HAL open science

Observations sur diverses dispositions de la réforme de droit des contrats

Laurent Leveneur, Marie Leveneur-Azémar, Benjamin Moron-Puech, Maxime Cormier, Zoé Jacquemin, Antoine Touzain

To cite this version:

Laurent Leveneur, Marie Leveneur-Azémar, Benjamin Moron-Puech, Maxime Cormier, Zoé Jacquemin, et al.. Observations sur diverses dispositions de la réforme de droit des contrats . [Rapport de recherche] Université Panthéon-Assas (Paris II) - Laboratoire de droit civil. 2015. hal-01376024

HAL Id: hal-01376024

https://hal.science/hal-01376024

Submitted on 4 Oct 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Université Panthéon-Assas
Laboratoire de droit civil

Observations sur diverses dispositions de la réforme de droit des contrats

Rapport remis à la Chancellerie le 20 avr. 2015,
réalisé par cinq doctorants de l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
membres du Laboratoire de droit civil
dirigé par le Professeur Laurent Leveneur

Coordination : M. Leveneur-Azémar et B. Moron-Puech

Avertissement : Les opinions exprimées dans ce document n'engagent que leur auteur.

Sous licence *Creative Commons* (CC-BY-NC-ND)

Contributeurs

Maxime Cormier
Zoé Jacquemin
Marie Leveneur-Azémar
Benjamin Moron-Puech
Antoine Touzain

Table des matières

Table des matières 2
Articles 1101-1186 3
Synthèse 4
Analyse 8
Articles 1168 et 1169 14
Synthèse 15
Analyse 16
Article 1221 20
Synthèse 21
Articles 1226, 1229 et 1231 à 1231-7 29
Synthèse 30
Liste des modifications proposées 30
Analyse 31
Articles 1323 à 1323-3 37
Synthèse 38
Modifications proposées 38
Analyse 43

Articles 1101-1186

`

Benjamin Moron-Puech

Doctorant à l'Université Panthéon-Assas

Sujet de thèse : *Le concept de contrat à l'épreuve de la relation médicale*
Sous la direction du Professeur Dominique Fenouillet

Synthèse

I. Définition du contrat

A. Modifications proposées

1° « *Art. 1101.* – Un contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes ~~destiné à créer~~ compris comme créant des effets de droit.

2° « *Art. 1113.* – ~~La formation du contrat~~ L'accord des volontés requiert la rencontre d'une offre et d'une acceptation, manifestant la volonté de s'engager de chacune des parties.
« Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement de son auteur.

3° « *Art. ~~1119.~~ 1113-1.* – ~~L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre.~~ L'offre est une manifestation de volonté permettant à son destinataire d'accepter les effets de droit qu'elle contient, grâce à une autre manifestation de volonté, l'acceptation.
« L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle.

B. Brèves explications

1° « *compris comme créant* » – Il s'agit d'éviter de donner l'impression erronée que le contrat reposerait toujours sur l'intention de créer des effets de droit. [**cf.** ***Analyse, II.***]

2° « *L'accord des volontés* » – Le remplacement de l'expression formation du contrat, par celle d'accord de volontés a pour but d'assurer une meilleure liaison entre l'article 1101, où apparaît l'expression *accord de volontés* et l'article 1113 qui semble avoir pour but de donner une définition de la notion d'accord de volontés.

3° Le remplacement de l'article 1119 par l'article 1113-1 s'explique par la volonté de définir dans un même texte l'offre et l'acceptation. En l'état actuel du projet, seule l'acceptation est définie. Il a paru utile de définir également l'offre et, dans le même temps, de définir l'acceptation.

II. La distinction des éléments constitutifs et des conditions de validité

A. Modifications proposées

4° « *Art. 1127.* – Sont nécessaires à la validité d'un contrat :
« 1° Le consentement des parties ayant les qualités requises par la présente section ; (…)

5° *« § 1 – L'existence ~~du consentement~~ d'un consentement sain*

6° « *Art. 1186.* -- Un contrat valablement formé devient caduc si ~~l'un de ses éléments constitutifs~~ l'une de ses conditions de validité disparaît. Il en va de même lorsque vient à faire défaut un élément extérieur au contrat mais nécessaire à son efficacité.

B. Brèves explications

4° à **6°** – Par ces trois modifications, il s'agit d'éviter que ne soit confondue les critères de qualification du contrat (**1°** un accord de volontés manifestées et **2°** la création d'effet de droit), avec les conditions de validité des effets contractuels. [**cf.** ***Analyse, II.***]

III. Les conditions de validité

A. La violence

1. Modifications proposées

7° « *Art. 1139.* – Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte illégitime qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable.

2. Brèves explications

7° « *illégitime* » – Il s'agit de codifier la jurisprudence[1] soulignant que ne donne lieu à nullité que la contrainte illégitime.

B. L'incapacité

1. Modifications proposées

8° « *Art. 1145.* – Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi :
« 1° Les mineurs non émancipés ;
« 2° Les majeurs protégés au sens de l'article 425 du présent code~~.~~ ;
« 3° Toute autre personne déclarée comme telle par une disposition spéciale.

2. Brèves explications

8° « *3° Toute autre personne déclarée comme telle par une disposition spéciale.* » – Cet ajout vise à indiquer que les mécanismes des incapacités ne se limitent pas aux mineurs et aux majeurs protégés. De très nombreux textes spéciaux, tels l'article 909 du code civil, prévoient des incapacités et il serait souhaitable qu'ils soient rattachés explicitement au droit commun des incapacités.

C. La licéité

1. Modifications proposées

9° « *Sous-section 3.* ~~*Le contenu*~~ *La licéité du contrat*

10° « *Art. 1161.* – Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, ni par son effet, que ces deux derniers aient été connus ou non par toutes les parties.

2. Brèves explications

[1] Cf. not. Cass, com., 20 mai 1980 ou Cass., com., 22 avr. 1986

9° « *La licéité* » – Il s'agit ici de donner un titre en rapport avec le contenu de la sous-section, laquelle ne parle pas seulement du contenu, mais évoque également les finalités poursuivies, lesquelles échappent à la notion de contenu du contrat. Preuve en est que l'article 1161 mentionne tant l'illicéité résultant du contenu, que celle résultant du but.

10° « *ni par son effet* » – Cet ajout vise à suppléer à une lacune du projet qui ne tient pas compte des hypothèses, fréquentes en pratique, dans lesquelles la contrariété ne provient ni du contenu du contrat, ni du but poursuivi par les parties, mais bien des effets induits par le contrat, effet anti-concurrentiel par exemple. Or cela ne peut pas se ramener, sans artifices au concept de contenu ou de but du contrat. L'idée n'est pas nouvelle, elle fut défendue avec *brio* il y a quelques années[2].

IV. La nullité du contrat

A. Modifications proposées

11° « *Art. 1178.* – Un contrat qui ne remplit pas les conditions nécessaires à sa validité est de nul effet, à compter de sa formation. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord.

12° « *Art. 1185.* – Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ~~ou plusieurs clauses~~ partie des effets du contrat, elle n'emporte la nullité ~~de l'acte tout entier~~ d'autres effets du contrat que si ~~cette ou ces clauses ont~~ cette partie du contrat a constitué un élément déterminant ~~de l'engagement~~ du consentement des parties ou de l'une d'elles, ou si encore la loi en dispose autrement.

B. Brèves explications

11°

- « *effet* » – Cette précision vise à éviter des confusions fréquentes sur l'objet de la nullité. Celle-ci porte sur les effets et non sur le contrat lui-même. [**cf. *Analyse, III.***]
- « *à compter de sa formation* » – Il s'agit par-là d'évoquer le caractère en principe rétroactif de la nullité qui n'apparaît semble-t-il pas ailleurs dans le projet.

12°

- « *partie des effets (...) d'autres effets du contrat* » – Ces modifications ont pour but d'assurer l'application la plus large possible du mécanisme de la nullité partielle, lequel **1°** peut porter sur une partie seulement d'une clause et non une clause toute entière et **2°** peut impliquer que la nullité d'une clause entraîne, non pas la nullité de toutes les clauses du contrat, mais de seulement certaines d'entre elles. [**cf. *Analyse, III.***]
- « *du consentement* » – Il s'agit ici de corriger une maladresse de forme : c'est moins semble-t-il l'engagement que la volonté qui a été déterminée (cf. art. 1129 ou 1134 nouveaux qui utilisent l'expression « déterminant du consentement »).
- « *ou si encore la loi en dispose autrement* » – Il s'agit ici d'anticiper les difficultés qui pourraient survenir si se présentait devant les juridictions une hypothèse dans laquelle, il serait apparu important, pour poursuivre les buts d'une législation d'ordre public, que l'annulation d'une partie du contrat entraîne l'annulation de l'*ensemble* des effets

[2] N. RONTCHEVSKY, *De l'effet de l'obligation*, A. GHOZI (préf.), Économica, Paris, 1998

du contrat, alors même que la volonté des parties ne commande pas une telle solution. La rédaction proposée se rapproche de celle proposée naguère par Philippe Simler, en conclusion de sa thèse sur la nullité partielle[3].

V. L'acte juridique unilatéral

A. Modifications proposées

13° « *Art. 1194-1.* – Les actes juridiques unilatéraux, pris en application d'un contrat et légalement formés, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.
« Ils ne peuvent être modifiés ou révoqués que pour les causes que la loi autorise.

14° « *Art. 1195. – Les contrats et les actes unilatéraux pris en application de ces premiers obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.*

B. Brèves explications

13° et **14°** Ces modifications visent à reconnaître l'existence d'actes juridiques unilatéraux en matière contractuelle et à leur conférer une ébauche de régime, en suggérant que le régime du contrat leur est également en grande partie applicable. Pour l'instant, ces actes ne sont pas mentionnés dans le projet, alors même qu'ils sont extrêmement fréquents en pratique : acte de congé, de résiliation, de rétractation, de modification unilatérale du contrat, de levée d'option, et sans doute aussi, à suivre la définition donnée de l'acceptation par le projet, l'offre et l'acceptation. [**cf. *Analyse, IV*.**]

[3] « Lorsqu'un acte juridique n'est vicié que dans certaines de ses dispositions, il reste valable pour le surplus s'il est encore susceptible d'une existence autonome, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que ses auteurs ne l'auraient pas réalisé sans les dispositions nulles. / Cette règle sera toutefois écartée chaque fois que le texte de la loi violée ou le but visé par le législateur exige une solution différente. (…) » (Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, 1969, n° 388).

Analyse

Pour mieux justifier certaines des modifications proposées ci-dessus, il convient d'apporter quatre précisions.

I. La définition du contrat

Critique positive — Le projet, à l'article 1101, vient énoncer une définition du contrat qui n'existait pas jusqu'à présent. Cette définition laisse apparaître deux pôles : d'un côté l'accord des volontés, expression utilement précisée par l'article 1113, et de l'autre la création d'effets de droit.

L'expression effet de droit a utilement remplacé le triptyque figurant autrefois dans cet article (donner, faire ou ne pas faire), qui était un vestige du droit romain.

En outre, toute référence à la convention est supprimée. Ceci est une bonne chose. Cela évite de maintenir une distinction du contrat et de la convention qui, si elle avait une utilité en droit romain, n'en avait plus aucune en droit français depuis l'avènement du consensualisme.

Critique négative — Toutefois, la définition retenue par le projet peut apparaître restrictive, car trop emprunte du dogme, pourtant abandonné, de l'autonomie de la volonté. La prégnance de ce dogme sur les rédacteurs du contrat résulte de l'article 1101 et plus précisément de ce que ce texte subordonne la création d'effets de droit à la volonté de l'auteur du contrat. Il est dit en effet que le contrat est un « accord de volontés (…) *destiné à* créer des effets de droit ». Le verbe *destiner*, révèle que les effets de droit sont placés sous la dépendance de la volonté des parties au contrat. Il n'y aurait d'effets de droit que si les parties ont voulu de tels effets.

Il est pourtant possible de penser qu'une juste définition du contrat devrait mieux séparer les deux pôles de définition du contrat et donc ne pas placer le second pôle — la création d'effets de droit —, sous la dépendance du premier — l'accord de volontés. C'est pour opérer cette séparation que nous avons proposé de remplacer le verbe *destiner*, par le verbe *comprendre*, mis à la forme passive. Au lieu de définir le contrat comme « l'accord de volonté (…) *destiné à* créer des effets de droit », nous proposons « l'accord de volonté *compris* comme créant des effets de droit ».

Cette séparation plus stricte des deux pôles de la définition du contrat présente trois avantages :

- Elle est conforme au droit positif que le projet entend pour une large part codifier à droit constant ; à ce titre elle concourt donc à une meilleure clarté du droit ;
- Elle rend plus aisée la caractérisation du contrat par le juge ;
- Enfin, pour les parties, elle conduit à des solutions plus justes au stade de la formation du contrat.

S'agissant d'abord de la ***conformité au droit positif***, on observe depuis fort longtemps une tendance de la jurisprudence à ne pas exiger des parties au contrat l'intention de créer des effets de droit. Bruno Oppetit l'avais déjà remarqué en son temps[4]. Ainsi, lorsque les parties concluent des contrats qu'elles savent contraires à l'ordre public, il n'y a aucune intention de créer des effets de droit puisque, par définition, les parties ont entendu aller contre le droit.

[4] B. OPPETIT, « L'engagement d'honneur », *D.* 1979, chron. XVII, p. 107-116.

De même, lorsque les parties ont conclu un « accord », dont elles ont indiqué qu'il s'agissait d'un engagement exclusivement moral, cela n'empêche pas les juridictions de considérer qu'il peut y avoir là un contrat. La Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt remarqué de 2007[5].

Enfin, lorsque la jurisprudence « découvre » des obligations auxquels les auteurs d'un contrat, voire d'un acte unilatéral, n'avaient pas songé, elle ne prend guère la peine de justifier cette création, en s'attachant à l'intention de créer des effets de droit. Mieux, la Cour de cassation, lorsqu'elle est saisie de ces questions, procède généralement à un contrôle « lourd »[6] des décisions des juges, autrement dit elle ne laisse pas cette question à leur appréciation souveraine. La Cour estime ne pas avoir à rechercher un *fait* — la présence dans l'affaire examinée d'une intention créatrice — il n'y a pour elle que du *droit*[7]. Mieux encore, la Cour de cassation casse parfois les décisions de juge du fond qui auraient refusé de reconnaître un acte juridique, faute d'intention de créer des effets de droit[8].

La définition proposée par le projet d'ordonnance ne permet nullement de rendre compte de ces solutions qui, bien que peu fréquentes, posent régulièrement des difficultés. La définition que nous avons proposée du contrat, permet de rendre compte pleinement de ces situations.

S'agissant ensuite ***de la mise en œuvre du critère***, l'exigence d'une intention de créer des effets de droit pose d'importantes difficultés. Que faire, par exemple, lorsqu'existe une incertitude sur une telle intention créatrice ? Ce critère est trop subjectif et il est difficile pour le magistrat de deviner ce qu'ont pu être, qui plus est dans le passé, les intentions des parties[9].

En outre, l'on ne saurait exiger de ce critère qu'il impliquât une connaissance de tous les effets de droit produits par le contrat. À défaut, c'est le mécanisme même des dispositions supplétives qu'il faudrait écarter.

De surcroît, comme l'avait déjà relevé Demogue, il y a bientôt un siècle, « *le but juridique, dont parlent les auteurs français, n'apparaît guère comme existant dans l'esprit des contractants qui ne sont pas juristes. Le but qui domine l'acte juridique est un but de fait : on veut détenir tel objet, on veut habiter telle maison, le côté juridique n'apparaît qu'accessoirement dans la pensée* »[10]. Dès lors, avec un tel critère de nombreuses opérations aujourd'hui qualifiées de contrat ne pourront plus l'être. Sauf au juge à découvrir une intention fictive, laquelle ne contribuera guère à l'acceptabilité de sa décision.

S'agissant enfin de la ***justesse du droit positif***, le critère de l'intention de créer des effets de droit peut conduire à des solutions injustes, notamment lors de l'application de l'article 1119 alinéa 2 de l'avant-projet (1113-1 dans notre version). D'après ce texte, « l'acceptation non conforme de l'offre est dépourvue d'effet ». Mais comment apprécier la non-conformité entre l'offre et l'acceptation ?

Si l'on s'en tient à une conception subjective de la conformité, vers laquelle l'interprète est poussé compte tenu de la définition actuelle du contrat, alors une non-conformité existera lorsque les deux intentions auront eu un contenu différent. Peu importe ici l'impression que l'acceptant aura pu avoir. Seule comptera l'intention de l'offrant. À l'inverse, dans une

---

[5] Cass., com., 23 janv. 2007, 05-13.189, *Bull.*, IV, n° 13, p. 13.

[6] Sur les différents degrés de contrôle exercés par la Cour de cassation, cf. not. J.-Fr. WEBER, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation en matière civile », *BICC*, 15 mai 200, communication,

[7] Cass., 2e civ. 23 mai 1962, *Bull.*, II, n° 459, revirant sur Cass., com., 27 mai 1959, *Bull.*, I, n° 271, p. 225, qui avait procédé à un contrôle « léger » de l'arrêt d'appel.

[8] Cass., soc., 26 nov. 2008, n° 07-43.123.

[9] Rappr. V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, G. PIGNARRE (dir.), LGDJ, 2007, n° 652.

[10] R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, T. 1, Arthur Rousseau, 1923, n° 13.

conception davantage objective, il faudra tenir compte de l'impression ou, plus précisément, des attentes que l'offre aura pu susciter chez l'acceptant.

La différence d'approche peut être illustrée par l'exemple suivant. Un diamant est étiquetée 4 000 € dans la boutique d'un grossiste en diamant. Entre chez ce grossiste un bijoutier qui veut acheter ladite bague pour façonne une bague pour l'un de ses clients. Au moment du paiement, le grossiste lui dit qu'il y a une erreur sur le prix et que le juste prix est 5 000 €. Le bijoutier proteste et indique vouloir acheter le diamant au prix indiqué, ce que le grossiste refuse. Que fera un juge saisi de la question ? Sa réponse sera sans doute différente selon qu'il adopte une approche exclusivement subjective ou une approche mixte du contrat, c'est-à-dire une approche laissant la place à des éléments plus objectifs. Dans une approche subjective, le juge refusera de considérer que le contrat a été formé, car l'intention du grossiste était de vendre à 5 000 € et l'intention du bijoutier d'acquérir à 4 000 €. Il n'y a donc pas eu d'accord de volontés, dira-t-il. En revanche, dans une approche mixte, par exemple adoptée explicitement aux Pays-Bas[11], le juge tiendra compte à la fois de l'intention du vendeur, mais aussi des attentes de l'acceptant. Le juge se demandera alors si l'acquéreur pouvait raisonnablement penser que le diamant lui était offert à ce prix-là. Compte tenu du faible écart de prix, le juge pensera sans doute que le prix affiché était crédible, de sorte qu'il considérera que l'offre est faite pour un prix de 4 000 €. Il conclura donc à la conformité de l'offre et de l'acceptation. Ainsi y aura-t-il bien ici en conformité. Dans cette démarche mixte, tout autre aurait été le raisonnement du juge si l'erreur d'étiquetage, au lieu de procéder du remplacement d'un 5 par un 4, avait consisté en l'oubli d'un zéro (500 € au lieu de 5 000 €). Compte tenu de l'important écart de prix, le juge aurait probablement jugé que l'acquéreur ne pouvait pas raisonnablement croire qu'il s'agissait d'un prix réel pour un tel diamant.

II. La distinction des éléments constitutifs et des conditions de validité

Critique positive — Le projet contient en germe la distinction des éléments constitutifs — qu'on pourrait aussi appelé critère de qualification — et des conditions de validité. Les premiers sont les éléments qu'il faut caractériser pour pouvoir qualifier une opération de contractuelle. Les seconds sont les éléments qu'il faut caractériser pour savoir si les effets de ce contrat ne sont pas nuls.

Cette distinction découle des articles suivants du projet :

- L'article 1101 donne la définition du contrat, définition dont ressortent les éléments constitutifs du contrat.
- Les articles 1127 et suivants donnent les conditions de validité du contrat.

Il est heureux que cette distinction apparaisse dans le projet car y sont attachés de réels enjeux :

- En droit interne, de nombreuses matières ont besoin de savoir si une opération peut être qualifiée de contractuelle, peu important sa validité. Par exemple, en droit pénal, de nombreuses infractions supposent la conclusion d'un contrat et il importe peu à la Cour de cassation que ce contrat soit valable[12]. Seul compte le fait que l'opération puisse être qualifiée de contractuelle. Il en va de même en droit de la concurrence et des marchés financiers pour les notions d'entente illicite ou d'action de concert, lesquelles reposent toutes sur un contrat, peu important qu'il soit valable ou non. D'où

[11] Art. 3 : 35 du code civil néerlandais.

[12] Cf. not. Cass., crim., 12 janv. 2000, n° 99-81.057, *Bull.*, n° 15, p. 33. Sur l'indifférence du droit pénal à la validité du contrat, cf. plus généralement, E. PALVADEAU, *Le contrat den droit pénal*, sous la dir. V. MALABAT, Bordeaux IV, 2011.

l'intérêt de pouvoir clairement distinguer les éléments constitutifs des conditions de validité.

- En droit international privé, les règles de désignation de la loi applicable aux éléments constitutifs[13] ne sont pas les mêmes que les règles applicables aux conditions de validité.

Critique négative — Cette distinction n'apparaît cependant pas toutefois avec suffisamment de netteté dans le projet d'ordonnance, notamment parce qu'en plusieurs endroits, la terminologie employée suggère une confusion entre les éléments constitutifs et les conditions de validité.

Ainsi, l'article 1127, 1°, laisse à croire que le consentement des parties est une condition de validité du contrat. Or ceci semble contradictoire avec l'article 1101 qui fait de la volonté, donc du consentement (les deux mots semblent synonymes), un critère de qualification et non une condition de validité. C'est pour éviter cette confusion, que nous avons proposé de compléter l'article 1127. Ainsi modifié, il apparaît que ce qui est une condition de validité, ce n'est pas le consentement à proprement parler, mais les qualités que doit avoir ce consentement.

De même, le § 1 de la sous-section 1 de la section 2 consacrée à la validité (p. 8 du projet) entretient la confusion. Alors que l'existence du consentement, est un élément constitutif, comme le suggère l'art. 1101, on la place ici dans une rubrique consacrée à la validité. D'où la proposition d'ajouter l'adjectif *sain* pour éviter toute équivoque.

Enfin, l'article 1186, sur la caducité, introduit également la confusion puisqu'en parlant d'élément constitutif, il suggère que c'est la disparition d'un élément de qualification du contrat qui entraîne sa caducité. Or, c'est bien davantage la disparition d'une condition de validité du contrat. D'où la proposition de remplacer « élément constitutif » par « condition de validité ».

III. La distinction du contrat et des effets du contrat

Critique positive — La distinction du contrat et des effets du contrat, présente dans le code civil de 1804 est utilement reprise dans le projet. Ainsi, alors que les chapitre I et II du projet portent d'avantage sur le contrat lui-même — définition du contrat (chapitre I) et formation du contrat (chapitre II) — , les chapitres III et IV concernent davantage les effets du contrat — comment comprendre ses effets, comment les interpréter (chapitre III) ? Quelle portée pour ces effets (chapitre IV) ?

Cette distinction est importante car, sauf à commettre des confusions, il importe de ne pas confondre la cause des obligations, le contrat, et la conséquence du contrat, les obligations. Cause et conséquence doivent être logiquement distinguées.

Critique négative — Malgré la présence de cette distinction dans le projet d'ordonnance, le texte entretient parfois une certaine confusion qu'il conviendrait de dissiper, en particulier sur la question de la nullité. La nullité n'a pas pour objet le contrat. Ce sont les effets du contrat qui sont nuls ; ceux-ci sont supprimés par l'effet de la nullité. Nonobstant la nullité, le contrat existe toujours dans l'ordre juridique, bien qu'il n'ait plus d'efficacité.

C'est là un corolaire de la distinction entre qualification et validité. Il y a bien eu à un instant *t* une rencontre des volontés. Cela le droit ne le nie pas et le prendra parfois en compte, notamment en droit pénal, en droit de la concurrence ou en droit des marchés financiers. Ce

[13] Pour la qualification ce sera toujours la loi du for (Cass., civ. 1re, 22 juin 1955, *Caraslanis*), tandis que la loi applicable pour la validité sera désignée par la règle de conflit appropriée.

qui est nié en revanche, c'est la possibilité pour cet accord de produire du droit. Autrement dit, c'est la conséquence du processus qui est nulle, pas le processus lui-même.

C'est pour éviter cette confusion que nous avons proposé de modifier les articles 1178 et 1185 pour bien faire apparaître que la nullité portait sur l'effet du contrat et non sur le contrat lui-même.

IV. La reconnaissance de l'acte juridique unilatéral

Le projet ne dit mot de l'acte juridique et se contente, fort classiquement, du contrat. Si, sans doute, la réflexion sur l'acte juridique n'est pas suffisamment aboutie[14], il est possible de regretter que le projet n'en parle pas un seul instant, alors même que la notion existe bien en jurisprudence et qu'elle permet de rendre compte de nombreuses actions que les parties effectuent dans un contexte contractuel : levée d'option, rétractation, congé, résiliation, etc. Sans la notion d'acte unilatéral, que fera un juge du fond si d'aventure, dans un litige, il est confronté à l'argument d'un bailleur qui lui dit qu'il a donné le congé par erreur et qu'il souhaiterait en conséquence obtenir l'annulation de ce congé ? Pour éviter de telles interrogations du juge, et pour contribuer à la qualité du droit français, il serait opportun d'introduire dans le code la notion d'acte juridique unilatéral.

Sans doute, le Gouvernement n'est-il pas habilité à réformer l'ensemble du droit civil, de sorte qu'il lui est impossible d'énoncer la définition et le régime du concept d'acte juridique dont la portée est bien plus étendue que le seul droit des contrats. Pour autant, à défaut d'insérer la notion d'acte juridique en droit français, n'est-il pas possible de faire une place à l'acte juridique unilatéral, lorsqu'il intervient au cours de l'exécution du contrat. Précisons qu'il ne s'agirait nullement alors d'introduire l'engagement unilatéral, c'est-à-dire l'acte juridique unilatéral faisant naître une obligation, au sens d'obligation patrimoniale. Il s'agirait seulement ici de reconnaître qu'en droit des contrats, existent des actes unilatéraux qui ont notamment pour objet de modifier les pouvoirs des parties ou de sanctionner ces dernières.

Pour ne pas modifier l'architecture du projet et éviter d'éventuelles contestations doctrinales, les modifications proposées concernent de manière explicite les seuls *effets* de l'acte juridique unilatéral. Sont ainsi étendues à l'acte juridique unilatéral les dispositions sur la force obligatoire et l'effet relatif du contrat.

Quant à la formation du contrat, rien n'est dit explicitement pour l'acte unilatéral. Néanmoins, l'article 1194-1 (notre version), opère discrètement un renvoi aux règles de formation du contrat. Cet article énonce en effet que les actes unilatéraux doivent être *légalement formés*. Or, compte-tenu de la proximité de cette formulation avec celle utilisée par le contrat, ses interprètes penseront naturellement à utiliser les règles sur la qualité du consentement et la licéité du contrat, qui sont celles auxquelles renvoie l'article 1194 quand il évoque les contrats *légalement* formés. Cette application par analogie sera d'autant plus justifiée que les textes sur la formation du contrat mentionnent toujours le consentement au singulier (et non l'accord de volontés), de sorte que leur application à l'acte juridique est pleinement envisageable.

[14] Cf. toutefois récemment, M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat. Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, D. Mazeaud (préf.), Économica, 2013. L'auteur s'y efforce de préciser le régime de l'acte juridique pour ensuite l'appliquer au droit des contrats aux sanctions unilatérales prises par l'une des parties à l'égard de l'autre.

Indiquons pour finir que cette modification se fera à droit constant. En effet, la jurisprudence a déjà par le passé appliqué de nombreuses règles du droit des contrats à l'acte juridique unilatéral[15].

[15] L'on trouve ainsi des décisions appliquant à l'acte unilatéral les règles sur l'erreur (Cass., civ., 24 mai 1948, *D.* 1948, J., p. 517 ; Cass., 2e civ., 15 oct. 2009, n° 07-20.129, *Bull.*, II, n° 245, p. 224), l'objet (Cass., 1re civ., 17 mars 1987, n° 85-16.484, *Bull.*, I, n° 97, p. 73), la cause (Cass., 1re civ., 17-14.066, *Bull.*, I, n° 161). Quant à la capacité, les dispositions sur leur libéralité mentionnent plusieurs fois le mot incapacité, ce qui suggère que ces règles leurs sont aussi applicables (not. art. 907 à 909 c. civ.).

Articles 1168 et 1169

`

Marie Leveneur-Azémar

Doctorante à l'Université Panthéon-Assas

Sujet de thèse : Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité
Sous la direction du Professeur Yves Lequette

Synthèse

Article 1168 : À supprimer

- La disposition sur la contradiction à l'obligation essentielle est inutile car le contrôle des clauses limitatives de responsabilité se fera en fonction du déséquilibre contractuel qu'elle cause (comme c'est déjà le cas, en pratique, dans l'arrêt Faurecia II).

Article 1169 : Dans un contrat d'adhésion, 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'introduction dans le code civil d'un outil de suppression des clauses abusives est un moyen efficace de lutter contre les déséquilibres contractuels. Néanmoins, le champ de la lutte contre les clauses abusives est *trop large*, emportant, d'un point de vue interne, un véritable *risque d'insécurité juridique*, et *à l'international, un « repoussoir »* pour choisir la loi française comme loi applicable au contrat.
  Proposition : ajouter « dans un contrat d'adhésion » afin de limiter le contrôle aux contrats non négociés. Le choix du « contrat d'adhésion » permet ainsi d'utiliser la notion définie au début du projet (article 1108).

Analyse

I. Points positifs : les clauses abusives dans le droit commun

L'introduction des clauses abusives dans le code civil est positive à plusieurs égards : il permet au Code de redevenir le droit commun des contrats (A) et offre un nouvel outil au juge pour corriger les déséquilibres contractuels (B).

A. Le code civil redevient le droit commun

La réglementation contre les clauses abusives figure aujourd'hui dans le code de la consommation et, dans une moindre mesure, dans le code de commerce. La plupart des contrats étant visée, il était logique de placer dans le code civil, qui contient **les règles de droit commun des contrats**, un outil qui pouvait être utile dans tous les contrats. Seuls les contrats entre particuliers ne bénéficiaient pas de cette protection, il fallait donc l'étendre à ce type de conventions.

B. La création d'un outil permettant de corriger les déséquilibres contractuels

La **cause** a disparu du projet ; mais au-delà de ce choix, son utilisation pour corriger les déséquilibres était fort contestable. Par exemple, **le rôle qui lui a été attribué dans la jurisprudence Chronopost n'est pas convaincant**. La cause permet d'annuler un contrat lorsqu'une partie s'est engagée sans contrepartie ; dans cet arrêt, elle permet de supprimer une seule clause car elle fait perdre au contrat sa cohérence. La distorsion de la notion l'a desservie. **Les juges avaient besoin d'un véritable outil pour corriger les graves déséquilibres** présents dans les contrats.

Avec la possibilité de supprimer les clauses abusives, c'est-à-dire celles qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, **le juge pourra rétablir l'équilibre contractuel**, mais uniquement **dans des cas extrêmes**. Seuls les déséquilibres *significatifs* seront corrigés. Ce garde-fou permet de limiter l'immixtion du juge dans le contrat aux hypothèses vraiment indispensables, ce qui nous paraît être une très bonne chose.

II. Points à améliorer

Deux points sont à améliorer. L'article 1168 risque d'être englobé par l'article 1169, et révèle ainsi son inutilité (A). L'article 1169 en ne limitant pas son champ d'application, est source d'insécurité juridique et de manque d'attractivité du droit français sur la scène internationale. Le champ pourrait être réduit aux contrats non négociés (B).

A. L'article 1168 peu utile

1. Bref historique du contrôle judiciaire des clauses limitatives de responsabilité en droit commun

En 1996, lors du **premier arrêt Chronopost**, l'idée de la jurisprudence était de supprimer une clause qui était **en contradiction avec l'obligation essentielle**. Lorsqu'une clause prévoyait une réparation dérisoire ou nulle en cas d'inexécution d'une obligation (en

l'espèce, de ponctualité), cette obligation était très allégée. Par conséquent, la clause permettait au débiteur un manque de diligence tel qu'elle rendait l'obligation réciproque de payer le prix, sans cause.

Par la suite, les juges de la Cour de cassation ont décidé d'automatiser la sanction, en déclarant qu'une clause de responsabilité, dès l'instant où elle portait sur l'obligation essentielle du contrat, était en contradiction avec cette obligation et devait donc être réputée non écrite. Il n'était pas recherché si la clause établissait un plafond véritablement dérisoire ou au contraire suffisamment élevé. Cette chasse aux clauses de responsabilité était problématique dans la mesure où les contractants risquaient de voir cet outil de prévisibilité supprimé, alors même qu'il n'était pas source d'incohérence dans le contrat.

Enfin **l'arrêt Faurecia II** a réinstauré un **contrôle *in concreto* de la clause** avant de la réputer non écrite.

2. Le droit positif : du contrôle de la contradiction au contrôle de l'équilibre contractuel

L'arrêt Faurecia II (Cass. com. 29 juin 2010) est reconnu par l'ensemble de la doctrine comme le point final des errements de la jurisprudence sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Il sera donc pris comme point de départ et référence pour nos réflexions.

Bien que **l'arrêt annonce un contrôle de la contradiction** à l'obligation essentielle, il effectue ensuite **un contrôle de l'équilibre** du contrat (O. Deshayes, note sous arrêt Faurecia II, *RDC* 2010, p. 1253). La Cour de cassation vérifie si la clause limitative de réparation peut être **justifiée par d'autres clauses**, d'autres avantages pour l'autre partie. Se faisant, la Cour de cassation cherche en réalité à rétablir, si nécessaire, l'équilibre dans le contrat en supprimant la clause qui créerait un déséquilibre.

Il nous semble donc qu'aujourd'hui, sous couvert d'un contrôle de la contradiction, la Cour de cassation cherche en réalité à traquer le déséquilibre contractuel. **Ce glissement est à notre avis heureux**, car l'obligation essentielle est une notion fuyante, et il nous semble que les seules clauses qui contredisent véritablement une obligation sont des clauses de non obligation, et non des clauses exonératoires responsabilité (car en présence de ces clauses-là, une inexécution volontaire reste impossible en raison de la limite du dol à l'efficacité des clauses).

3. Conséquence : Inutilité de l'article 1168 au regard de l'article 1169

On en vient donc à se demander, au regard de la jurisprudence Faurecia, **si l'article 1168 aura une véritable autonomie, ou s'il n'est pas une simple déclinaison de l'article 1169**, qui a trait au déséquilibre contractuel. Il nous semble que le contrôle du déséquilibre est préférable, et aujourd'hui préféré par la Cour de cassation. Par conséquent, il semble possible de faire l'économie de l'article 1168. **Les clauses de responsabilité seront bien mieux contrôlées avec l'outil du déséquilibre significatif**. Le résultat sera à la fois plus proche de la réalité jurisprudentielle d'aujourd'hui, et plus juste. En effet, un tel contrôle permettra à la fois d'échapper au problème de définition de l'obligation essentielle, et d'offrir une vue d'ensemble au juge, qui pourra évaluer la clause dans son contexte contractuel.

Nous pensons donc, au regard de la jurisprudence récente et de l'objectif de justice contractuelle, que **les clauses limitatives et les clauses exonératoires de responsabilité**

devraient être contrôlées sur le fondement de l'article 1169, et <u>l'article 1168 devrait être supprimé</u>.

B. <u>Le champ de l'article 1169 trop étendu</u>

Si la création d'un nouvel outil était nécessaire, il paraît dangereux de l'appliquer à tous les contrats, sans aucun filtre. En effet, la justice contractuelle ne peut être atteinte au détriment de la sécurité juridique.

1. <u>Risque pour la sécurité juridique</u>

Le projet a pour but de « renforcer la sécurité juridique ». Il nous semble pourtant qu'offrir au juge le pouvoir de contrôler le contenu de tous les contrats va à l'encontre de cet objectif. En effet, lorsqu'une convention a été négociée, par deux contractants sur un pied d'égalité, **il est important ensuite que le contrat ait pleine force obligatoire**. Il en va de la **sécurité juridique des conventions**. Si toutes les conventions peuvent être modifiées par le juge, alors **la prévisibilité juridique sera ruinée**. Or, justement, le contrat, et plus particulièrement les clauses limitatives de responsabilité, sont des outils de prévisibilité pour les contractants ! Le débiteur sait qu'en cas d'inexécution non volontaire, il ne devra verser que telle somme au créancier ; celui-là est certain d'obtenir au moins cette somme, car le débiteur aura pu s'assurer sans difficulté grâce à la limite de responsabilité. Dans le cas des contrats négociés, la sécurité juridique doit être préservée.

Le **Conseil constitutionnel protège la sécurité juridique** : dans une décision 98-401 DC du 10 juin 1998, il affirme que « ***le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*** ». Il nous semble que permettre le contrôle de tous les contrats, même ceux dûment négociés, porterait une atteinte trop importante à la liberté contractuelle et surtout à la sécurité juridique des conventions.

2. <u>Risque pour l'attractivité du droit français</u>

Aujourd'hui, le droit français est difficilement lisible, la jurisprudence ayant modifié grand nombre de règles du code civil. **La réforme est bienvenue** car elle aura pour effet de permettre une **meilleure accessibilité** du droit pour les juristes français mais aussi étrangers.

Néanmoins, cette accessibilité risque de ne pas être accompagnée d'une meilleure attractivité du droit français. En effet, la sécurité juridique est un élément particulièrement important pour les contrats internationaux, les contractants cherchant à éviter à tout prix les litiges (l'élément d'extranéité complexifie la procédure). Or, permettre au juge de contrôler des contrats valablement négociés deviendra rapidement **une épée de Damoclès dont les contractants préfèreront se passer en choisissant une autre loi**.

Pour le rayonnement du droit français, il faut absolument modérer l'article 1169.

3. <u>Proposition : limiter l'outil aux contrats d'adhésion</u>

Nous proposons donc de **limiter l'outil de suppression aux contrats d'adhésion**, tels que définis à l'article 1108 nouveau. Devant l'impossibilité de négocier, le contractant se voit

imposer les termes du contrat, qui peuvent être déséquilibrés au profit de l'autre partie. Dans ce cas, il y a **une partie faible** et une partie forte, et il convient de protéger la partie faible.

En revanche, **lorsque le contrat n'est pas un contrat d'adhésion**, le contrôle du juge ne doit pas être autorisé. Si le contractant a été dupé ou n'a pas compris les termes du contrat, il pourra agir **sur le terrain des vices du consentement**. La violence économique, nouveauté du projet, est un moyen supplémentaire de combattre un déséquilibre factuel (et non structurel) entre les parties. Mais si la négociation était ouverte, et qu'il a accepté en connaissance de cause, et clairvoyance, les termes du contrat, ce dernier doit avoir force obligatoire et ne peut être remis en cause par le juge.

Certes, qui dit négociation ouverte ne dit pas nécessairement négociation possible. Les luttes de pouvoir factuelles empêchent parfois un contractant de véritablement discuter le contenu du contrat. Cependant, le droit ne peut sauver toutes les parties faibles, car la faiblesse n'est pas toujours facilement identifiable, et pas toujours là où on l'attend. Les tristes exemples de consommateurs malicieux qui agissent contre des professionnels sans ressources nous montrent bien que **la victime n'est pas toujours celle que l'on croit**. Et imaginer une protection qui ne s'appliquerait qu'à la partie qui a prouvé sa faiblesse entamerait bien trop gravement la sécurité juridique.

Le choix de limiter la lutte des clauses abusives dans les contrats d'adhésion permet de concilier justice contractuelle et sécurité juridique, deux objectifs recherchés par le projet.

Article 1221

`

Maxime Cormier

Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas

Sujet de thèse : L'exécution forcée déraisonnable
Sous la direction du Professeur Denis Mazeaud

Synthèse

Article 1221 (version proposée)

Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible. ~~ou si son coût est manifestement déraisonnable.~~

Le juge peut également, par une décision spécialement motivée, refuser d'accorder l'exécution en nature d'une obligation si le débiteur démontre qu'il existe une disproportion manifestement déraisonnable entre le coût de l'exécution en nature et son intérêt pour le créancier.

La débiteur ne peut réclamer l'application de la règle prévue au précédent alinéa lorsque l'inexécution procède d'une faute lucrative ou encore lorsque les parties en ont spécifiquement écarté l'application.

***

- Afin d'éviter que la stricte application de la primauté de l'exécution forcée n'aboutisse à des décisions que l'observateur pourrait opportunément qualifier d'inéquitables, l'article 1221 du Projet consacre justement une nouvelle limite à l'exécution forcée fondée sur son « *coût manifestement déraisonnable* ».

- La critique contre la nouvelle limite est vigoureuse : le mécanisme serait une malheureuse manifestation du suivisme culturel du droit français des contrats, influencé par l'expérience étrangère et l'analyse économique du droit ; et reconnaître au juge le pouvoir d'apprécier l'opportunité de l'exécution forcée dans les termes de l'article 1221 du Projet pourrait remettre substantiellement en cause la primauté de cette sanction. À ces critiques, on pourra répondre que la nouvelle limite, si elle est connue ailleurs et soutenue par l'analyse économique du droit, n'est pas étrangère au droit français. Au-delà, la crainte relative à un sur-interventionnisme du juge susceptible de remettre en cause la primauté de l'exécution forcée paraît exagérée : outre le fait qu'une définition plus affinée de la limite – comme on la proposera – est possible, l'assertion repose sur l'idée peu convaincante que le juge se saisira du nouveau mécanisme pour renverser la primauté de la sanction alors qu'elle est consacrée au début de l'article 1221 du Projet et qu'il a contribué à la construire ces dernières années.

- L'article 1221 du Projet n'emporte pas toutefois une adhésion totale, tant il est silencieux quant à la mise en œuvre de la nouvelle limite. Divers ajouts sont donc proposés :
  - Il convient d'expliciter que par « *coût manifestement déraisonnable* », on entend « *une disproportion manifestement déraisonnable entre le coût de l'exécution en nature* [pour le débiteur] *et son intérêt pour le créancier* » et non pas une analyse centrée sur la seule situation patrimoniale du débiteur. Toutefois, pour éviter la paralysie du mécanisme, il importe de ne pas expliciter l'approche à adopter pour évaluer l'existence d'un intérêt pour le créancier.
  - Afin que le juge prenne acte du caractère exceptionnel de la nouvelle limite et considère effectivement l'ensemble des éléments que les parties pourraient lui transmettre, il est proposé que son application nécessite « *une décision spécialement motivée* ».

- Pour que l'application de la nouvelle limite intervienne dans les hypothèses où l'équité et la justice commande d'écarter l'exécution forcée, il est recommandé d'expliciter dans le texte différents éléments qui pourraient faire systématiquement échec à son application. Déjà, le débiteur ne saurait être autorisé à se prévaloir de la nouvelle limite lorsque l'inexécution procède d'une « *faute lucrative* ». En effet, fondée sur des considérations équitables, la nouvelle limite ne peut récompenser les comportements relevant d'une mauvaise foi vénale. Ensuite, le débiteur ne devrait pas pouvoir bénéficier de la nouvelle limite lorsque les parties « *en ont spécifiquement écarté l'application* », une telle exclusion étant alors soumise aux règles relatives aux clauses abusives.

Analyse

1.- L'article 1221 du code civil, tel qu'il serait issu du Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ci-après, « le Projet »), prévoit que « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable* ».

La lecture de ce texte du Projet se fait en deux temps : le premier est celui de la confirmation, de la consolidation, le second est celui de la rupture. En effet, en prévoyant que « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible* », la disposition valide les solutions prétoriennes – validées par la doctrine majoritaire – relatives à l'exécution forcée en nature des obligations de faire : outre la primauté de l'exécution forcée, la disposition analysée rappelle opportunément la limite dégagée classiquement par la jurisprudence, à savoir l'impossibilité – morale, matérielle ou juridique – de la sanction réclamée par le créancier. En revanche, lorsque l'article 1221 prévoit que le créancier peut obtenir l'exécution forcée de l'obligation **sauf « *si son coût est manifestement déraisonnable* »**, il opère une **véritable rupture** par rapport au droit positif.

2.- C'est cette rupture qui retiendra, seule, l'attention de cette analyse. Loin d'être anodine, elle rompt résolument avec le droit positif et avec les vues de la doctrine majoritaire qui n'a pas manqué d'émettre des critiques à l'égard de nouvelle limite proposée par l'article 1221 du Projet[16]. À l'inverse, la présente analyse souhaite montrer en quoi **il peut être opportun que soit créée une limite à l'exécution forcée** fondée sur son coût manifestement déraisonnable. La satisfaction n'est toutefois pas entière, tant on reprochera au Projet de ne pas davantage préciser les conditions de mise en œuvre de la nouvelle limite. Ainsi, on relèvera qu'il est heureux que le juge exerce un contrôle de l'exécution forcée fondée sur son coût manifestement déraisonnable **(I)**, tout en regrettant le relatif silence entourant la mise en œuvre du contrôle judiciaire ainsi créé **(II)**.

I. Point positif : le développement d'un contrôle de l'exécution forcée fondé sur son coût manifestement déraisonnable

3.- Le principal apport de l'article 1221 du Projet est de rompre avec le droit positif qui exclut, de manière absolue, tout contrôle judiciaire en matière d'exécution forcée.

[16] V. not. T. Genicon, « Observations », *LPA* 12 février 2009, n° 31, p. 81 ; E ; Garaud, « De gré ou de force : l'exécution contractuelle en nature : Droit positif et projets de réforme », *RLDC* 2010, p.70 ; T. Genicon, « Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature », *Dr. et patrimoine* 2014, 240 ; O. Tournafond, « Le projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : commentaire raisonné et critique », *Dr. et patrimoine* 2014, 241 ; T. Genicon, « Notions nouvelles et notions abandonnées : réflexion sur une révolution des mots », *in La Réforme du droit des contrats*, Colloque organisé par l'Association du Master 2 Recherche Droit privé général de l'Université Panthéon-Assas, le 3 avril 2015 ; L. Leveneur, « Faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *in La Réforme du droit des contrats, op. cit.* ; P. Stoffel-Munck, « La réforme et l'équilibre des parties : le contrat et le juge », *in La Réforme du droit des contrats*, *op. cit.* ; comp. S. Rowan, « Le coût manifestement déraisonnable, nouvelle limite à l'exécution forcée en nature », *in* « La réforme du droit des contrats », *RDA* n°1, janv. 2010, p. 81 s. ; Y.-M. Laithier, « Le droit à l'exécution en nature : extension ou réduction ? » in « Projet de réforme du droit des contrats : premières réactions de la pratique des affaires », Colloque organisé le 8 avril 2015 par la CCI Paris Ile-de-France, l'Université Panthéon-Sorbonne et Clifford Chance.

A. Rappel du droit positif

Aujourd'hui, s'il peut constater l'existence d'impossibilités faisant échec à l'exécution forcée de l'obligation, le juge ne peut rejeter la demande du créancier au motif qu'elle est inopportune, notamment au regard du coût qu'elle représente. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler à de nombreuses reprises cette « impuissance » du juge face à une exécution forcée extrêmement onéreuse : le locataire qui réalise, sans l'autorisation du propriétaire, des améliorations peut être forcé à réaliser des travaux onéreux de remise en état alors que le propriétaire n'a pas subi de préjudice[17] ; le constructeur de piscines peut être contraint de détruire et reconstruire son ouvrage car l'escalier d'accès au bassin compte trois marches au lieu de quatre[18] ; l'entrepreneur peut être obligé de détruire la maison achevée car elle présente une différence de niveau d'implantation de 33 centimètres[19].

La quasi-exclusion du juge au stade de l'exécution forcée ne résulte pas de la lettre du code civil. On sait que les différents articles du code relatifs aux sanctions de l'inexécution contractuelle sont difficilement réconciliables : alors que l'article 1142 du code civil prévoit que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* », l'article 1184 dispose que « *la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* ». Malgré cette cacophonie, **la jurisprudence** – soutenue par la doctrine – **a établi une hiérarchie** entre les deux principales sanctions que sont l'exécution forcée et les dommages-intérêts. Invariablement, depuis plusieurs décennies, **l'exécution forcée s'est transformée en une prérogative placée entre les mains du seul créancier**, à telle enseigne que la Cour de cassation estime que « *la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a la* faculté *de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible* »[20].

B. La rupture organisée par le projet

4.- L'article 1221 du Projet vient rompre avec cette « toute-puissance » du créancier en admettant que le juge exerce un contrôle fondé sur le « *coût manifestement déraisonnable* » de l'exécution forcée. Les solutions qui témoignaient hier de la primauté de la force obligatoire pourraient ainsi, demain, rentrer dans le champ de la nouvelle limite : la remise en état coûteuse que le propriétaire demande alors qu'il n'a pas subi de préjudice pourrait être rejetée, tout comme la destruction de la piscine justifiée par l'absence d'une marche.

1. Première critique de la doctrine et réfutation

Cette évolution est loin d'être approuvée par la doctrine majoritaire, la plupart des auteurs ayant envisagé l'article 1221 du Projet concluant à son inopportunité. La critique met ainsi en cause, tour à tour, l'atteinte à la primauté de l'exécution forcée en nature, la formulation relativement « lâche » de la limite permettant aux juges « *d'écarter la prestation en nature à chaque fois que les frais d'exécution pour le débiteur sont tels qu'il n'y retrouve*

[17] Civ. 3e, 18 novembre 1980, *Bull. civ.* III, n° 177.
[18] Civ. 3e, 17 janvier 1984, *JCP* 1984, IV, 93, *RTD civ.* 1984. 711, obs. Mestre.
[19] Civ. 3e, 11 mai 2005, *Bull. civ.* III, n° 103, *JCP* 2005, II, 10152, *RTD civ.* 2005. 596, obs. Mestre et Fages, *RDC* 2006. 323, obs. Mazeaud, *CCC* 2005, comm. 187, obs. Leveneur.
[20] Civ. 1e, 16 janv. 2007, n° 06-13.983, *D.* 2007. Jur. 1119, note Gout, *RTD civ.* 2007. 342, obs. Mestre et Fages, *CCC* 2007, n° 144, obs. Leveneur ; *RDC* 2007. 719, obs. Mazeaud ; *JCP* 2007. I. 161, obs. Mekki (on souligne).

« manifestement » *pas son compte* »[21], la faveur consentie au débiteur pourtant fautif ou « *l'affaissement des droits du créancier contractuel bafoué* »[22] avant de relever l'influence malheureuse et anachronique des droits de *common law* ou du mouvement de l'analyse économique du droit. En définitive, la nouvelle limite envisagée par l'article 1221 du Projet serait un Cheval de Troie qui permettrait au juge, sous couvert d'une certaine charité à l'égard du débiteur, de faire effondrer l'édifice ériger depuis des temps immémoriaux sur des piliers tels que la force obligatoire des contrats et la sécurité juridique.

5.- Séduisante, la critique n'est pas sans reproches[23].

En premier lieu, elle attribue à dessin la nouvelle limite à l'analyse économique du droit et à l'expérience étrangère. S'il est vrai que certains systèmes étrangers, notamment de *common law,* connaissent cette limite dont les méritent peuvent être confortés par l'analyse économique du droit, une telle présentation fait l'impasse sur les « traces » hexagonales et non-économiques de la limite. Pothier estimait ainsi, dans son *Traité du contrat de vente*, que « *lorsque le débiteur doit ressentir de l'exécution de son obligation un dommage beaucoup plus considérable que celui que le créancier peut ressentir de l'inexécution, il est de l'équité que le créancier en ce cas se contente d'être indemnisé de ce qu'il souffre de l'inexécution par une condamnation de dommages et intérêts, et qu'il ne puisse contraindre en ce cas le débiteur à l'exécution précise de l'obligation* »[24]. D'autres auteurs contemporains – et toujours peu enclin à reconnaître à l'analyse économique du droit une quelconque dimension normative – ont pu conclure qu'il serait souhaitable que la Cour de cassation affirme « *nettement que le droit à l'exécution en nature n'est pas un droit absolu et discrétionnaire* »[25]. La prétendue extranéité de la nouvelle limite doit également être relativisée lorsque sont considérées des décisions autorisant les juges du fond à exercer un pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de l'exécution forcée en nature[26] : *« Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté que les malfaçons relevées n'étaient pas de nature à mettre en péril la solidité du gros œuvre et à justifier la demande en démolition et reconstruction de l'édifice, a souverainement déterminé les modalités de la réparation du dommage cause et fixe ses limites* »[27].

En second lieu, la critique fait un usage opportun de la généralité des termes de l'article 1221 du Projet afin de faire une présentation exagérée voire caricaturale de la nouvelle limite. À lire certains, il suffirait que débiteur démontre au juge que l'exécution forcée en nature est particulièrement onéreuse pour lui afin qu'elle soit exclue. Cette vision de l'appréhension du coût de l'exécution paraît réductrice : lorsque le coût que représente l'exécution forcée conditionne sa disponibilité, c'est toujours dans le cadre d'un rapport entre ce coût, d'une part, et l'utilité de la sanction pour le créancier, d'autre part. Par conséquent, la limite aura donc vocation à jouer uniquement lorsque le débiteur pourra démontrer que le créancier n'a aucun intérêt ou seulement un intérêt trivial à l'exécution forcée. On voit également ici poindre un élément que la critique omet : dans la mesure l'exécution forcée reste la première

[21] T. Genicon, « Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature », *art. préc.*
[22] *Id.*
[23] V. not. S. Rowan, « Le coût manifestement déraisonnable, nouvelle limite à l'exécution forcée en nature », *in* « La réforme du droit des contrats », *art. préc.*. ; Y.-M. Laithier, « Le droit à l'exécution en nature : extension ou réduction ? » in « Projet de réforme du droit des contrats : premières réactions de la pratique des affaires », *préc.*
[24] Pothier, *Traité du contrat de vente*, *t.1*, 1781, n° 68.
[25] G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la Responsabilité*, LGDJ, 3ème éd., 2011, n° 20-1.
[26] V. Y.-M. Laithier, *thèse précitée*, n° 61 (et les décisions citées).
[27] Civ. 3e, 11 mars 1970, *Bull. civ.* III, n° 185

sanction disponible, il reviendra au débiteur de démontrer que le coût de l'exécution forcée est manifestement déraisonnable et non pas au créancier de démontrer qu'il est manifestement raisonnable ou tout simplement raisonnable. Enfin, contrairement à ce que soutient la critique, il est fort à parier que le juge fera un usage modéré de son nouveau pouvoir : on imagine mal le juge qui a construit la primauté de l'exécution forcée – contre la lettre du Code – utiliser la nouvelle limite pour consacrer la primauté des dommages-intérêts.

En définitive, la critique semble procéder d'une vision excessive des termes de la nouvelle limite qui, à bien la considérer, ne risque pas de remettre en cause la primauté de l'exécution forcée en nature, laquelle est d'ailleurs consacrée au début de l'article 1221 du Projet. On en vient à se demander si la critique adressée à la nouvelle limite n'est pas motivée par la volonté de nourrir une critique plus générale contre un droit des contrats aux prises de l'influence étrangère et de considérations économiques qui mettraient à mal l'autonomie des parties grâce à l'intervention du juge. Seulement, comme on l'a vu, l'article 1221 ne peut participer à cette critique.

2. Deuxième critique de la doctrine et réfutation

6.- Le second apport de l'article 1221 du Projet est de **ne pas faire usage de la notion d'abus de droit ou de bonne foi** pour exclure l'exécution forcée qui serait excessive. À la suite d'une proposition émanant d'une partie de la doctrine[28], les auteurs critiques à l'égard de la nouvelle limite étudiée ont proposé que la théorie de l'abus de droit soit explicitement applicable à l'exécution forcée en nature et que cette dernière soit exclue afin « *d'éviter les injustices criantes* » [29]. Thomas Genicon proposait ainsi d'exclure l'exécution forcée « *si le créancier, abusant de son droit, s'en prévaut dans l'intention de nuire au débiteur* »[30]. Outre le fait que la preuve de l'intention de nuire risque d'être extrêmement compliquée à rapporter, de telle sorte que la nouvelle limite verra son efficacité réduite comme une peau de chagrin, on admettra que l'usage de la théorie de l'abus est un détour inutile. En effet, à l'occasion d'un hypothétique contrôle de l'abus, ce sont le coût de l'exécution forcée et l'intérêt du créancier à obtenir cette exécution qui seront examinés par le juge, ce qui revient à la même chose que l'article 1221 du Projet. Or, **il peut être intéressant qu'une limite à l'exécution forcée reposant sur la prise en compte *de facto* de son coût soit appréhendée telle quelle et non pas *via* la notion d'abus**.

7.- En définitive, on saluera l'apport significatif de l'article 1221 du Projet tant il peut être opportun, d'un point de vue équitable et économique, que le juge puisse rejeter l'exécution forcée lorsqu'elle représente pour le débiteur un coût manifestement disproportionné par rapport à l'intérêt du créancier à obtenir cette prestation en nature. La critique dont fait l'objet cette nouvelle limite, critique fondée sur une potentielle remise en cause de la primauté de l'exécution forcée motivée par des considérations économiques et comparatives, n'emporte guère l'adhésion. Enfin, la préférence de certains pour la théorie de l'abus de droit afin de prévenir les injustices semble être un détour inutile.

[28] V. not. G. Viney, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *in* M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 167, spéc. p. 183 s. ; G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*
[29] T. Genicon, « Observations », *art. prec.*
[30] *Ibid.*

Malgré tout, l'article 1221 du Projet n'est pas exempt de reproches lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre de la nouvelle limite fondée sur le coût manifestement déraisonnable de l'exécution forcée.

II. Point négatif : le silence de l'article 1221 du Projet quant à la mise en œuvre de la nouvelle limite

8.- On pourra reprocher à l'article 1221 du Projet de **ne pas suffisamment nous renseigner sur la mise en œuvre de la limite** fondée sur le « *coût manifestement déraisonnable* » de l'exécution forcée. C'est ce silence qui a en partie autorisé la critique de la nouvelle limite.

S'il est important que le texte dédié à cette dernière réponde à certaines interrogations que le contrôle du juge peut entraîner, il est tout aussi déterminant de ne pas verser dans les détails. En effet, à vouloir construire un système trop détaillé, pour laisser le moins d'initiative au juge, on risque de paralyser le jeu de l'article 1221 du Projet. Par conséquent, on proposera divers ajouts au texte afin d'assurer le caractère exceptionnel de la nouvelle limite et, par conséquent, la primauté de l'exécution forcée.

9.- La première modification que l'on serait tenté d'apporter au texte vise à expliciter en partie les éléments que le juge aura à prendre en considération avant d'écarter l'exécution forcée**.** Comme on l'a évoqué, la critique présente la prise en compte du « *coût manifestement déraisonnable* » comme une analyse uniquement concentré sur le débiteur. Or**, la prise en compte du coût que représente l'exécution forcée pour le débiteur ne se comprend que dans le cadre d'un rapport entre l'utilité de l'exécution forcée pour le créancier et son coût pour le débiteur**. Il paraît opportun, comme le faisait l'article 105 de l'Avant-projet Terré, qui prévoit que l'exécution forcée est possible lorsque « *son coût n'est pas manifestement disproportionné par rapport à l'intérêt que le créancier en retire* », de préciser que le caractère manifestement déraisonnable du coût de l'exécution forcée doit être apprécié à la lumière de l'intérêt du créancier à obtenir la prestation en nature.

Au-delà de l'identification des deux termes du rapport, il pourrait paraître nécessaire de préciser à l'article 1221 du Projet les éléments ou l'approche que le juge devra avoir à l'esprit pour conclure au caractère manifestement déraisonnable de la disproportion entre le coût et l'intérêt de l'exécution forcée. Plus particulièrement, on peut se demander si l'appréciation de l'intérêt du créancier doit procéder d'une approche subjective ou alors d'une approche objective. Retenir la première pourrait certainement condamner la nouvelle limite, tant il sera difficile pour le débiteur d'établir l'absence d'intérêt du créancier. Opter pour la seconde pourra, à l'inverse, conduire à une application de la nouvelle limite peu respectueuse des intérêts des créanciers dont la traduction objective peut se révéler compliquer, notamment dans le cas d'une obligation de ne pas faire. Par conséquent, il semble ici opportun de ne pas écrire dans le marbre du code civil l'approche à retenir pour caractériser l'intérêt du créancier, une telle mission revenant au juge au cas par cas.

En revanche, **afin de s'assurer que le juge prenne effectivement en considération l'ensemble des éléments** que les parties pourraient avancer pour établir l'absence ou l'existence d'un intérêt pour l'exécution, il serait opportun que l'application de la nouvelle limite intervienne dans le cadre d'**une décision spécialement motivée.** Cet ajout permettra également au juge de prendre acte du **caractère exceptionnel** de la dispense consentie au débiteur.

10.- L'article 1221 du Projet doit également être **modifié afin de circonscrire la nouvelle limite à sa seule fonctio**n, à savoir permettre au débiteur d'échapper à l'exécution forcée de l'obligation lorsque celle-ci serait **injuste**. Pour préserver cet « esprit », il importe de compléter l'article 1221 du Projet en prévoyant l'exclusion de la nouvelle limite en diverses occasions.

Tout d'abord, il semble opportun de prévoir que la nouvelle limite prévue par l'article 1221 du Projet **ne pourra être invoquée par le débiteur lorsque l'inexécution de l'obligation résulte d'une faute lucrative**. Ainsi, à la comparaison de « termes objectifs » (le coût de l'exécution forcée et l'intérêt du créancier), il est nécessaire d'ajouter une **analyse du comportement du débiteur.** Il serait en effet injuste – et donc contraire à l'esprit de la nouvelle limite – que ce dernier puisse espérer bénéficier de la clémence des juges lorsqu'il a volontairement provoqué l'inexécution dans le but de conclure, par ailleurs, un contrat plus profitable.

Enfin, **le débiteur ne devrait pas bénéficier de la limite** nouvellement créée par l'article 1221 du Projet **lorsque le contrat initialement conclu stipule spécifiquement le contraire**, c'est-à-dire que le créancier est en droit d'en réclamer l'exécution forcée même lorsqu'il existe une disproportion manifestement déraisonnable entre son coût et l'intérêt qu'elle procure au créancier. La nouvelle limite à l'exécution forcée n'a pas vocation à intervenir à la marge, dans les cas où aucune répartition des risques n'est intervenue. Partant, lorsque les parties ont librement – mais *spécifiquement* – convenu que l'exécution forcée pourra être demandée par le créancier alors même que la disproportion entre son coût et son intérêt est manifestement déraisonnable, il serait malvenu de remettre en cause leurs prévisions contractuelles.

Articles 1226, 1229 et 1231 à 1231-7

`

Zoé Jacquemin

Doctorante à l'Université Panthéon-Assas
Institut de Droit Comparé de Paris

Sujet de thèse : *Payer, réparer, punir. Etude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais*
Sous la direction du Professeur Bénédicte Fauvarque-Cosson

Synthèse

Liste des modifications proposées

1. Supprimer la référence aux « risques et périls » dans la résolution par notification

« *Art. 1226.* – Le créancier peut, ~~à ses risques et périls,~~ si l'inexécution est grave, résoudre le contrat par voie de notification. Il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.
« La mise en demeure mentionne de manière apparente qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son engagement, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.
« Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.
« Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution.

2. Autoriser le cumul de la résolution et du remboursement du contrat de substitution

« *Art. 1229.* – La résolution met fin au contrat.
« Le créancier ne peut plus poursuivre l'exécution du contrat par le débiteur, mais il conserve le droit au remboursement des sommes engagées en application de l'article 1222.
« La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice.
« Elle oblige à restituer les prestations échangées lorsque leur exécution n'a pas été conforme aux obligations respectives des parties ou lorsque l'économie du contrat le commande.
« Les restitutions ont alors lieu dans les conditions prévues au chapitre V du titre IV.

3. Introduire la restitution des profits pour sanctionner la violation lucrative du contrat

« *Art. 1231-3.* – Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.
« *Art. 1231-4.* – Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.
« *Art. 1231-5.* – Toutefois, en cas de dol, le créancier de l'obligation inexécutée peut préférer demander au juge que le débiteur soit condamné à lui verser tout ou partie du profit retiré de l'inexécution.

4. Renumérotation. Du fait de l'introduction d'un nouvel art. 1231-5, les art. 1231-5 à 1231-7 deviennent respectivement les art. 1231-6 à 1231-8.

Analyse

Nos propositions touchent deux aspects : les effets de la résolution d'abord (I) ; les dommages et intérêts ensuite (II)

I. Les effets de la résolution

A. Les points positifs

La résolution par notification du contrat, prévue par l'art. 1226 du projet d'ordonnance, va transformer radicalement le droit français en permettant aux parties de « régler leur sort », à l'instar des « *self remedies* » du droit anglo-saxon.

L'efficacité de la résolution par notification n'est plus à démontrer. Elle peut apporter :
- un gain de temps pour les acteurs économiques ;
- un gain d'argent également ;
- un désencombrement des tribunaux ;
- une meilleure attractivité du droit français à l'international.

L'équilibre entre cette nouvelle liberté du créancier et la stabilité des transactions est assurée par trois éléments : l'exigence d'une inexécution grave, l'étape formelle de la mise en demeure et le maintien d'un contrôle du juge *a posteriori* avec une preuve de la gravité de l'inexécution incombant au créancier.

B. Les points négatifs

1. Les « risques et périls » de l'art. 1226

a- L'affirmation semble fausse

La réserve des « risques et périls » du créancier a peut-être un intérêt politique ou stratégique, mais elle ne semble pas avoir de réalité juridique. Le créancier qui résout le contrat par notification le fait-il vraiment à ses risques et périls ? Se retrouve-t-il démuni ? Perd-il un droit à restitution ou à des dommages et intérêts ? Il est permis d'en douter.

D'une part, la résolution produit les mêmes effets quelle que soit la manière dont elle est mise en œuvre (art. 1229). Le créancier ne résout donc pas « plus » à ses risques et périls par notification qu'en application d'une clause résolutoire ou par le détour d'une décision de justice. En particulier, il ne perd pas son droit à restitution qui sera l'effet général de la résolution.

D'autre part, pour ce qui est des dommages et intérêts, l'art. 1217 al. 2 précise qu'ils « peuvent s'ajouter à tous les autres remèdes ». Le créancier qui a choisi la résolution par notification en serait-il privé ? La mention des « risques et périls » pourrait être interprétée en ce sens, ce qui serait non seulement incohérent avec l'art. 1217, mais aussi particulièrement indésirable.

b- L'affirmation est indésirable

La mention des « risques et périls » a visiblement une visée dissuasive. Or, il n'est pas certain qu'une telle dissuasion soit souhaitable, si l'on veut remplir les objectifs poursuivis par la réforme, à savoir le désencombrement des tribunaux et l'efficacité économique. Certes, il faut parfois dissuader le créancier de résoudre le contrat, mais seulement lorsqu'une telle

mesure serait disproportionnée à la violation du contrat. Autrement dit, c'est seulement si l'inexécution n'est pas suffisamment grave qu'il faut dissuader le créancier de recourir à la résolution. Dans le cas inverse, la simplicité, la rapidité et l'efficacité plaident en faveur de la résolution par notification.

Aussi, il serait préférable de renoncer à la vertu intimidatrice d'une formule équivoque, pour préférer rappeler de manière simple et claire au créancier dans quel cas il est invité à user de cette prérogative et dans quel cas il lui est demandé de s'en abstenir. Autrement dit : lui rappeler que ce remède n'est à sa disposition que si l'inexécution est suffisamment grave (ce qu'annonce déjà l'art. 1224).

***c-* Proposition : rappeler l'exigence de la gravité de l'inexécution et supprimer la référence aux « risques et périls » dans la résolution par notification**

« *Art. 1226.* – Le créancier peut, ~~à ses risques et périls,~~ si l'inexécution est grave, résoudre le contrat par voie de notification. Il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.
« La mise en demeure mentionne de manière apparente qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son engagement, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.
« Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.
« Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution.

2. l'articulation empêchée de la résolution avec le contrat de substitution de l'art. 1222

a- L'intérêt d'une combinaison de la résolution et du contrat de substitution

Le droit comparé permet de tirer quelques enseignements sur la mise en œuvre de la résolution par notification. En Angleterre, la résolution par notification a pour objectif principal de permettre au créancier de conclure rapidement un contrat de remplacement (ce à quoi la règle de minimisation du dommage l'incite par ailleurs). Ce contrat conclu, il peut en obtenir le remboursement par le débiteur.

L'intérêt pratique de la résolution par notification ne devrait pas être différent en France. Si le créancier veut rompre le contrat, c'est rarement parce qu'il n'a plus d'intérêt à l'exécution, mais plutôt parce qu'il a encore un intérêt – et même un intérêt *urgent* à obtenir la prestation (ex : la revente). C'est très souvent pour conclure d'urgence un contrat de remplacement et contenir ses pertes que le créancier fait le choix de la résolution. La résolution par notification présente alors un intérêt réel pour le créancier : elle lui permet d'obtenir « ailleurs » ce qu'il ne peut plus obtenir « ici » et de respecter ainsi ses engagements envers d'autres partenaires économiques. On peut alors effectivement compter sur des économies de coûts et de temps.

Pourtant, il n'est pas certain que le créancier, dans le nouveau droit, puisse effectivement prétendre au remboursement des frais déboursés pour le contrat de substitution. On pourrait certes « faire entrer » le remboursement du contrat de substitution dans les pertes subies et les gains manqués de l'art. 1231-2, mais le remède des dommages et intérêts reste approximatif.

À l'inverse, il existe un remède spécifique qui prévoit précisément le remboursement des frais d'un tel contrat de substitution : c'est l'art. 1222.

En effet, l'art. 1222 du projet prévoit la possibilité pour le créancier de faire exécuter l'obligation par un tiers aux frais du débiteur. Ce remède existait déjà à l'art. 1144 (art. 1143 pour son pendant – la destruction – en cas d'obligation de ne pas faire), mais sous une forme judiciaire. Autrement dit, le créancier ne pouvait conclure un tel contrat de substitution aux frais du débiteur qu'après en avoir obtenu l'autorisation du juge. La lourdeur du procédé a très largement compromis l'intérêt du remède, qui est resté peu usité. Aussi, on ne peut que se réjouir que l'art. 1222 du projet permette désormais au créancier d'agir directement, après mise en demeure et sous réserve de coûts et de délais raisonnables.

Aussi, il serait possible d'envisager que **le créancier notifie à son créancier qu'en raison de la gravité de l'inexécution, il mettra fin au contrat à l'issue d'un délai et qu'il procèdera à un contrat de remplacement à ses frais.** Il remplit alors à la fois les exigences de l'art. 1226 et celles de l'art. 1222.

Néanmoins, comme va le révéler dans un instant l'étude du projet, le cumul des articles 1222 et 1226 paraît impossible. D'où une difficulté qu'il conviendrait de résoudre.

b- L'obstacle au cumul de la résolution et de la prestation de remplacement de l'art. 1222

Le problème peut être résumé ainsi : un créancier qui n'a pas obtenu l'exécution peut-il résoudre le contrat en application de l'art. 1226 et obtenir le remboursement du contrat de substitution en application de l'art. 1222 ?

L'art. 1217 al. 2 pose une règle en apparence simple : « Les remèdes qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés […] ». Il convient donc de se demander si la résolution par notification de l'art. 1226 et le remplacement de l'art. 1222 sont « compatibles ». Or, ils ne le sont probablement pas. En effet, le remplacement est appréhendé, dans le projet, comme une mesure d'exécution. C'est ce que précise bien le titre de la sous-section dans laquelle il s'insère : « l'exécution forcée en nature ». Dès lors, il ne saurait être demandé la résolution et le remplacement en même temps, puisque l'un donne effet au contrat, quand l'autre l'annihile rétroactivement.

D'un point de vue pratique, l'impossibilité d'une combinaison de ces deux remèdes va miner l'intérêt de la résolution par notification. Le but principal de la résolution par notification est de permettre au créancier d'agir vite et de « se satisfaire » ailleurs. Or, le créancier ne semble pas pouvoir le faire en usant de l'art. 1222, puisque ce texte suppose un contrat valable à exécuter.

Il apparaît dès lors nécessaire d'autoriser expressément le cumul de la résolution et du remboursement des frais du contrat de substitution.

***c-* Proposition : Autoriser le cumul de la résolution et du remboursement du contrat de substitution**

« *Art. 1229.* – La résolution met fin au contrat.
« Le créancier ne peut plus poursuivre l'exécution du contrat par le débiteur, mais il conserve le droit au remboursement des sommes engagées en application de l'article 1222.

« La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice.
« Elle oblige à restituer les prestations échangées lorsque leur exécution n'a pas été conforme aux obligations respectives des parties ou lorsque l'économie du contrat le commande.
« Les restitutions ont alors lieu dans les conditions prévues au chapitre V du titre IV.

II. Les dommages et intérêts

A. Les points positifs

Le projet d'ordonnance consacre une sous-section à la « réparation du préjudice causé par l'inexécution contractuelle ». Les articles 1231 à 1231-7 qui la composent reprennent presque à l'identique les articles 1146 alinéa 1er, 1147 et 1149 à 1153-1 du code civil. Le contenu des dispositions n'est donc pas véritablement nouveau. Leur regroupement au sein d'une section visant expressément « la réparation du préjudice » apparaît plus audacieux. Il semble consacrer la vision « réparatrice » de la responsabilité contractuelle qu'un courant doctrinal récent avait vigoureusement combattue.

Le projet d'ordonnance amène encore une précision intéressante sur les dommages et intérêts dans l'article 1217 alinéa 2 déjà évoqué : « les dommages et intérêts peuvent s'ajouter à tous les autres remèdes. ». Ceci vient éclairer la double nature des dommages et intérêts, qui constituent tantôt un remède principal, lorsqu'ils sont demandés comme sanction unique de l'inexécution et tantôt un remède complémentaire, lorsqu'ordonnés en supplément de l'exécution forcée, de la réduction du prix ou de la résolution, ils viennent parfaire le rétablissement du créancier.

Il faut noter enfin un autre apport positif du projet qui a trait à l'agencement des remèdes en général. Le code civil offrait une vision « éclatée » des remèdes que la doctrine dénonçait depuis longtemps déjà[31]. Cet éclatement rendait le droit français peu lisible pour les justiciables et peu attractif à l'étranger. La section 4 relative à l'inexécution du projet d'ordonnance est un gain sur les deux plans : la transparence et l'attractivité du modèle français. Le choix de parler de « remèdes » et non de « sanctions » accentue encore cette empreinte moderne et ouverte de notre droit à l'international.

B. Le point négatif : la restitution des profits « oubliée »

1. La disparition de l'art. 1145 et la question de la violation lucrative du contrat

a- L'art. 1145 permettant la sanction de violations lucratives du contrat

Une disposition a disparu du projet d'ordonnance : l'art. 1145 du code civil. Celui-ci dispose que « si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention ». Dans un premier temps, la Cour de cassation avait lu dans cet article une simple dispense de la formalité de mise en demeure pour ces

[31] D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD Civ.*, 1994, p. 223.

obligations d'un type particulier et dans lesquelles l'inexécution, une fois commise, apparaît irrémédiable[32]. La jurisprudence est allée plus loin par la suite en décidant que le créancier d'une telle obligation pouvait prétendre à des dommages et intérêts sans avoir à rapporter la preuve qu'il avait subi un dommage[33].

La disparition de la disposition soulève dès lors la question de l'avenir des cas qui, jusqu'à présent, étaient tranchés sur ce fondement. Il s'agissait principalement de **clauses de non-concurrence ou de non-rétablissement**, dont le non-respect avait impacté négativement l'activité du créancier, mais sans qu'il soit en mesure d'évaluer précisément son préjudice. L'article 1145 lui garantissait d'obtenir des dommages et intérêts, que les juges du fond pouvaient évaluer à l'échelle du profit réalisé par le débiteur infidèle.

C'est en effet **la violation lucrative du contrat** qui constitue l'enjeu sous-jacent à cette question. La violation d'une obligation de ne pas faire est presque toujours une violation délibérée, ne serait-ce que parce que le débiteur est actif : il « commet » la violation. Si le débiteur viole une clause de non-concurrence, c'est dans le but recherché et assumé de réaliser un profit supérieur à celui qu'il pouvait espérer en établissant son activité ailleurs. C'est une hypothèse classique de violation lucrative du contrat, que le droit tolère s'il ne prévoit pas de remède adapté.

b- La privation des profits au-delà de l'art. 1145

La disparition de l'art. 1145 fera-t-elle disparaître la restitution des profits pratiquée par les tribunaux en cas de violation d'une clause de non-concurrence ? La réponse est très certainement négative.

La Cour de cassation a déjà déclaré conforme aux articles 1134 et 1147 du code civil l'arrêt d'appel ayant condamné l'ex-salarié, qui n'avait pas respecté la clause de non-concurrence que lui imposait son contrat de travail, à payer à son ex-employeur, à titre de dommages et intérêts, l'équivalent du chiffre d'affaires réalisé, pendant la période visée par la clause de non-concurrence (deux ans), par la société que cet ancien salarié avait fondée et dont il était le gérant et le principal agent commercial[34]. Ainsi, la privation des profits peut bien se passer de l'article 1145 et être fondée sur l'article 1147 ou, dans le projet d'ordonnance, sur l'art. 1231-1.

Il est donc permis de penser que la pratique de la restitution des profits continuera de prospérer de manière cachée dans la jurisprudence – au prix si nécessaire d'une déformation de la notion de « préjudice ».

C'est pourquoi nous regrettons que l'occasion n'ait pas été saisie de consacrer explicitement le remède de la restitution des profits.

---

[32] Civ. 1ère, 26 févr. 2002, pourvoi n° 99-19053, *Bull. civ.*, I, n° 68, p. 51, *RTD civ.*, 2002, p. 809, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

[33] Civ. 1ère, 10 mai 2005, pourvoi n° 02-15910, *Bull.*, I, n° 201, p. 170, *RTD civ.*, 2005, p. 594, obs. J. MESTRE et B. FAGES et p. 600, obs. P. JOURDAIN ; *JCP G*, 2006, I, 111, n° 3 obs. P. STOFFEL-MUNCK ; Civ. 1ère, 31 mai 2007, pourvoi n° 05-19978, *Bull.*, I, n° 212, *D.*, 2007, p. 1725, obs. I. GALLMEISTER, p. 2784, note C. LISANTI et p. 2974, chron. B. FAUVARQUE-COSSON ; *JCP G*, 2007, I, 185, n° 3, obs. PH. STOFFEL-MUNCK.

[34] Cass. Soc. 6 novembre 1984, pourvoi n°82-41888, *Bull.* 1984, V, n° 409.

2. L'occasion manquée de consacrer la restitution des profits

Les tribunaux peuvent user de leur pouvoir souverain d'appréciation du préjudice pour prononcer des condamnations qui, en fait, opèrent un transfert du profit réalisé par le débiteur vers le créancier victime d'une violation lucrative du contrat. Ils continueront certainement de la faire, comme le montrent les arrêts rendus à propos de clauses de non-concurrence sur les fondements des articles 1145 et 1147 du code civil. Le droit gagnerait en transparence si cette sanction était officiellement consacrée. Cela permettrait, aussi, de mieux l'encadrer.

Le remède de la restitution des profits mérite d'être consacré pour les obligations de ne pas faire, dont la violation est presque toujours, par définition, délibérée. Elle le mérite également pour les obligations de faire lorsque c'est de manière intentionnelle et dans un but lucratif que le débiteur viole le contrat.

Le projet d'ordonnance devrait, selon nous, prendre exemple sur l'art. 120 du « projet Terré » et offrir au créancier victime d'une inexécution délibérée et lucrative du contrat le choix entre deux remèdes : les dommages et intérêts compensant ses pertes et ses gains manqués (étendus du fait du dol) et la restitution de tout ou partie du profit que le débiteur a retiré de l'inexécution.

Proposition : Introduire la restitution des profits pour sanctionner la violation lucrative du contrat

« *Art. 1231-3.* – Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.
« *Art. 1231-4.* – Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.
« *Art. 1231-5.* – Toutefois, en cas de dol, le créancier de l'obligation inexécutée peut préférer demander au juge que le débiteur soit condamné à lui verser tout ou partie du profit retiré de l'inexécution.

Renumérotation. Du fait de l'introduction d'un nouvel art. 1231-5, les art. 1231-5 à 1231-7 deviennent respectivement les art. 1231-6 à 1231-8.

Articles 1323 à 1323-3

`

Antoine Touzain

Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas

Sujet de thèse : *La consignation*,
Sous la direction du Professeur Claude Brenner

Synthèse
Modifications proposées[35]

I. Article 1323

A. Modification proposée

« Lorsque le créancier ~~refuse~~, à l'échéance et sans motif légitime, refuse de recevoir le paiement qui lui est dû ou l'empêche par son fait, le débiteur peut le mettre en demeure d'en accepter ou d'en permettre l'exécution.

Le débiteur notifie au créancier une offre de paiement conforme aux modalités convenues.

La mise en demeure du créancier arrête le cours des intérêts dus par le débiteur et met les risques de la chose à la charge du créancier, sauf dol ou faute lourde du débiteur.

Elle n'interrompt pas la prescription. »

B. Explication

Al. 1. La modification permet d'éviter les incertitudes jurisprudentielles : les conditions d'échéance et d'absence de motif légitime ne s'appliquent pas seulement au *refus* du créancier, mais également à l'hypothèse du simple *fait* de celui-ci.

Al. 2. Il convient ici de s'inspirer de l'article 1234 de l'*avant-projet Catala* : s'il est positif de moderniser la procédure des offres réelles, il faut toutefois apporter des précisions quant à la forme et au contenu de la mise en demeure :

- elle prend la *forme* d'une *notification* ;
- elle est une *offre de paiement*, ce qui permettra au juge de vérifier la bonne foi du débiteur, et la légitimité ou non du refus du créancier[36].

Al. 3. 1° Le mot « intérêts » est mis au pluriel, pour s'assurer de l'application du texte à toutes formes d'intérêts.

2° L'expression « *sauf dol ou faute lourde du débiteur* » permet de contrebalancer le transfert des risques au créancier, pour éviter que le débiteur ne soit négligent dans la conservation de la chose. S'il doit être libéré des risques, il ne faut pas qu'il se comporte au détriment du créancier[37].

[35] Chaque article fait l'objet d'une explication qui se veut sommaire. Pour le détail de l'analyse, v. *infra*, « Analyse du projet ». Les numéros de paragraphe ne sont utilisés que dans cette seconde partie.
[36] Cf. *infra*, n° 8, et n° 11.
[37] Cf. *infra*, n° 12.

II. Article 1323-1

A. Modification proposée

« Lorsque l'obligation porte sur la livraison d'une chose ou est de somme d'argent, et si l'obstruction n'a pas pris fin dans les deux mois de la mise en demeure, le débiteur peut consigner l'objet du paiement et les intérêts dus jusqu'au jour de la mise en demeure ~~auprès d'un gardien professionnel~~.

[**Proposition alternative** : ajouter après « *et les intérêts dus jusqu'au jour de la mise en demeure* » un point, puis une nouvelle phrase : « Lorsque l'obligation porte sur la livraison d'une chose, cette dernière est consignée auprès d'un gardien professionnel. »]

Si la consignation de la chose est impossible ou trop onéreuse, le juge peut en autoriser la vente amiable ou aux enchères publiques. Déduction faite des frais de la vente, le prix en est consigné.

La consignation libère le débiteur à compter de sa notification au créancier. Elle tient lieu à son égard de paiement, lorsque les conditions de celui-ci sont réunies. »

B. Explication

Al. 1. 1° La modification de pure forme – « *est de* » et non « *d'une* » – s'inspire de l'article 80 de l'*avant-projet Terré* : une obligation est « de somme d'argent », non de « livraison d'une somme d'argent »[38].

2° Concernant le verbe « *consigner* », il doit être préféré à « *séquestrer* » et « *déposer* ». En application de l'*ordonnance du 3 juillet 1816 relative aux attributions de la Caisse des dépôts et consignations*, la pratique et la jurisprudence ont conclu que ce verbe renvoie à l'idée de remise des *sommes d'argent* à cet organisme. Ce monopole de principe doit être maintenu. Il protège en effet les intérêts du débiteur, qui sera libéré sans risquer de se voir reprocher sa négligence dans la désignation du tiers détenteur des fonds. Il protège également les intérêts du créancier, au regard de la santé financière de la Caisse des dépôts, et de l'obligation de restitution à première demande de celle-ci. Surtout, il n'empêche pas le juge, s'il le souhaite, de confier le bien à un séquestre[39].

Pour ce qui est des *biens autres que les sommes d'argent*, la pratique judiciaire conduit à la désignation professionnels habilités pour conserver de tels biens – ainsi d'une fourrière dans le cas de la consignation d'un véhicule.

Il apparaît donc que la notion ajoutée par le projet, en inspiration de l'*avant-projet Terré*, de « *gardien professionnel* », n'est ni nécessaire, ni adéquate. Non nécessaire, car l'on sait d'ores-et-déjà à qui renvoie le verbe « consigner » en pratique. Non adéquate, car elle risque d'engendrer des confusions importantes. À la rigueur, la notion de « *gardien professionnel* », si elle devait être retenue, ne devrait l'être que pour les biens autres que les sommes d'argent[40]. Mais ce serait un pis-aller.

---

[38] Cf. *infra*, n° 14.
[39] Cf. *infra*, n° 15, spéc. dans le 2.b.
[40] Cf. *infra*, n° 15.

3° Enfin, il convient de préciser qu'outre l'objet du paiement, doivent être consignés « *les intérêts dus jusqu'au jour de la mise en demeure* ». L'on sait en effet que l'article 1428 du code de procédure civile précise actuellement que les intérêts « *jusqu'au jour de la consignation* » doivent être consignés, en réaction à une difficulté pratique de détermination de l'objet consigné. Pour pallier toute difficulté à l'avenir, cette précision serait donc bienvenue[41].

Al. 2. Les modifications sont une application du choix de la « *consignation* » à l'alinéa précédent.

Al. 3. 1° Le choix de la consignation – la modification serait la même, quel que soit le choix terminologique finalement retenu – conduit à remplacer « *leur* notification » par « *sa* notification ».

2° L'ajout d'une phrase à l'alinéa 3, *in fine* consiste en la reprise de l'article 1257 actuel du code civil, avec une précision tirée de l'*avant-projet Catala* :

- l'article 1257 actuel prévoit que *la consignation tient lieu de paiement à l'égard du débiteur* ; sa reprise permet de souligner la filiation évidente entre la consignation et le paiement, de justifier la place de cette procédure dans une section relative au paiement et de consacrer l'aspect *libératoire* de cette procédure, indiquant au juge la possibilité de s'inspirer du droit du paiement ;
- l'article 1233 de l'*avant-projet Catala* indique que *les conditions du paiement doivent être réunies*, ce qui permet de se passer de l'actuelle énumération des conditions des offres réelles, qui évoquent les conditions du paiement des articles 1320-1 s. du projet ici commenté[42].

III. Article 1323-2

A. Modification proposée

Ce texte peut être maintenu tel quel.

B. Explication

Il est effectivement nécessaire d'indiquer, par un texte spécifique, que les obligations autres que celles portant sur la livraison d'une chose ou de somme d'argent ne sauraient donner lieu à un régime de demeure identique à celui prévu pour celles-là. Cet article est donc bienvenu[43].

IV. Article 1323-3

A. Modification proposée

« Les frais de la mise en demeure et de la consignation sont à la charge du créancier. »

[41] Cf. *infra*, n° 14.
[42] Cf. *infra*, n° 16 s.
[43] Cf. *infra*, n° 8.

B. Explication

L'on se contente de modifier l'article 1323-3 pour le mettre en conformité avec l'article 1323-1.

V. Proposition d'ajout : Article 1323-4

A. Modification proposée

La consignation peut être acceptée par le créancier ou validée par un jugement passé en force de chose jugée. La consignation acceptée ou validée vaut paiement.

En cas d'acceptation ou de validation, la consignation ne peut plus, même si le créancier y consent, être retirée par le débiteur au préjudice des tiers.

À défaut d'acceptation ou de validation judiciaire, le débiteur peut retirer la consignation. La libération est réputée n'être jamais intervenue.

B. Explication

Il s'agit ici de combler un vide du projet, qui concerne un aspect important de la procédure des offres réelles ici réformées et modernisées. Il s'agit ici de reprendre, en substance, le contenu des articles 1261, 1262 et 1263 actuels du code civil.

Al. 1. 1° Le créancier peut librement retirer la consignation s'il l'accepte : le litige disparaît, et il n'y a pas d'obstacle à la déconsignation, dès lors que le créancier peut justifier de son identité.

2° Le débiteur peut demander en justice la validation de l'offre de paiement et de la consignation, à titre principal ou par voie d'exception. Si le juge valide la consignation, celle-ci ne peut plus être retirée par le débiteur, mais seulement par le créancier, qui n'aura rien d'autre.

3° Lorsque la consignation est acceptée ou validée, elle n'est pas seulement *libératoire* pour le débiteur : elle vient *éteindre* l'obligation. C'est pourquoi la consignation vaut alors paiement, et ce à l'égard de tous. En effet, le créancier acceptant est nécessairement satisfait ; et, en cas de validation judiciaire, il est réputé l'être[44].

Al. 2. Le droit positif doit ici être réaffirmé : la validation ou l'acceptation prive le débiteur de sa faculté de retrait, sauf consentement du créancier. Mais ce consentement ne saurait préjudicier aux tiers : dès lors que la consignation acceptée ou validée vaut paiement, les tiers garants sont libérés définitivement ; la volonté des parties au paiement ne saurait revenir sur cette libération.

Al. 3. Malgré certaines critiques doctrinales, il convient de maintenir la faculté de retrait du droit positif. Si le débiteur estime que son offre de paiement n'est pas satisfaisante, ou s'il a besoin des fonds que le créancier refuse de recevoir ou ne peut récupérer, le débiteur doit

[44] Cf. *infra*, n° 16 s.

avoir la faculté de recouvrer la libre-disposition des sommes – sauf acceptation ou validation de la consignation[45].

VI. Modifications collatérales

A. Dans le projet

L'on se propose ici d'*ajouter un nouvel article 1322-2* qui viendrait préciser les rapports entre la demeure du débiteur et celle du créancier. Cet article disposerait comme suit : « La mise en demeure du débiteur prend fin lorsque celui-ci met en demeure le créancier de recevoir paiement, [selon les modalités prévues aux articles 1323 et suivants du présent code] ».

Cet article permettrait l'articulation entre la demeure du créancier et celle du débiteur. Il peut en effet être des hypothèses dans lesquelles le créancier souhaite éviter que le débiteur ne sorte de sa situation de demeure, et refuse ainsi de recevoir paiement. En ce cas, il faut faire l'emporter la volonté de libération du débiteur, par la cessation des effets de « sa » demeure[46].

B. Hors du projet

Le texte ainsi amendé serait auto-suffisant. Il serait donc pertinent de *supprimer les articles 1426 à 1429 du code de procédure civile*, régissant la procédure des offres réelles suivies de consignation[47].

[45] Sur l'ensemble de ces points, cf. *infra*, n° 16 s.
[46] Cf. *infra*, n° 6.
[47] Cf. *infra*, n° 3.

Analyse[48]

I. Points positifs

A. La théorie de la demeure consacrée

B. La procédure d'offres réelles modernisée

II. Points « négatifs »

A. Encadrer le régime

B. Consacrer la consignation

C. Mentionner les effets de la consignation

* *

*

18. En guise de synthèse, l'on se félicitera de ce que le législateur se saisisse enfin de la question de la modernisation de la procédure des offres réelles. Toutefois, l'on souhaite attirer son attention sur l'incomplétude de l'*avant-projet Terré*, qui, privilégiant les réflexions afférentes à la notion et au mécanisme du paiement, n'a pas été suffisamment travaillé sur le terrain des offres réelles. La modernisation de la procédure est *nécessaire*, mais elle ne doit pas être *détachée des réalités*.

On l'a vu, le droit comparé, l'histoire, la pratique, et la logique des concepts vont dans le sens d'une modernisation *respectueuse* de l'esprit du code civil. La *mora creditoris* doit être consacrée, pour mettre le droit français en phase avec celui de ses voisins. Mais si les droits étrangers se détachent du droit français par les effets attribués à la demeure, l'on ne saurait en dire autant concernant la *consignation* : la France n'est nullement en retard sur son temps, ni sur ses voisins, en la matière. La réforme doit permettre de revenir sur la déformation historique de la procédure romaine : mais *réformer, n'est-ce pas, étymologiquement, remettre dans sa forme originelle* ?

[48] Note de l'éditeur : seul le plan de l'analyse se trouve ici reproduit.