

Les effets du contrat dans le projet de réforme

Antoine Hontebeyrie,
Agrégé des facultés de droit,
Professeur à l'université d'Evry-Val-d'Essonne,
Avocat associé,
Cabinet Racine

Comme l'annonce l'article 1^{er} du projet, le contrat produit, avant tout, des effets de droit : des obligations, des permutations, diverses normes (1). Mais, osons le jeu de mots, les effets du contrat sont aussi les faits du contrat, ceux par qui l'accord des contractants se mue en réalité matérielle. L'obligation vient au fait par l'exécution, la permutation par la possession, la norme par son observation. C'est ce déploiement qui donne au contrat sa dimension sociale la plus forte, dépassant largement le cercle des contractants. C'est finalement lui que les parties, comme les tiers, tantôt revendiquent, tantôt esquivent. Et c'est de lui ou pour lui que naît le conflit. La matière est donc assez dense, au sein de ce projet qui doit beaucoup à ses prédécesseurs (2) et qui est également inspiré, harmonisation oblige, de « codifications savantes » (3). Point de révolution, mais tout de même des évolutions et des questions (4). On essaiera d'en retracer l'essentiel en distinguant, de façon peu académique mais néanmoins commode, les effets *stricto sensu* du contrat et la vie du contrat.

I. Les effets *stricto sensu* du contrat

La question conduit logiquement à distinguer, avec le projet, deux séries d'effets, les premiers entre les parties et les seconds à l'égard des tiers.

A. Les effets du contrat entre les parties

Comme l'annonçait, d'une certaine façon, la suppression du triptyque « donner, faire ne pas faire », le projet prend le parti de distinguer dans deux sous-sections successives l'effet obligatoire (sous-section 1) de l'effet translatif du contrat (sous-section 2), rejoignant cette idée que l'actuelle obligation de donner (*i.e. de transférer la propriété*) n'a pas réellement de substance (5). De fait, dans un système où le transfert de propriété s'opère en principe *solo consensu*, l'obligation de donner se trouve généralement éteinte aussitôt que née, ce qui peut faire douter de son existence même (6). Or, le projet maintient précisément ce principe (article 105, alinéa 1^{er}), de même, bien sûr, que l'obligation de conservation avant délivrance

(article 106), dans l'appréhension de laquelle le bon père de famille fait place à la « *personne raisonnable* ». Mais revenons plus en détail sur ces deux séries d'effets.

1. L'effet obligatoire

Force obligatoire mais « forçage ». Réserve faite de l'hypothèse du « *changement de circonstances* », sur laquelle on reviendra plus loin, les dispositions qui régissent les effets du contrat entre les parties ne contiennent rien de profondément nouveau. L'actuel article 1134 du Code civil est maintenu en substance, à cette triple différence près que le contrat se substitue à la convention (cf. l'article 1), que la modification prend place aux côtés du *mutuus dissensus*, et que l'alinéa 3, relatif à l'exécution de bonne foi, est en quelque sorte promu à l'article 3 du projet.

Plus inattendu est le maintien de la disposition actuellement contenue dans l'article 1135. L'article 103 du projet la reprend en effet mot pour mot, « conventions » excepté bien entendu : « *Les contrats 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.* » On sait combien ce texte a favorisé l'éclosion jurisprudentielle d'obligations non voulues, spécialement des obligations de sécurité, phénomène couramment dénommé « forçage » du contrat (7). Les raisons qui ont motivé la suppression de la cause, tenant essentiellement à l'instrumentalisation judiciaire dont elle a pu être l'objet, ne commandaient-elles pas d'en finir aussi avec l'article 1135 ? Aussi regrettable que soit cette suppression, il faut bien reconnaître que la question ne se présente pas de la même façon dans les deux cas. L'instrumentalisation de la cause a eu pour principale finalité la neutralisation de certaines clauses, voire de certains contrats. L'atteinte à la force obligatoire et, en amont, au postulat de l'autonomie de la volonté, est évidente. Au contraire, l'article 1135 a été utilisé pour ajouter au contrat des obligations dont les parties n'étaient pas convenues. En d'autres termes, alors que la cause, instrumentalisée, détruit l'accord en tout ou en partie, l'article 1135 ne

1) R. Libchaber, *Réflexions sur les effets du contrat*, in *Mélanges offerts à J.-L. Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 211 ; P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771.

2) Avant-projet Catala, projet Terré, outre les précédents projets de Chancellerie de 2008 et de 2009.

3) Principes relatifs aux contrats du commerce international dits « Unidroit », Principes du droit européen du contrat, dits « Principes Lando », Avant-projet de Code européen des contrats de l'Académie des privatistes européens dit « Code Gandolfi » (»), Draft Common Frame of Reference (DCFR) ou Cadre commun de référence – v. Principes contractuels communs, Projet de cadre commun de référence, dir. B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud, Société de législation comparée, 2008.

4) Pour un commentaire de l'ensemble du volet « contrat » du projet : D. Mazeaud, *Droit des contrats : réforme à l'horizon : D 2014*, chr. p. 291. Adde la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (octobre 2011).

5) V. déjà les articles 91 et s. du projet Terré.

6) V. not. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, I, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^e éd., p. 205 et s. et les réf. ; pour une défense toute récente de la notion : J. Dubarry, *Le transfert conventionnel de propriété*, Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand, thèse Paris I, 2013.

7) Sur les origines et la pertinence de cette dénomination : P. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, 2005, préf. F. Chabas, n° 233 et s. ; adde C. Mouly-Guillemaud, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ 2006, préf. D. Ferrier, av.-propos C. Atias et R. Cabrillac.

8) P. Jacques, *op. cit.*

9) Civ., 6 mars 1876, Grands arrêts de la jurisprudence civile, *Dalloz*, 11^e éd., n° 163.

10) Sur les origines de cette théorie : L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, *Economica* 2011, préf. L. Aynès, n° 266 et s. La littérature est extrêmement volumineuse : v. not. : J.-L. Mouralis, *Rép. civ.*, v° Imprévision ; L. Aynès, *L'imprévision en droit privé*, *RJ com.* 2005, p. 397 ; Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain* : *PUAM*, 1994, avant-propos A. Sériaux et préf. R. Bout ; E. Savaux, *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision*, Rapport français, *RDC* 2010, p. 1057 ; D. Mazeaud, *La révision du contrat*, *LPA* 30 juin 2005, p. 4 ; B. Fauvarque-Cosson, *Le changement de circonstances*, *RDC* 2004, p. 67 ; C. Jamin, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, *Dr. et patr.* 1998, p. 46 ; M. Mekki, *Hardship et révision des contrats*, 1 et 2, *JCP* 2010, doctr. 1219 et 1257.

11) J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, *L'acte juridique*, *Sirey*, 15^e éd., n° 410.

12) CE, 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*, S 1916, III, 17, note M. Hauriou.

13) V. p. ex. Com., 18 décembre 1979, *Bull.* n° 339.

14) V. l'historique dressé par L. Thibierge, *op. cit.*, n° 317 et s.

15) V. p. ex. D. Mazeaud, *La révision du contrat*, préc.

16) V. p. ex. L. Aynès, *Le devoir de renégocier*, in *Le contrat au secours de l'entreprise*, *RJ com.* 1999, n° spécial, p. 11, et L. Thibierge, *op. cit.*, n° 796 et s.

17) Com., 3 novembre 1992, *Bull.* n° 338 ; Com., 24 novembre 1998, *Bull.* n° 277 ; Civ. 1^{re}, 16 mars 2004, *Bull.* n° 86 ; rappr. Civ. 1^{re}, 29 juin 2010, n° 09-67369.

18) V. D. Tallon, *La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé in Droit et vie des affaires*, Études à la mémoire d'A. Sayag, *Litec*, 1997, p. 403 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil*, *Les obligations*, *Dalloz*, 11^e éd., n° 471.

19) V. not. les articles 6:111, 2, des Principes du droit européen du contrat, dits « Principes Lando », 97 et 157 de l'avant-projet de Code européen des contrats de l'Académie des privatistes européens ou « Code Gandolfi », et 6.2.1 et s. des Principes Unidroit.

20) V. les articles 1135-1 et s. du projet Catala, 92 du projet Terré, et 101 du

fait que construire en périphérie. L'atteinte est moins évidente dans ce dernier cas, puisque l'accord des parties n'en reste pas moins effectif. Cette atteinte fait même complètement défaut si l'on considère, avec un auteur, que les obligations de l'article 1135 n'ont pas à être rattachées à la volonté des parties mais découlent... de l'équité, de l'usage ou de la loi (8). Le maintien de la disposition de l'article 1135 ne jure donc pas avec la suppression de la cause.

Imprévision : ni-ni. Mais restons justement dans l'équité, qui de l'article 103 en question se propage dans la disposition suivante, quoique sans dire son nom. « *Dans aucun cas, avait dit le célèbre arrêt «Canal de Craponne», généralement référencé sous l'article 1135, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* » (9). Pas question, donc, de reconnaître au juge le pouvoir de réviser un contrat au cas où un changement de circonstances imprévisible lors de sa conclusion viendrait en bouleverser l'équilibre. Ainsi s'est trouvée condamnée la théorie de la « *révision pour imprévision* » (10) au profit de l'intangibilité du contrat et, peut-être, d'une conception orthodoxe de la fonction juridictionnelle auxquelles les questions macro-économiques sont censées étrangères (11). Et alors que la jurisprudence administrative a accordé une certaine place à cette théorie trente années plus tard (12), la position du juge judiciaire n'a pas varié (13), encore qu'il faille la relativiser au regard du droit des entreprises en difficulté. Cette position n'en est pas moins discutée par de nombreux auteurs (14). En substance, certains défendent la consécration d'un pouvoir judiciaire de révision du contrat (15), d'autres la simple reconnaissance d'un devoir pour les parties de renégocier celui-ci (16). De fait, à compter des années 90, quelques décisions ont pu être perçues comme les signes d'une évolution *via la bonne foi et la loyauté, dont résulterait un tel devoir* (17). En outre, et sans doute surtout, le droit français semble aujourd'hui relativement isolé sur cette question par rapport à certains systèmes étrangers (18) et « *codifications savantes* » (19). C'est donc assez naturellement que les projets de réformes successifs se sont engagés dans cette voie (20), dont celui qui fait l'objet des présents développements.

L'article 104, alinéa 1^{er}, du projet dispose en effet : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant*

la renégociation. » A ce stade, la disposition n'a guère de portée utile(21). Elle ne fait que rappeler l'évidence. Il n'est pas besoin de texte pour admettre qu'une partie puisse demander une renégociation du contrat et doive, en attendant, continuer d'exécuter celui-ci. Pas besoin de texte non plus pour autoriser les parties à renégocier si elles le souhaitent. De sorte qu'en subordonnant cette perspective à la survenance d'un bouleversement imprévisible, l'alinéa 1^{er} laisse entendre qu'elle est exclue dans le cas contraire, ce qui n'est évidemment pas le cas. Mais l'effet utile se trouve dans l'alinéa 2 du texte, aux termes duquel : « *En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.* » Le dispositif appelle ici trois séries d'observations.

La première concerne le pouvoir dont le juge se trouve ainsi investi pour adapter le contrat si les parties lui en font toutes deux la demande. D'abord, quelle portée reconnaître aux instructions qui pourront accompagner cette demande ? La logique voudrait que le juge doive les suivre, puisque le dispositif postule un accord des parties. Que faire, cependant, si ces instructions ne sont pas parfaitement en accord de part et d'autre ? Ne pas en tenir compte, sans doute. Mais ne faut-il pas en déduire qu'il n'y a finalement pas d'accord ? Et que décider lorsque, à l'examen du dossier, de nouvelles questions surviennent, suscitées par la complexité technique du contrat ? Relevons au passage que l'adaptation n'est pas limitée dans son périmètre et peut donc *a priori porter sur d'autres aspects que monétaires : le volume des prestations, les délais d'exécution, la durée du contrat, voire la présence de telle ou telle clause, etc. Une telle perspective est-elle réellement envisageable sans l'aide et la présence des parties ?*

En somme, à celles qui sont déjà inhérentes à l'intervention du juge (22), le projet ajoute d'autres difficultés, tenant au cadre de cette intervention. Commentant l'article 136 du projet initial de la Chancellerie, M. Georges Rouhette avait pourtant observé : « *Les pouvoirs accordés au juge devraient être précisément définis* » (23). Avec un pouvoir de révision autonome (*i.e. ne supposant pas un accord des parties*), *les choses sont d'une certaine façon simples. Des débats s'instaurent et le juge tranche, le cas échéant en tenant compte des directives du texte, comme le prévoyait par exemple le projet Terré en se référant aux « attentes légitimes des parties »* (article 92). De même, l'option pour un devoir de renégocier plutôt que pour la révision imposée n'est pas non plus exclusive de toute intervention judiciaire (24). En n'optant ni pour ce pouvoir, ni pour ce devoir, et sans plus de précision, le projet place les parties dans un environnement

incertain et insécurisant. Plus incidemment, on peut s'interroger sur l'effet que l'adaptation décidée produira sur les sûretés consenties par des tiers pour garantir l'exécution du contrat. Il est probable qu'elles prendront fin pour l'avenir, sauf clause contraire ou accession (25), ce qui n'encouragera pas non plus l'accord. En définitive, l'intérêt du dispositif paraît, en l'état, essentiellement incitatif, les parties étant encouragées à renégocier le contrat elles-mêmes (26).

De fait, et c'est la deuxième observation qui s'impose, il est tout de même prévu que le juge puisse mettre fin au contrat en cas de refus ou d'échec de la renégociation. Les mots « *A défaut* » renvoient en effet manifestement au commun accord des parties pour saisir le juge d'une demande d'adaptation, sachant que le précédent projet était au contraire ambigu sur ce point (27). Pour autant, il ne ressort pas clairement du texte que l'extinction du contrat soit de droit. L'hypothèse d'une « extinction facultative », laissée à l'appréciation du juge, ne peut donc pas être exclue, d'autant que le projet met en place une nullité facultative dans un registre un peu approchant (28). Il serait opportun que ce point soit clarifié. Par ailleurs, il est précisé que le contrat prend fin à la date que fixe le juge. L'extinction peut donc vraisemblablement prendre effet à compter de la survenance de l'événement litigieux (29), mais peut-être aussi plus tard, étant précisé que la saisine du juge par le débiteur ne dispense vraisemblablement pas en elle-même ce dernier d'exécuter dans l'attente de la décision (30). Mais la marge de manœuvre du juge va bien au-delà, puisque le texte vise également les « conditions » fixées par lui, autorisant de la sorte des modalités autres que temporelles : restitutions, remise en état, confidentialité, non-concurrence ?...

En troisième lieu, il faut évoquer le domaine du dispositif. D'abord, comme dans le projet Terré (31), tous les types de contrats sont concernés, et pas seulement les contrats à exécution successive ou échelonnée ainsi que le prévoyait l'avant-projet Catala (32). D'où il résulte, par exemple, qu'une vente à terme serait éligible au dispositif (33).

Ensuite, il faut un « *changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend[ant] l'exécution excessivement onéreuse* ». La notion d'imprévisibilité est particulièrement exigeante et le projet aurait pu, sur ce point, s'inspirer de travaux récents sur la notion d'« imprévu » (34). Comme l'écrit l'auteur préfacier auxdits travaux : « *Aujourd'hui, à peu près tout est prévisible... Il y a pourtant tant d'imprévu* » (35). De fait, ce qui compte n'est-il pas finalement le bouleversement de la donne initiale telle qu'elle existait aux yeux des parties, en tout cas du débiteur considéré ? L'inconvénient inhérent à cette appréciation *in concreto* (prise en compte

d'événements imprévus mais prévisibles pour un contractant diligent) pourrait être pallié par l'exclusion du bénéficiaire du dispositif dans le cas où le débiteur, quoique n'ayant pas prévu l'événement, aurait dû le prévoir (36).

Outre l'imprévisibilité, sont sans doute implicitement requises la nouveauté (« *changement* ») et l'extériorité (« *circonstances* » – au pluriel, donc), à l'exclusion, par exemple, de difficultés internes de l'entreprise du débiteur ou encore d'une opération dont l'objet se révélerait intrinsèquement plus onéreux que prévu (37). Observons au passage que la condition d'onérosité excessive semble exclure que le dispositif puisse être utilisé pour revendiquer le partage d'un éventuel « surprofit », dont un arrêt remarqué a admis le principe (38). Ladite condition mérite par ailleurs d'être rapprochée de l'article 129 du projet, aux termes duquel « *le créancier d'une obligation peut (...) en poursuivre l'exécution en nature sauf (...) si son coût est manifestement déraisonnable* » (39). Ce texte ne remplit-il pas une partie au moins de l'office du dispositif ici analysé ? En d'autres termes, un débiteur qui ne relèverait pas du domaine de ce dispositif ne pourrait-il se retrancher dans cet article 129, qui ne dit rien du remède de substitution ? L'articulation des deux dispositions mériterait sans doute d'être travaillée.

Enfin, il faut que le changement rende l'exécution excessivement onéreuse pour une partie « *qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* ». L'aléa chasse l'imprévision, pourrait-on dire, comme il chasse la lésion, les garanties, etc. Cela étant, ainsi libellé, le texte peut laisser entendre que l'exclusion du dispositif par acceptation du risque suppose que le débiteur ait accepté le risque **du changement en question, pris individuellement**. Cette interprétation paraîtrait contestable, car en présence d'une telle acceptation l'événement ne serait plus imprévisible, de sorte qu'il ne tomberait tout simplement pas sous le coup du dispositif. On peut donc plutôt supposer que ce dispositif sera efficacement exclu par une clause stipulant que le débiteur accepte d'assumer le risque d'un changement de circonstances rendant l'exécution excessivement onéreuse pour lui, quelles que soient l'origine, la nature, l'ampleur, etc., des dites circonstances. Quid d'une clause de sauvegarde ou hardship (40) ? Sa seule présence suffira-t-elle à exclure le jeu de l'article 104 et, en particulier, de son alinéa 2 ? Il se peut, bien sûr, que la clause révèle que l'événement en cause était prévisible (41), auquel cas la disposition sera fermée. Mais, en dehors de cette hypothèse, la question est délicate. D'un côté, la clause de sauvegarde laisse précisément entendre que le débiteur n'a pas entendu supporter le risque en question. De ce strict point de vue, la condition du texte n'est donc pas remplie. Du reste, la difficulté ne se pose de toute façon pas si la clause permet de supprimer le déséquilibre survenu. Qu'en est-

projet de la Chancellerie de mai 2009, et 136 du projet de juillet 2008 ; v. E. Savaux, L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision, préc.

21) V. D. Mazeaud, Droit des contrats : réforme à l'horizon !, préc., spéc. n° 11.

22) Sur lesquelles : L. Thibierge, *op. cit.*, n° 788 et s. ; O. Penin, La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, Contribution à l'étude du contrat acte de prévision, *LGDJ* 2012, préf. Y. Lequette, n° 878 et s.

23) *RDC* 2009, p. 265.

24) V. L. Thibierge, *op. cit.*, n° 81 et s. ; O. Peneau, *op. cit.*, n° 893 et s.

25) Rappr. l'article 1281 du Code civil.

26) G. Rouhette, préc.

27) V. G. Rouhette, préc.

28) Cf. l'article 77, à propos de la clause créant un déséquilibre significatif.

29) Rappr. G. Rouhette, préc.

30) v. l'article 105, alinéa 1^{er} ; pour une perspective un peu différente dans l'hypothèse d'un devoir de renégocier : L. Thibierge, *op. cit.*, n° 818 et s.

31) Article 92, alinéas 2 et 3.

32) Article 1135-1

33) V. D. Fenouillet, Les effets du contrat entre les parties, Les principes, *in* Pour une réforme du droit des contrats, préc., p. 243, spéc. p. 245.

34) L. Thibierge, *op. cit.*, n° 2 et s. 21 et s.

35) L. Aynès, préf. préc.

36) Rappr. l'article 2224 du Code civil.

37) Ex. : composition d'un sous-sol dans une opération de forage.

38) Nancy, 26 septembre 2007, *RTD civ.* 2008, p. 295, obs. B. Fages, *D* 2008, p. 1120, note D. Boutonnet et p. 2965, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson, *RDC* 2008, p. 738, obs. D. Mazeaud et p. 759, obs. S. Carval, *JCP* 2008, II, 10091, note M. Lamoureux, *RLDC* 2008, n° 2069, obs. O. Cachard.

39) V. *infra*.

40) V. Y. Lequette, De l'efficacité des clauses de hardship, *Liber amicorum C. Larroumet, Economica*, 2010, p. 267.

41) Notamment parce qu'il y a été spécialement envisagé : v. F. Magar, *Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation*, *D* 2010, chr. p. 1959.

42) P. Rémy, L'effet translatif *in* Pour une réforme du droit des contrats, préc., p. 249 spéc. p. 250.

43) V. not. F. Danos, Propriété, possession et opposabilité, *Economica*, 2007, préf. L. Aynès, n° 326 et s. ; J.-P. Chazal et S. Vicente Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil, *RTD civ.* 2000, p. 477.

44) A rapprocher de l'article 79, alinéa 1^{er}, posant le principe du consensualisme.

45) Ex. : clause de réserve de propriété.

46) Ex. : valeurs mobilières (article L. 228-1, dernier alinéa, du Code de commerce).

47) V. p. ex. Civ. 1^{er}, 22 juillet 1968, *Bull.* n° 218.

48) H. Batiffol, Droit et nature des choses dans la philosophie française du droit *in* H. Batiffol, Choix d'articles rassemblés par ses amis, *LGDJ* 1976, p. 386, spéc. p. 389.

49) Sur l'impossibilité de concevoir un droit de propriété sans objet et la nécessité corrélative de reconnaître une obligation d'individualiser dans un contrat translatif portant sur une chose de genre : J. Dubarry, *op. cit.*, n° 243 et les réf.

50) F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, *Dalloz*, 9^e éd., n° 124 et les réf. ; *adde* J. Dubarry, *op. cit.*, n° 363 et s.

51) P. Simler, obs. *in* *JCP* 2008, I, 202, n° 6.

52) Rapp. F. Zénati-Castaing et T. Revet, Les biens, *PUF*, 3^e éd., n° 797.

53) V. R. Bonhomme, La dissociation des risques et de la propriété, *in* Etudes de droit de la consommation, *Liber amicorum* Jean-Calais Auloy, *Dalloz* 2004, p. 69 ; F. Danos, *op. cit.*, n° 359 et s. ; pour une perspective plus générale sur la discussion : O. Deshayes, *Rép. civ. Dalloz*, v° Théorie des risques, n° 83 et s.

54) V. C. Witz, *J.-Cl. civ.*, art. 2011 à 2030, n° 4 et les réf. ; P. Dupichot, Opération fiduciaire sur le sol français, *JCP* 2007, act. 121.

55) P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Les obligations, *Defrénois*, 6^e éd., n° 791.

il cependant lorsque le mécanisme de révision mis en place laisse au contraire subsister un excès ? La logique voudrait que le texte ne trouve pas à s'appliquer, parce qu'en convenant dudit mécanisme le débiteur a corrélativement accepté le risque qu'il ne suffise pas à supprimer l'excès. La résolution de la difficulté dépendra toutefois étroitement du libellé de la clause.

2. L'effet translatif

Autonomie. Séparé de l'effet obligatoire, l'effet translatif du contrat se trouve appréhendé comme un effet légal et non plus comme celui d'une obligation (42). Le principe du transfert *solo consensu*, bien que controversé (43), est maintenu dans une disposition légèrement « toiletée » (article 105, alinéa 1 (44)), envisageant « l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit ». La même disposition ajoute que le transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou une disposition de la loi (alinéa 2). Le premier cas (45) ne soulève guère de difficulté, non plus que le dernier (46).

On doit en revanche s'arrêter brièvement sur la « nature des choses ». L'expression, un peu mystérieuse, se rencontre souvent en doctrine, et parfois même en jurisprudence (47), mais nulle part dans la loi semble-t-il. Que faut-il y entendre ici ? Sans doute qu'il y a matière à différé lorsque l'assiette du droit rend impossible un transfert immédiat. La nature des choses serait, en quelque sorte, la force des choses. Le principe du transfert *solo consensu* s'arrêterait là où la nature lui échappe, à défaut de quoi il perdrait du crédit, ce qui est de bonne méthode législative (48). Concrètement, l'hypothèse de la vente d'une chose de genre non encore individualisée se présente évidemment à l'esprit (49). De même pour la vente d'une chose future, par exemple d'une chose à fabriquer. Il est généralement admis qu'en pareil cas la propriété n'est transférée que lors de l'achèvement du bien (50), solution que l'on a précisément rattachée à la « nature des choses » (51). Encore peut-on se demander si le différé du transfert de propriété ne résulte pas, dans ce cas, davantage de la volonté des parties qu'il ne s'impose en fait (52). La question n'est pas sans intérêt, car un différé tenant exclusivement à la « nature » pourrait tout à fait cesser avant l'achèvement de la chose. Autant l'on comprend qu'un contrat portant sur une chose à fabriquer encore dépourvue de toute existence **ne puisse, par la force des choses, emporter un transfert de propriété immédiat (sur quoi ?). Autant cette impossibilité n'existe plus lorsque la chose a commencé d'être fabriquée. La nature des choses ne s'oppose plus alors à la reconnaissance d'un droit de propriété sur la tête de l'acheteur, quoique le vendeur continue à façonner la chose. Dès lors, sauf à contester la qualification de vente et à se placer sur le terrain de l'actuel article 1788, l'acheteur pourrait bien avoir à supporter les**

risques dès cet instant. Car en effet le projet relie propriété et risques (« *Res perit domino* ») encore plus explicitement que les textes actuels (article 105, alinéa 3).

Res perit domino. Observons d'ailleurs que ce lien explicite entre la propriété et les risques met(trait) un terme à la discussion qu'a suscitée le libellé de l'actuel 1138, pouvant laisser entendre que le transfert des risques ne s'opère qu'à la date d'exigibilité de l'obligation de livrer (53). Un peu plus ponctuellement, il semble que cette (ré)affirmation du lien entre propriété et risques soit de nature à conforter son applicabilité, vraisemblable mais discutée, en matière de fiducie (54). Enfin, on relèvera que la dissociation de la propriété et des risques est maintenue en cas de condition suspensive opérant rétroactivement (v. l'article 160, alinéa 2, et l'actuel article 1182), mais n'est toujours pas étendue à la condition résolutoire (v. l'article 161, mais v. aussi l'article 262, alinéa 2) contrairement à ce qui est parfois suggéré en doctrine.

Aliénations mobilières successives.

Toujours côté propriété, il faut signaler la reconduction de la règle actuellement édictée à l'article 1141, pour le cas d'acquisition d'un même bien meuble par deux personnes successivement (article 107). La solution de fond reste la même : celui des deux acquéreurs, fût-ce le deuxième, qui a pris possession l'emporte sur l'autre à condition qu'il soit de bonne foi. Le libellé de la règle est toutefois assez significativement modifié, notamment en ce qu'il vise désormais expressément les meubles corporels, et en ce que les mots « *demeure propriétaire* », qui s'accordaient mal avec le principe du transfert *solo consensu*, n'y figurent plus.

B. Les effets du contrat à l'égard des tiers

Le projet leur consacre deux séries de dispositions, les unes générales, les autres relatives au porte-fort et à la stipulation pour autrui

1. Les dispositions générales concernant les effets du contrat à l'égard des tiers

Effet relatif : recadrage(s) Le principe de l'effet relatif est évidemment maintenu. Il est aussi clarifié dans son expression. Au rebours de la lettre de l'actuel 1165, qui exclut tout effet du contrat envers les tiers, l'article 108, alinéa 1^{er}, du projet dispose simplement que « *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties contractantes.* » L'effet relatif est ainsi cantonné aux effets obligatoires du contrat, comme on l'enseigne en doctrine (55). Le contrat est donc bien, en lui-même, opposable aux tiers et par les tiers (article 109), qui néanmoins « *ne peuvent ni demander [son] exécution ni se voir contraints de l'exécuter* » (article 108, alinéa 2).

A propos de ce dernier point, il est permis de s'interroger sur l'avenir de la « responsabilité des contractants à l'égard des tiers ». On sait en effet qu'aux termes d'une jurisprudence aujourd'hui bien établie, le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage (56), la Cour de cassation ayant même admis que la réparation puisse prendre la forme d'une exécution forcée de l'obligation violée (57). Or, à la différence de l'avant-projet Catala (58), le projet n'envisage pas cette question et n'aborde celle de la réparation du préjudice causé par l'inexécution qu'à propos des parties (v. l'article 125). Cela étant, la reprise à droit constant des dispositions relatives à la responsabilité civile (sous-titre II), pourrait tout aussi bien justifier le maintien de cette jurisprudence. Cette perspective paraît d'ailleurs d'autant plus probable que le projet Terré, qui a beaucoup inspiré le présent projet, condamnait, lui, explicitement ladite jurisprudence (59).

Les dispositions générales relatives aux effets du contrat à l'égard des tiers s'achèvent avec le régime de la simulation, dont les principes actuels sont repris en substance (articles 110 et 111).

2. Le porte-fort et la stipulation pour autrui

Viennent ensuite des dispositions particulières dédiées au porte-fort et à la stipulation pour autrui, chapeautées par un article 112 reprenant, à deux virgules près, l'actuel article 1119 : « *On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même.* » La modernité n'a donc pas eu raison du sens originel de « stipuler », qui continue de signifier « devenir créancier ». On signalera en revanche la disparition de l'actuel article 1122.

Porte-fort : ratification à double détente.

S'agissant, plus spécifiquement, du porte-fort, l'article 113 l'envisage dans vraisemblablement dans ses deux principales déclinaisons : porte-fort de la ratification ou de l'exécution d'un acte (60). Et c'est bien, semble-t-il, une obligation de résultat que l'alinéa 2 fait peser sur le promettant (libération du promettant « *si le tiers accomplit le fait promis* »), tout comme la jurisprudence actuelle (61). Le mécanisme de la ratification elle-même est toutefois envisagé de façon un peu curieuse. Alors qu'on lui reconnaît généralement un effet pleinement rétroactif (62), le projet précise que le tiers qui ratifie « *est engagé à compter de sa ratification et peut se prévaloir de l'engagement depuis la date à laquelle il a été souscrit par le promettant* » (article 113, alinéa 3). On croit comprendre qu'il n'y a de rétroactivité que si et dans la mesure où le tiers la revendique. Techniquement, la règle est plus respectueuse de l'effet relatif (63), même si l'on peut

s'interroger sur sa cohérence avec la solution retenue dans le cadre de la représentation (v. l'article 63, alinéa 3). Et, concrètement, il est vrai qu'une pleine rétroactivité de la ratification peut susciter d'importantes difficultés, tenant, par exemple, au fait que le ratifiant était incapable à la date de l'acte, ou encore aux délais de prescription ou de forclusion, que la rétroactivité fait courir dès la date de l'acte (64). Il est par ailleurs probable que cette date d'effet vaudra également à l'égard des autres tiers, en principe à l'abri de la rétroactivité (65). D'un autre côté, il peut paraître opportun de permettre au ratifiant de bénéficier de la rétroactivité si tel est son intérêt, par exemple pour opposer lui-même une prescription ou une forclusion. C'est le parti que semble également prendre le projet, dans une perspective qui semble toutefois limitée (le tiers peut « *se prévaloir de l'acte depuis sa date* »). Là est le véritable tempérament à l'effet relatif, qui justifie la place du porte-fort dans la section consacrée aux effets du contrat envers les tiers.

Stipulation pour autrui : régime détaillé.

Mais ce tempérament est évidemment beaucoup plus net s'agissant de la stipulation pour autrui. Celle-ci se voit consacrer pas moins de cinq articles (114 et suivants), contre un seul actuellement dans le Code civil (66). Le dispositif ne contient rien de vraiment révolutionnaire, mais six points doivent être évoqués, qui intéresseront notamment les rédacteurs de garanties de passif dites « de reconstitution ».

Premièrement, on peut s'interroger sur l'avenir des « stipulations pour autrui implicites » au regard de l'article 114, alinéa 2, qui semble subordonner la stipulation à une attitude positive du stipulant et du promettant (le stipulant « *peut faire promettre* » au promettant). Deuxièmement, la possibilité d'ériger une personne future ou simplement déterminable en tiers bénéficiaire est clairement consacrée (67), ce qui est opportun.

En troisième lieu, la révocation peut toujours intervenir avant acceptation par le bénéficiaire, ce qui n'est pas nouveau, et y compris de la part des héritiers du stipulant (*ab intestat seulement ?*), ce qui n'est pas nouveau non plus (68). Cependant, les héritiers ne peuvent révoquer qu'après avoir mis le bénéficiaire en demeure d'accepter la stipulation (l'exigence d'une mise en demeure de **se prononcer** serait sans doute plus opportune), le projet s'inspirant ici, après d'autres, de l'article L. 132-9, I, alinéa 3, du Code des assurances. Par ailleurs, la révocation n'opère qu'à dater de la connaissance qu'en a le tiers ou le promettant (69), sauf lorsqu'elle résulte d'un testament auquel cas elle prend effet lors du décès (article 116, alinéas 2 et 3). Sous cette dernière réserve, la révocation est ainsi appréhendée comme un acte unilatéral réceptice, ce qu'elle n'est vraisemblablement pas en l'état (70). La

56) V. not. Ass. plén., 6 oct. 2006, *Bull.* n° 9.

57) Civ. 3^e, 13 juillet 2010, *Bull.* n° 146.

58) V. l'article 1342.

59) Article 125, alinéa 2.

60) V. R. Libchaber, La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution, *RJDA* 2006, p. 787 ; J.-D. Pellier, Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation, Contribution à l'étude du concept de coobligation, *LGDJ* 2012, préf. P. Delebecque, n° 70 et s.

61) V. tout récemment Com., 1^{er} avril 2014, n° 13-10629.

62) V. l'article 128, alinéa 3, du projet Terré.

63) V. J. Carbonnier, Droit civil, Les obligations, *PUF*, 2004, n° 1039.

64) Civ. 1^{re}, 8 juillet 1964, *Bull.* n° 382, à propos du délai biennal d'action en rescision pour lésion.

65) V. M. Storck, *J.-Cl. Civil*, art. 1120, n° 35.

66) Article 1121.

67) V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 533 et s.

68) V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 528.

69) Comp. l'article 22 ; comp. également l'article 131, alinéa 2, du projet Terré, et l'article L. 132-25 du Code des assurances.

70) V. les termes généraux de Civ. 1^{re}, 24 juin 1969, *Bull.* n° 246.

71) P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 815.

72) V. Civ. 1^{re}, 8 décembre 1987, *Bull.* n° 343.

73) V. A. Etienney, La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation, préf. T. Revet, *LGDJ* 2008.

74) V. not. J. Ghestin, Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, D'ici, d'ailleurs, harmonisation et dynamique du droit, Société de législation comparée 1999, p. 251 ; R. Libchaber, Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés, *Rev. sociétés* 1995, p. 437 et s.

75) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 300 et les réf.

76) V. Civ. 3^e, 20 février 1991, n° 89-17176 ; Civ. 3^e, 15 décembre 1999, *Bull.* n° 242 ; Com., 13 mars 2002, *Bull.* n° 61.

77) Comp. A. Bénabent, Droits des obligations, *Montchrestien*, 13^e éd., n° 314.

solution suscitera probablement des difficultés de preuve, d'autant qu'un traitement similaire est réservé, *mutatis mutandis*, à l'acceptation de la stipulation par le bénéficiaire (article 115, alinéa 2), acceptation qui peut intervenir après le décès de l'un quelconque des trois acteurs (article 117).

L'effet de cette acceptation conduit d'ailleurs à s'interroger, en quatrième lieu, sur la façon dont le projet appréhende le cœur même de l'institution. Non pas en ce que l'acceptation rend la stipulation irrévocable (article 115, alinéa 2), ce qui est classique, mais en tant qu'« elle investit le bénéficiaire, qui est censé l'avoir eu dès sa constitution, du droit d'agir directement contre le promettant pour l'exécution de l'engagement » (article 115, alinéa 3). Faut-il comprendre que le droit n'existe pas réellement, mais seulement fictivement, dans le patrimoine du bénéficiaire avant l'acceptation, contrairement à ce que postule la nature de la stipulation pour autrui, qui est d'être une exception à l'effet relatif (71) ? Une vision à la fois plus franche et plus orthodoxe aurait conduit à appréhender l'acceptation comme une simple neutralisation de la faculté de révocation reconnue au stipulant. Incidemment, toutefois, on peut observer que la stipulation assortie d'une charge acceptée par le bénéficiaire (72) s'adapterait sans doute mieux au schéma ainsi retenu, car il n'est guère concevable qu'une telle charge puisse naître pleine et entière dès la stipulation.

En cinquième lieu, dans une disposition apparemment rattachée à la seule révocation testamentaire mais qui vaut très probablement pour toute espèce de révocation (ce qu'un saut de ligne confirmera sans doute), il est précisé que la révocation non assortie de la désignation d'un nouveau bénéficiaire profite au stipulant ou à ses héritiers (article 116, alinéa 3). En sixième lieu enfin, le stipulant continue de pouvoir agir en exécution de l'engagement (article 118), ce qui est classique et devrait également valoir pour la résolution et/ou les dommages-intérêts, le tout réserve faite de l'intérêt à agir, sachant qu'à la différence de l'actuel article 1121 le projet ne conditionne pas la validité de la stipulation à l'existence d'un intérêt personnel du stipulant (v. l'article 114).

Ainsi, donc, le contrat se présente-t-il à la vie.

II. La vie du contrat

On entend par là ce qui concerne la durée (73) et l'inexécution du contrat.

A. La durée du contrat

Elle est abordée dans deux pans. Le premier prohibe les engagements perpétuels, le second régit la fin du contrat et l'éventuelle poursuite des relations contractuelles.

1. La prohibition engagements perpétuels

Prohibition des engagements perpétuels : portée ? sanction ? Avant tout, « *les engagements perpétuels sont prohibés* » (article 119). La règle consacre une jurisprudence bien acquise partant essentiellement de l'actuel article 1780, même si l'existence d'un véritable principe général ainsi induit a pu être discutée (74). Consécration heureuse, qui a une dimension à la fois classique et moderne parce qu'elle protège non seulement la liberté individuelle, mais aussi la concurrence, que la présence de contrats perpétuels ne favorise évidemment pas (75). On peut toutefois s'interroger sur les arguments que la lettre du texte pourrait renfermer à l'encontre de la jurisprudence invalidant les engagements non strictement perpétuels mais de durée excessive, spécialement de durée supérieure à la durée de la vie professionnelle.

Rien n'est dit, par ailleurs, sur la sanction de la prohibition. L'engagement perpétuel est-il nul en son entier, ou faut-il simplement neutraliser la « clause de perpétuité » de sorte que l'engagement devient susceptible de résiliation unilatérale comme étant assorti d'une durée indéterminée ? On sait que la jurisprudence, sans être parfaitement univoque, semble plutôt favorable à la première solution (76), qui paraît effectivement préférable ne serait-ce qu'à des fins de dissuasion (77). Il n'est cependant pas exclu que le projet puisse donner prise à l'une ou l'autre des deux solutions, suivant les circonstances. L'article 93 prévoit en effet que lorsqu'une cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. Par ailleurs, le texte posant la prohibition ne prévoit pas la nullité du contrat lui-même, alors qu'il le fait pour le cas, certes très différent (mais justement !), du prix dérisoire (article 75). En d'autres termes, l'alternative ouverte par le premier de ces deux textes pourrait bien trouver à s'appliquer dès lors que le second ne l'écarte apparemment pas.

2. La résiliation, la prorogation et la reconduction

Pour le reste, les dispositions qui régissent la durée du contrat reposent sur les distinctions classiques, d'une part, de la durée déterminée ou indéterminée (articles 120 et s.), avec faculté de résiliation sous préavis dans ce dernier cas (article 120, alinéa 1^{er}), et d'autre part, de la prorogation, du renouvellement et de la tacite reconduction (articles 121 et suivants). Ces dispositions appellent néanmoins deux séries d'observations.

Exit l'abus de refus de renouvellement ? D'abord, l'article 120, alinéa 2, dispose que « *la responsabilité du contractant qui met*

fin unilatéralement au contrat ne peut être engagée qu'en cas d'abus », ce qui s'entend du contrat à durée indéterminée, auquel l'article 120 est consacré. Il n'y a, sur ce strict point, rien de nouveau. Mais la réserve de l'abus donne à une disposition quasi subséquente une coloration un peu particulière. L'article 121, alinéa 2, précise en effet quant à lui que « *sauf disposition légale ou clause contraire, nul ne peut exiger le renouvellement du contrat* »... sans donc réserver l'hypothèse d'un abus. Le projet ambitionne-t-il ainsi de mettre un terme à la jurisprudence admettant que le refus de renouvellement d'un contrat à durée déterminée puisse être jugé abusif (78) ? On ne peut l'exclure, d'autant que l'on est-là dans l'exercice d'une liberté, celle de ne pas contracter d'ailleurs proclamée par le projet (article 2, alinéa 1^{er}), et non d'un droit *stricto sensu*. La perspective serait cependant *fâcheuse*. La question du non-renouvellement d'un contrat n'est pas si intimement attachée à la personne qu'elle puisse légitimer n'importe quelle attitude, étant ajouté qu'une sanction en dommages-intérêts laissera substantiellement sauve la liberté en cause.

Renouvellement et reconduction : influence de l'intention des parties sur le nouveau contrat.

La deuxième observation a trait à l'effet du renouvellement et de la reconduction. A l'inverse de ce qui se produit en cas de prorogation (v. l'article 122), il y a un nouveau contrat. Et ce nouveau contrat est assorti d'une durée indéterminée ainsi que d'un contenu identique au précédent (articles 123, alinéa 2, et 124 (79)). La solution est classique, encore que la jurisprudence ne soit pas exclusivement en ce sens. Un arrêt remarqué a en effet jugé que « *sauf disposition ou volonté contraire, la tacite reconduction d'un contrat de durée déterminée, dont le terme extinctif a produit ses effets, donne naissance à un nouveau contrat, de durée indéterminée, et dont les autres éléments ne sont pas nécessairement identiques* » (80). Dans le même ordre d'idée, il est parfois considéré que les clauses accessoires ou occasionnelles (81) ne survivent pas au contrat initial (82).

Plus spécifiquement, l'article 123, alinéa 2, dispose que « *sauf disposition légale ou clause contraire, le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat à durée indéterminée dont le contenu est identique au précédent* ». En exigeant une clause contraire, ce texte paraît exclure qu'une durée ou un contenu différent du contrat renouvelé puisse s'évincer de la volonté implicite des parties – encore que l'on rencontre parfois la notion de « clause tacite ». Dans le cadre du renouvellement, qui, tel qu'il est appréhendé dans le projet, suppose apparemment une initiative des parties (« l'accord des parties », dont le texte n'exclut toutefois pas qu'il puisse être tacite), cela peut se comprendre. Mais faut-il décider de même s'agissant de la tacite reconduction ?

La question se pose. En effet, alors que la jurisprudence admet que le contrat tacitement reconduit puisse avoir un contenu différent s'évinçant de l'intention implicite des parties (83), l'article 124 ne contient aucune réserve analogue à celle que l'article 123, alinéa 2 a faite pour le renouvellement. Bien sûr, il ne pouvait guère être question d'évoquer une clause contraire dans une hypothèse où les volontés sont justement tacites. Pour autant, il aurait été concevable de réserver l'intention contraire des parties. En ne le faisant pas, tout en exigeant une clause dans le cadre du renouvellement, le projet ferme-t-il cette perspective ? C'est peu probable. La tacite reconduction repose sur l'intention tacite des parties et il n'y a donc pas de raison de ne prendre en considération cette volonté que pour le principe de la reconduction et non pour le contenu ou la durée du contrat. Reste que cette solution ne se concilie pas parfaitement avec l'article 123, alinéa 2. En définitive, et plus globalement, il aurait été préférable de traiter du renouvellement et de la reconduction d'un seul mouvement, la seconde n'étant finalement qu'une déclinaison de la première (84).

B. L'inexécution du contrat

Cinq « remèdes ». Le chapitre consacré aux effets du contrat se termine, et avec lui le volet « contrat » du projet, par une section consacrée à l'inexécution et, plus précisément, à ses « remèdes » (85). Il en est cinq (article 125, alinéa 1^{er}), qui peuvent être cumulés s'ils sont compatibles (même texte, alinéa 2) étant observé que les dommages-intérêts le sont avec tous les autres remèdes (même texte, même alinéa). Cinq sous-sections leur sont donc consacrées. Au seuil de celles-ci, figure un article 126 qui fait de la force majeure une cause de résolution ou de suspension du contrat, suivant que l'inexécution est ou non irrémédiable, et qui la définit sans référence à l'extériorité, y rendant ainsi éligible, notamment, la maladie (86). La dernière sous-section, dédiée à la « *réparation du préjudice causé par l'inexécution contractuelle* », se borne à annoncer la reprise « à droit constant, sous réserve d'aménagements », des actuels articles 1146 à 1155. Ce sont donc les quatre autres qui nous retiendront ici.

1. L'exception d'inexécution, l'exécution en nature et la réduction du prix

Exception d'inexécution, ordinaire et anticipée. L'exception d'inexécution, d'abord, est désormais érigée en règle générale. Elle suppose, classiquement, une « *inexécution suffisamment grave* » (article 127). A suivre la lettre du texte, toutefois, son périmètre semble limité aux rapports contractuels (« *une partie peut refuser d'exécuter* »). Ceci peut laisser entendre, notamment, que les restitutions consécutives à une nullité y échapperaient désormais. Gageons toutefois

78) V. p. ex. Com., 22 octobre 1996, *Bull.* n° 246 ; adde A. Bénabent, *op. cit.*, n° 311 ; P. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat : essai d'une théorie, *LGDJ* 2000, préf. R. Bout.

79) Article 124 qui, à la différence du premier, précise « *pour le reste, identique* ». Rapp. de cet article la proposition de texte de C. Najm-Makhlouf, Tacite reconduction et volonté des parties, *LGDJ* 2013, préf. H. Lécuyer, n° 969.

80) Civ. 1^{re}, 15 novembre 2005, *Bull.* n° 413.

81) Ex. : clause de préférence pour la relocation des lieux loués.

82) W. Dross, Clausier, *Litec*, 2^e éd., 2011, v° Reconduction, p. 584, spéc. 595 ; C. Najm-Makhlouf, *op. cit.*, n° 377 et s. (sûretés et clauses occasionnelles).

83) Civ. 1^{re}, 15 novembre 2005, préc. ; Com., 11 avril 2012, *Bull.* n° 80, sol. impl.

84) Rapp. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Les obligations, *Defrénois*, 6^e éd., n° 419.

85) V. Y.-M. Lathier, Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, *LGDJ*, 2004, préf. H. Muir Watt.

86) V. déjà Ass. plén., 14 avril 2006, *Bull.* n° 5.

87) V. Civ. 17 décembre 1928, *DH* 1929, p. 52, utilisant dans ce contexte précis la notion de parties.

88) v. Com., 12 juillet 2005, n° 03-12.507, *Defrénois* 2006, p. 610, obs. R. Libchaber, *JCP* 2005, I, 194, n° 19, obs. A. Constantin, *RTD civ.* 2006, p. 307, obs. J. Mestre et B. Fages.

89) Comp. l'article 103 du projet Terré.

90) Reprenant l'article 104 du projet Terré lui-même inspiré de l'article 9:201(2) des « Principes Lando ».

91) A. Pinna, L'exception pour risque d'inexécution : *RTD civ.* 2003, p. 31, spéc. n° 6 et les réf.

92) A. Pinna, art. préc.

93) Ce qui devrait inclure les hypothèses d'impossibilité morale : v. P. Rémy-Corlay, L'exécution en nature, *in* Pour une réforme du droit des contrats, préc., p. 263 spéc. p. 264.

94) V. l'article 105 du projet Terré.

95) V. D. Mazeaud, *Droit des contrats : réforme à l'horizon !*, préc., spéc. n° 7.

96) V. not. Civ. 3^e, 11 mai 2005, *Bull.* n° 103.

97) Article 1144.

98) Cf. l'article 1144 du Code civil.

99) V. P. Rémy-Corlay, *op. cit.*, eod. loc.

100) V. l'article 107 du projet Terré.

101) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 652 et les réf.

102) P. Rémy-Corlay, La réduction du prix, *in* Pour une réforme du droit des contrats, préc., p. 267.

103) Rapp. l'article 2356, alinéa 2, du Code civil.

104) V. Civ. 3^e, 24 mai 2000, *Bull.* n° 110.

105) V. p. ex. Civ. 3^e, 18 mai 1988, *Bull.* n° 94.

106) V. Civ. 3^e, 31 octobre 1989, *Bull.* n° 200.

que la jurisprudence retiendra ici de la notion de partie une compréhension suffisamment large pour admettre néanmoins l'exception d'inexécution (87). Relevons par ailleurs que le libellé du texte n'exige pas, littéralement, que les obligations soient issues du même contrat, et est donc de nature à accueillir l'exception dans le cadre de contrats liés quoique distincts (88). Sans doute serait-il d'ailleurs opportun de préciser dans le texte que les obligations en cause doivent être interdépendantes (89).

Outre la version « ordinaire » de l'exception, est consacrée sa version « anticipée », permettant à une partie de « suspendre l'exécution de sa prestation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle » (article 128 (90)), à charge de le lui notifier « dans les meilleurs délais » (même texte). Mais la consécration est pour le moins limitée. Un risque ne suffit pas : il faut que la perspective de l'inexécution soit manifeste, c'est-à-dire certaine. Il semble ainsi que l'on soit davantage dans un mécanisme d'inexécution par anticipation que dans l'exception d'inexécution proprement dite, pour reprendre la distinction d'un auteur qui estimait déjà, en 2003, que la première ne soulevait pas de difficulté particulière (91). Il sera par ailleurs intéressant de voir la disposition interagir avec les règles de procédures susceptibles de donner prise à l'exception en présence d'une inexécution simplement probable (92).

Exécution en nature, si son coût est raisonnable. Deuxième remède : l'exécution forcée en nature. L'article 129 du projet l'accueille, comme le fait l'actuel article 1184, alinéa 2, en réservant, tout comme lui, l'hypothèse où elle est impossible (93). Mais le texte pose une seconde réserve, tenant à un « coût manifestement déraisonnable » (94). Il y a là une vision particulière du contrat, qui ne correspond pas à celle du droit français, fondée sur le respect de la parole donnée (95). La jurisprudence acceptant de contraindre le débiteur à la destruction/reconstruction d'ouvrages affectés de non-conformités légères y aura probablement affaire (96). L'exécution en nature n'en jouit pas moins d'une certaine promotion, dans la mesure où le créancier peut également, après mise en demeure, « dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci » (article 130, alinéa 1^{er}), pour en demander ensuite le remboursement au débiteur (même texte). C'est la fameuse « faculté de remplacement », en l'état subordonnée à une autorisation judiciaire par le Code civil (97), et que le projet envisage donc d'affranchir de cette autorisation, tout en maintenant la possibilité pour le créancier de demander au juge la condamnation du débiteur à faire l'avance des sommes nécessaires (article 130, alinéa 2 (98)). La dispense d'autorisation

judiciaire revêt principalement cet intérêt d'éviter qu'une fois le remplacement intervenu, le débiteur ne fasse finalement une offre d'exécution, en quoi elle est assez étroitement liée à la faculté de résolution unilatérale également reconnue au créancier par le projet (99).

Réduction du prix. Mais, avant d'y venir, il convient d'évoquer le troisième remède, nouveau, dit de la « réduction du prix ». Il est prévu à l'article 131. Aux termes de ce texte : « Le créancier peut accepter une exécution imparfaite du contrat et réduire proportionnellement le prix » (alinéa 1^{er})(100), à charge pour lui, s'il n'a pas encore payé, de le notifier au débiteur « dans les meilleurs délais » (alinéa 2). C'est la « réfaction » du contrat, connue du droit commercial ou encore de certains « contrats spéciaux », et dont la généralisation était suggérée en doctrine (101). Ce remède doit lui aussi être rapproché, voire déduit, de la faculté de résolution unilatérale (102).

2. La résolution

Trois formes de résolution. De fait, la résolution unilatérale est l'une des formes que peut emprunter la résolution conçue par le projet. Il en est trois, annoncées par l'article 132 : « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire, soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. »

Clause résolutoire : conditions, mise en œuvre. La « première » résolution repose sur la convention, et plus précisément sur une clause résolutoire insérée au contrat. Les parties restent donc évidemment libres de stipuler une telle clause. Encore le projet exige-t-il que celle-ci « désigne les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat » (article 133, alinéa 1^{er}). Une simple référence à l'un quelconque des engagements résultant du contrat, que l'on rencontre souvent en pratique, suffira-t-elle à satisfaire cette exigence ? C'est très peu probable au regard de l'esprit que l'on peut prêter au texte. Plus techniquement, le verbe « désigner » implique une individualisation des obligations (103), qui doivent donc être spécialement visées par la clause (104). On peut ainsi dire de la clause résolutoire qu'elle doit être spéciale, ce qui suppose corrélativement un manquement à une stipulation expresse du contrat, que la jurisprudence exige déjà (105). Quant à sa mise en œuvre, elle nécessite une mise en demeure infructueuse mentionnant la clause résolutoire en termes apparents (106), sauf dispense conventionnelle, suivie d'une notification dont la réception sonnera la date d'effet de la résolution (articles 133 et 137, alinéa 2). Le juge aura-t-il l'obligation de constater la résolution dès lors que le manquement prévu par la

clause est bien caractérisé, comme c'est le cas actuellement ? L'interrogation est permise, car l'article 136 du projet dispose que « *le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution, ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur* ». La continuité voudrait que la marge d'appréciation qui lui est ainsi reconnue ne vaille que pour la résolution judiciaire, voire unilatérale. Cependant, le libellé du texte ne permet pas de conclure en ce sens avec certitude. La loi des parties devrait l'emporter, mais il sera prudent de clarifier les choses sur ce point dans la clause, ce que commande d'ailleurs déjà la jurisprudence actuelle en exigeant que la clause soit dépourvue d'équivoque (107).

Résolution unilatérale : alignement, encadrement. A la possibilité d'anticiper la résolution au moyen d'une clause, s'ajoute ensuite une faculté de « *résolution par notification* », c'est-à-dire de résolution unilatérale. On sait qu'une jurisprudence aujourd'hui bien établie, inaugurée par un arrêt « Tocqueville » (108), reconnaît une telle faculté, la gravité du comportement d'une partie à un contrat pouvant justifier selon elle que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et ce que le contrat soit duré déterminée ou non (109). L'article 134 du projet met en place un mécanisme analogue : « *Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification* » (alinéa 1^{er}). Mais le dispositif n'est pas l'exacte réplique de la jurisprudence précitée.

D'abord, la résolution par notification suppose une « *inexécution suffisamment grave* » (article 132), dont la preuve incombe en cas de contestation au créancier (article 134, alinéa 4). Ce n'est donc plus la gravité **du comportement** qui justifie la résolution unilatérale, mais celle de l'inexécution, ce qui n'est pas forcément la même chose. La modification est bienvenue, qui conduit à faire coïncider les conditions de fond de la résolution unilatérale avec celles de la résolution judiciaire (article 132), ce dont l'état de la jurisprudence actuelle peut faire douter (110). Il serait toutefois regrettable qu'un comportement grave ne constituant pas une inexécution ne puisse désormais en aucun cas justifier la résolution unilatérale. Ensuite, le créancier doit mettre en demeure le débiteur d'exécuter « *dans un délai raisonnable* » (article 134, alinéa 1^{er}), en mentionnant en termes apparents qu'à défaut il sera en droit de résoudre le contrat (même article, alinéa 2). Et ce n'est que lorsque l'inexécution persiste que le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent (même article, alinéa 3). Le processus est donc bridé par des étapes qui ne figurent pas dans le principe dégagé par la jurisprudence précitée (111).

Observons, en dernier lieu, que le projet ne

résout apparemment pas la question de savoir ce qu'il advient du contrat lorsque l'inexécution requise et invoquée par le créancier n'est en réalité pas caractérisée. Le contrat est-il rompu malgré tout, sans préjudice évidemment des dommages-intérêts à la charge du créancier ? Ou s'est-il poursuivi, faute d'avoir été efficacement rompu ? L'autonomie apparente de ce mode de rupture plaide en faveur de la première branche de l'option. Celle-ci est d'ailleurs un peu sous-entendue dans l'article 134, alinéa 1^{er}. Si le créancier « *peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification* », c'est bien, semble-t-il, que la résolution intervient à ses risques et périls, donc qu'elle intervient même si le manquement requis fait défaut. L'impression aurait été différente en présence d'une formule précisant que le créancier peut, à ses risques périls, **notifier la résolution**. D'un autre côté, l'alinéa 4 de la disposition précitée peut être invoqué en sens contraire, puisqu'il y est dit que le débiteur peut « *contester la résolution* », l'article 136 pouvant également étayer cette option (112). La seconde solution ne doit donc pas être exclue, et ce d'autant moins qu'elle est défendue par une assez large partie de la doctrine (113).

Résolution judiciaire : toujours ? Enfin, le projet maintient évidemment la résolution judiciaire, dans un article 135 ainsi libellé : « *La résolution peut toujours être demandée en justice.* » Ce « toujours »-là est un peu équivoque. Il a l'air de dire : « *Si vous y tenez malgré tout* »... Plus sérieusement, il signifie sans doute que les deux premiers types de résolution n'empêchent pas l'usage du troisième, judiciaire. De fait, on sait que la possibilité d'agir en résolution judiciaire n'est entravée ni par l'existence d'une clause résolutoire (114), ni bien sûr par la faculté de résoudre unilatéralement le contrat. On peut même se demander si ce « toujours » n'implique pas que la voie judiciaire puisse être empruntée alors même que l'une des deux autres a été utilisée (115). Ici se profile la question, plus générale et délicate, de la concurrence et de l'articulation des différents modes de rupture du contrat (116), et qui aurait mérité d'être traitée par le projet.

Plus avant, il est aussi possible de voir dans ce « toujours » une condamnation des clauses de renonciation anticipée à la résolution judiciaire, que la jurisprudence a au contraire validées (117). L'hypothèse n'est pas invraisemblable, car le projet Terré contient un article 102 autorisant les parties à « *limiter ou à exclure les remèdes offerts au créancier en cas d'inexécution* », sauf la faute dolosive ou lourde. Il n'est pas insignifiant que cette disposition n'ait pas été reprise par le présent texte, lui qui est inspiré à plusieurs égards du projet Terré. Une telle remise en cause serait regrettable. La renonciation à la résolution judiciaire renferme certes des dangers, mais la Cour de cassation

107) V. p. ex. Civ. 3^e, 7 décembre 1988, *Bull.* n° 176.

108) Civ. 1^{re}, 13 octobre 1988, *Bull.* n° 300.

109) Civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, *Bull.* n° 40 ; v. T. Génicon, Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier, *RDC* 2010, p. 44 ; P. Delebecque, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir, *Dr. et patr.* 2004, p. 55 ; S. Amrani-Mekki, La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, *Def.* 2003, art. 37688, p. 369.

110) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 661 ; rapp. Com., 3 mai 2012, *Bull.* n° 86.

111) V. p. ex., à propos de la mise en demeure : Civ. 1^{re}, 20 mars 2014, n° 12-27943.

112) V. D. Mazeaud, *Droit des contrats : réforme à l'horizon !*, préc., spéc. n° 14.

113) V. not. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations, Defrénois*, 6^e éd., n° 892 ; P. Stoffel-Munck, Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale, *Dr. et patr.*, mai 2004, préc., p. 70 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 661 et les réf.

114) Civ. 3^e, 8 juin 2006, *Bull.* n° 143.

115) V. Civ. 3^e, 4 mai 1994, *Bull.* n° 84, à propos d'une clause résolutoire.

116) D. Bakouche, L'articulation des résolutions unilatérale et conventionnelle, *JCP* 2014, p. 414 ; J. Rochfeld, obs. sous Com., 4 février 2004, *JCP* 2004, I, 149, n° 9 ; Com., 10 févr. 2009, n° 08-12415.

117) Civ. 3^e, 3 novembre 2011, *Bull.* n° 178.

118) V. Civ. 3^e, 3 novembre 2011, préc.

119) V. *supra*.

120) Sur la notion de prise d'effet de la résolution : T. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution* : LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur, n° 878 et s. et les réf.

121) A noter que l'alinéa suivant renvoie au chapitre consacré aux restitutions qui prévoit, notamment, une « compensation de la jouissance » : articles 259 et s.

122) A. Bénabent, *op. cit.*, n° 398 et s.

123) V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 660.

124) V. T. Génicon, *op. cit.*, n° 783 et s.

125) v. Civ. 1^{re}, 6 mars 1996, *Bull.* n° 118, qui exclut cette survie.

126) Comp. D. Chenu, *Les clauses contractuelles autonomes*, thèse Tours, 2010, n° 330 et s.

127) V. p. ex. Com., 9 avril 2002, *Bull.* n° 69 – nullité.

128) Com., 8 juillet 2010, *Bull.* n° 161 – nullité.

129) Com., 22 mars 2011, *Bull.* n° 49 – caducité.

l'a subordonnée à l'expression d'une volonté bien arrêtée (118). De plus, le projet tempère précisément lesdits dangers. L'un de ceux-ci tient à l'hypothèse dans laquelle le créancier victime de l'inexécution a lui-même déjà exécuté sa propre prestation. Perdue l'exception d'inexécution, il ne lui reste que l'exécution en nature, douteuse par hypothèse, l'action en réparation du préjudice, aléatoire par définition sinon par hypothèse, la clause résolutoire, qui n'existe pas forcément, mais aussi ... la résolution unilatérale.

Or, tel que le projet le conçoit, ce dernier remède pallie considérablement le vide laissé par la renonciation. D'abord, parce que ses conditions de fond sont alignées sur celles de la résolution judiciaire (119). Ensuite, parce que le sont aussi... **ses effets**. Indépendamment de sa « prise d'effet », dont la date peut varier suivant les cas (article 137, alinéa 2) (120), la résolution, quelle qu'en soit la cause, « met fin au contrat » (même texte, aliéna 1^{er}) et « 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 » (même texte, aliéna 3 (121)). Le libellé de cette dernière disposition peut certes laisser perplexe. Ne faut-il restituer que les prestations non conformes ? Surtout, s'il y a restitution dès lors seulement que l'exécution n'a pas été conforme, alors il y aura toujours matière à restitution puisque la résolution suppose par définition une inexécution. Or, la réalité jurisprudentielle est beaucoup plus nuancée, en particulier s'agissant des contrats à exécution successive (122). Certes, sans doute faut-il raisonner par prestation, comme y invite la définition du contrat à exécution successive (article 10, alinéa 2). Mais le texte gagnerait à être clarifié.

Quoi qu'il en soit, et pour revenir au point précédent, le projet fait vraisemblablement le choix de conférer, au moins potentiellement, un effet rétroactif à la résolution unilatérale au même titre qu'aux autres, alors que cela est aujourd'hui discuté (123). Le créancier qui a renoncé par anticipation à la résolution judiciaire trouvera donc, le cas échéant, un moyen de récupérer la prestation qu'il a déjà exécutée *via l'unilatérale*. *Raison de plus pour ne pas condamner la clause de renonciation*.

Survie. Et, puisqu'il est question de clause et de rétroactivité, terminons, comme le projet lui-même, sur l'article 138 aux termes duquel « la résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non concurrence ». Ici se manifeste apparemment (et un peu tautologiquement) l'idée que la rétroactivité doit seulement défaire l'opération d'échange et, par conséquent, laisser subsister les clauses qui en sont dissociables (124). Mais justement, de ce point de vue au moins, la survie de principe de la clause de non-concurrence est assez contestable (125), en tout cas dans l'hypothèse où celle-ci n'est pas assortie d'une contrepartie financière conservée par le débiteur (126). Il serait préférable de subordonner la survie de cette clause à un accord spécial des parties, de manière que le débiteur de l'obligation de non-concurrence en prenne bien conscience. Quoi qu'il en soit, les deux illustrations données par le texte ne sont, à l'évidence, pas limitatives, et l'on y inclura bien d'autres clauses, à commencer par celles dont la jurisprudence actuelle reconnaît déjà le maintien : la clause compromissoire, bien sûr (127), la clause attributive de juridiction (128), ou encore la clause pénale (129).