohérent. Cependant, la référence à la bonne ou mauvaise foi, qui ne devrait pas entrer en ligne de compte dans un mécanisme de rétablissement objectif de l'équilibre entre les patrimoines, et la rédaction maladroite ou difficile à comprendre de nombreuses dispositions laissent présager un contentieux important si un toilettage n'est pas opéré⁶³.

⁶³ Sur ces critiques, N. Blanc, Les restitutions, in *Critiques constructives ...*, ??? Adde, J. Klein, Les restitutions, J.C.P. (G), supplément au n° 21, 15 mai 2015, p. 74 et s.