

## Contrats et obligations - Le regard du praticien sur la réforme du droit des contrats et des obligations - Etude par Bruno DEMONT

Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2016, dossier 9

### Le regard du praticien sur la réforme du droit des contrats et des obligations

Etude par Bruno DEMONT, docteur en droit, avocat au barreau de Paris, Karila société d'avocats

[Accès au sommaire](#)

À peine entrée en vigueur, la réforme du droit des contrats et des obligations suscite déjà de nombreuses interrogations, notamment en ce qui concerne l'articulation des nouvelles dispositions de droit commun avec celles de droit spécial existantes. Nous en offrons un aperçu général, avec quelques illustrations plus particulièrement tirées du droit des assurances et de la construction.

1. - Publiée au *Journal officiel* le 11 février 2016, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, entrera en vigueur le 1er octobre prochain – excepté toutefois en ce qui concerne certaines actions interrogatoires nouvellement consacrées<sup>Note 1</sup> –, et s'appliquera aux contrats conclus à compter de cette date, étant précisé que les contrats conclus antérieurement demeureront quant à eux classiquement soumis à la loi ancienne<sup>Note 2</sup>. Les praticiens disposent donc d'un certain temps pour se familiariser avec ces nouvelles dispositions, qui ne devraient, pour l'essentiel, pas véritablement les dépayser<sup>Note 3</sup>, bon nombre d'entre elles reprenant en effet à droit constant certaines solutions jurisprudentielles dégagées par la Cour de cassation depuis de nombreuses années, permettant ainsi de combler les lacunes du Code civil demeuré quasiment inchangé depuis 1804 (1). Leur intérêt se portera donc plus particulièrement sur les nouvelles dispositions de droit commun introduites par la réforme ayant pour effet de modifier l'état du droit antérieur, dont certaines d'entre elles semblent constituer – si ce n'est une véritable « révolution », eu égard notamment à la très grande liberté laissée aux parties pour y déroger –, à tout le moins une évolution notable, qui ne manquera pas de susciter certaines interrogations quant à leur articulation avec les dispositions de droit spécial existantes,

dont les praticiens font usage au quotidien, et dont on fournira quelques illustrations dans notre domaine de spécialisation du droit des assurances et de la construction (2).

## 1. Aperçu des nouvelles dispositions codifiant à droit constant les solutions jurisprudentielles existantes

2. - L'œuvre codificatrice de la réforme, destinée à consolider l'état du droit existant, tend notamment à réaliser les objectifs assignés par la loi du 16 février 2015 ayant habilité le Gouvernement à réformer le droit commun des contrats par la voie de la présente ordonnance – savoir : modernisation, amélioration de la lisibilité, et renforcement de l'accessibilité du droit commun des contrats<sup>Note 4</sup> – ; elle s'articule essentiellement autour de deux axes : – l'ajout de nouvelles dispositions au sein du Code civil, d'une part (A) ; – la suppression et/ou remplacement d'anciennes dispositions jugées obsolètes ou redondantes, d'autre part (B).

### A. - Aperçu des nouvelles dispositions ajoutées à droit constant

3. - Sans prétendre à l'exhaustivité, on ne donnera ici qu'un bref aperçu de ces nouvelles dispositions, renvoyant sur ce point le lecteur aux plus amples développements de certaines études d'ores-et déjà réalisées, et notamment celle du Professeur Laurent Leveneur publiée dans la présente revue<sup>Note 5</sup>.

4. - On relèvera à ce titre tout particulièrement les dispositions relatives à la **phase précontractuelle**<sup>Note 6</sup>, jusque-là ignorées par le Code civil, consacrant la jurisprudence excluant du préjudice réparable, en cas de **rupture des pourparlers**, les avantages que permettait d'espérer la conclusion du contrat<sup>Note 7</sup>, mais également la solution selon laquelle la **rétractation de l'offre**, avant son acceptation, se trouve sanctionnée par la responsabilité de son auteur, à l'exclusion de la conclusion forcée du contrat<sup>Note 8</sup>, ou encore la jurisprudence selon laquelle le bénéficiaire d'un **pacte de préférence** est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, dans l'hypothèse où le tiers a eu connaissance de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir<sup>Note 9</sup>.

5. - Dans la même perspective, sont désormais consacrés le caractère par principe inopérant de **l'erreur sur les motifs**<sup>Note 10</sup> ou sur la valeur<sup>Note 11</sup>, la **prohibition des engagements perpétuels**<sup>Note 12</sup>, la **définition de la force majeure** en matière contractuelle – expurgée du critère de l'extériorité, conformément à la solution dégagée par la Cour de cassation depuis 2006<sup>Note 13</sup>, seule référence étant désormais faite implicitement aux

critères de l'irrésistibilité et de l'imprévisibilité<sup>Note 14</sup> –, ou encore la **résolution unilatérale** par voie de notification en cas d'inexécution suffisamment grave de ses obligations par le cocontractant<sup>Note 15</sup>.

6. - On notera également la consécration de la **cession de dettes**<sup>Note 16</sup> précédemment reconnue par la jurisprudence, sous réserve toutefois de l'accord du créancier<sup>Note 17</sup>, une précision bienvenue qui tranche avec l'article 1338 du projet de réforme qui prévoyait initialement la possibilité d'une cession de dette y compris en l'absence de consentement du créancier, qui aurait eu pour effet de rendre le cédant simplement « garant » des dettes du cessionnaire, amoindrissant de ce fait les droits du créancier sans son accord préalable<sup>Note 18</sup>.

7. - Semblent enfin consacrées, comme le font valoir les auteurs de la réforme<sup>Note 19</sup>, les jurisprudences de la Cour de cassation relatives à la possibilité d'une **indétermination du prix dans les contrats-cadres**<sup>Note 20</sup>, **et dans les contrats de prestations de services**<sup>Note 21</sup>, étant observé que si ces deux textes confèrent ainsi à l'une des parties le pouvoir de « fixer » le prix, ce dernier ne devrait en tout état de cause pouvoir s'imposer à l'autre partie sans son accord, les deux textes réservant en effet la faculté pour cette dernière de le contester, à charge pour son cocontractant d'en justifier le montant, ladite contestation semblant par conséquent avoir vocation à être tranchée *in fine* par le juge<sup>Note 22</sup> qui pourra, en outre, octroyer des dommages et intérêts au demandeur, en cas de fixation abusive du prix.

## **B. - Aperçu des dispositions supprimées et/ou remplacées, sans modification de l'état du droit existant**

8. - Les praticiens ne devraient pas davantage être perturbés par la suppression de certaines dispositions existantes du Code civil opérée par la réforme, toujours dans le même souci de clarification, de modernisation et de simplification des règles existantes posé par l'article 8 de la loi d'habilitation sus-évoquée du 16 février 2015.

9. - Tel est le cas notamment de la suppression des articles 1158, 1159, 1160, 1163 et 1164 du Code civil relatifs à **l'interprétation des contrats** jugées obsolètes, seules étant par conséquent conservées celles des articles 1156, 1157, 1161, et 1162 respectivement reprises par les articles 1188, 1191, 1189, et 1190<sup>Note 23</sup>, étant précisé que ne devrait *a priori* pas être remise en cause la jurisprudence selon laquelle ces règles d'interprétation n'ont pas de caractère impératif pour le juge, et sont donc de ce fait insusceptibles de donner ouverture à cassation<sup>Note 24</sup>, sauf pour ce qui concerne les dispositions du nouvel article 1192 aux termes duquel « *on ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation* », principe en premier

lieu destiné au juge, et qui devrait par conséquent servir de nouveau fondement légal à la Cour de cassation pour sanctionner la dénaturation des contrats par les juges du fond, en lieu et place de l'article 1134 du Code civil, jusqu'alors utilisé par défaut<sup>Note 25</sup>.

10. - De même, la suppression de la **distinction des obligations de faire, de ne pas faire et de donner** ne devrait pas davantage perturber les concepts – bien au contraire – puisque se trouve désormais consacrée, dans le même temps, aux articles 1196 à 1198, une nouvelle sous-section relative à « *l'effet translatif des contrats* » ayant notamment pour objet « *l'aliénation de la propriété* » ou la « *cession d'un autre droit* » dont le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat, à moins qu'il ne soit différé « *par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi* ». Se trouve ainsi substitué à « *l'obligation de donner* » ce nouvel « *effet translatif* », ce qui ne pourra qu'être pleinement approuvé, tant la notion d' « *obligation* » de donner était en fin de compte particulièrement fuyante, lorsqu'il s'agissait de déterminer la prestation effectivement accomplie par le vendeur à ce titre, au point que certains auteurs avaient même dénoncé « *le mythe de l'obligation de donner* »<sup>Note 26</sup>.

11. - Dans la même perspective, la suppression annoncée de l'article 1964 du Code civil<sup>Note 27</sup>, relatif à la seconde définition du contrat aléatoire donnée par le code aux côtés de la première posée par l'actuel article 1104, et le remplacement de ces deux définitions par une **nouvelle définition du contrat aléatoire** par le second alinéa du nouvel article 1108<sup>Note 28</sup>, s'inscrit une fois de plus dans l'objectif de clarification et de modernisation du droit voulu par le législateur de 2015, étant ici rappelé que la juxtaposition de ces deux définitions au sein du Code civil a engendré une controverse doctrinale historique, initiée dès les travaux préparatoires du Code civil, qui s'est poursuivie jusqu'à une période relativement récente, avec le débat relatif à la qualification des formes contemporaines d'assurance vie, quant au fait notamment de savoir s'il convenait de privilégier la définition posée par l'article 1104 requérant l'existence de « *chance de gain ou de perte pour chacune des parties* », ou celle de l'article 1964 se contentant d'« *effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles* »<sup>Note 29</sup>. Si l'on se félicitera donc de la disparition de la source légale de ce paradoxe apparent, on regrettera néanmoins que la nouvelle définition ne prenne pas expressément partie pour l'une ou l'autre version de l'alternative, ce qu'il reviendra par conséquent à la jurisprudence de faire, le plus sûrement en exigeant des avantages et pertes pour chacune des parties, dans la droite ligne de certaines solutions d'ores-et-déjà rendues<sup>Note 30</sup>.

12. - Reste enfin à savoir si la suppression de la **notion de cause** du Code civil voulue par la réforme perturbera ou non les concepts, comme ont pu le craindre certains<sup>Note 31</sup>, ou s'il ne s'agit que d'un abandon purement « *formel* », qui « *permettra à la France de se rapprocher de la législation de nombreux droits*

*étrangers* »<sup>Note 32</sup>. On observera à ce titre que les fonctions traditionnellement dévolues à la notion de cause subjective (ou cause du contrat) sont effectivement préservées par les dispositions des articles 1128 (lequel impose que le contrat ait un **contenu licite et certain**) et 1162 (lequel sanctionne le contrat par la nullité en cas de poursuite par une partie d'un **but illicite**, même si l'autre partie n'en n'avait pas connaissance). De même, on retrouve les fonctions traditionnellement dévolues à la notion de cause objective (ou cause de l'obligation) à travers les articles 1168 à 1171 destinés à protéger l'équilibre contractuel, lesquels prévoient la nullité du contrat en cas de **contrepartie illusoire ou dérisoire** dès l'origine, d'une part, et réputent non écrites les clauses portant **atteinte à l'obligation essentielle du débiteur**, dans la droite ligne de la jurisprudence Chronopost<sup>Note 33</sup>, d'autre part. Étant en outre relevé que la notion de cause – même si elle n'a plus le droit de cité – transparaît toujours à travers certaines dispositions nouvelles (il est vrai de manière quelque peu dévoyée, via le contrôle du « consentement » des parties), comme l'illustrent notamment l'article 1186 prévoyant la **caducité d'un contrat interdépendant d'un contrat disparu**, notamment lorsque l'exécution du contrat disparu était une « *condition déterminante du consentement d'une partie* » au premier contrat<sup>Note 34</sup> d'une part, ou encore l'article 1135 relatif à la nullité (exceptionnelle) du contrat en cas d'**erreur sur le motif d'une libéralité**<sup>Note 35</sup>, laquelle a précisément été voulue par les auteurs de la réforme pour « *appréhender une situation qui était auparavant sanctionnée sur le fondement de l'absence de cause dans les contrats à titre gratuit* »<sup>Note 36</sup> d'autre part.

## 2. Aperçu des nouvelles dispositions modifiant l'état du droit existant

13. - Si, comme on l'a vu, la plupart des dispositions nouvelles ne sont que la reprise à droit constant des solutions antérieures, l'intérêt des praticiens se portera en revanche sur celles d'entre elles qui, à l'inverse, auront pour effet de modifier l'état du droit antérieur. À ce titre, ils devraient être confrontés à une double difficulté : – d'une part, appréhender les dispositions modificatives dont il s'agit, ce qui ne sera pas toujours chose aisée car, si certaines paraissent à l'évidence apporter de profondes modifications au droit commun existant, d'autres sont en revanche, cantonnées à certains points spécifiques, et requièrent une analyse minutieuse pour en apprécier toute la portée (A) ; – d'autre part – et surtout – va inévitablement se poser la question essentielle de l'articulation des nouvelles dispositions de droit commun, avec les dispositions de droit spécial existantes, dont on offrira quelques illustrations dans le domaine du droit des assurances et de la construction (B).

### A. - Appréhension des nouvelles dispositions modifiant l'état du droit existant

14. - Parmi les nouvelles dispositions emblématiques issues de la réforme, figure sans doute en tout premier lieu la consécration de la **révision pour imprévision** par le nouvel article 1195, aux termes duquel « *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. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. **À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe** ». En prévoyant ainsi la faculté pour une partie de solliciter du juge la révision du contrat en cas de bouleversement de son économie à raison de circonstances imprévisibles dont elle n'a pas entendu assumer le risque, l'ordonnance du 10 février 2016 va bien au-delà du projet initial qui ne prévoyait tout au plus que la simple faculté, pour ladite partie, de solliciter la résiliation judiciaire du contrat<sup>Note 37</sup>. Le nouvel article 1195 opère donc une véritable « révolution » par rapport à la jurisprudence constante de la Cour de cassation initiée par l'arrêt *Canal de Craponne*<sup>Note 38</sup>, qu'il convient toutefois de nuancer en rappelant le caractère facultatif de cette disposition, à laquelle les parties pourront décider de déroger le cas échéant (*V. infra n° 18 à 27*). Il n'en demeure pas moins que le principe et son exception se trouvent désormais inversés. Cette disposition est en outre à mettre immédiatement en parallèle avec une autre disposition « révolutionnaire », posée par le nouvel article 1221, lequel confère au débiteur d'une obligation de faire la possibilité d'échapper à son exécution forcée en nature, non seulement en cas d'impossibilité d'exécution (solution classique) mais également – ce qui est nouveau – « *s'il existe unedisproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* ». L'impossibilité économique d'exécuter se trouve ainsi consacrée pour faire obstacle à l'exécution de l'obligation, et ce quelle qu'en soit la cause (contrairement à la révision pour imprévision sus-évoquée limitée aux seules circonstances imprévisibles), aboutissant ainsi à priver le créancier de la prestation attendue, pour lui substituer une exécution par équivalent pécuniaire, ce qui n'a pas manqué de susciter de vives réactions doctrinales eu égard à l'atteinte portée à la force obligatoire des contrats<sup>Note 39</sup>, et qui ne manquera en tout état de cause pas de susciter de nombreuses questions notamment pour ce qui concerne les contrats d'entreprise, comme on le verra ci-après (*V. infra n° 18 à 27*).

**15.** - En complément de cette disposition particulière, on relèvera aussi, dans la même perspective, les autres dispositions des articles 1217 à 1231-7 relatives aux **nouveaux remèdes à l'inexécution du contrat**, lesquels consacrent certains **pouvoirs de volonté unilatéraux du créancier** face à l'inexécution de son débiteur qui, pour les praticiens, revêtiront sans aucun doute une importance toute particulière, eu égard notamment à leurs activités contentieuses. Se trouvent ainsi nouvellement consacrées, la possibilité d'opposer une **exception d'inexécution par anticipation** lorsqu'il est manifeste que le cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance, et que les conséquences de l'inexécution sont suffisamment graves pour l'autre partie<sup>Note 40</sup> ; mais aussi la faculté pour le créancier, après mise en demeure, de **faire exécuter lui-même l'obligation par un tiers** dans un délai et à un coût raisonnables, avec la possibilité de réclamer

au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin<sup>Note 41</sup>, ce qui constitue ici une innovation notable par rapport aux dispositions de l'actuel article 1144 qui imposaient jusque-là au créancier d'obtenir préalablement une autorisation judiciaire<sup>Note 42</sup> ; enfin, on relèvera la faculté offerte au créancier, après mise en demeure, d'accepter une exécution imparfaite du contrat et de solliciter une **réduction proportionnelle du prix**<sup>Note 43</sup>, disposition qui consacre ainsi, en quelque sorte, une « action estimatoire » de droit commun, généralisant certaines dispositions du droit spécial de la vente<sup>Note 44</sup>, et qui se trouve là encore affranchie de la saisine préalable du juge.

**16.** - Enfin, la **sanction du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties** consacré par le nouvel article 1171 constitue également une nouveauté remarquable, même s'il est vrai que sa **limitation aux seuls contrats d'adhésion** restreint considérablement la portée du projet initial, dont l'article 1169 prévoyait pour sa part de sanctionner ce déséquilibre dans tous les contrats. Les vives critiques que celui-ci a suscitées<sup>Note 45</sup> semblent donc avoir été au moins pour partie entendues, au risque toutefois de voir le champ d'application dudit article réduit comme une peau de chagrin, dès lors que les contrats d'adhésion conclus entre particuliers ne sont pas légion, que les contrats conclus entre professionnels et non professionnels et/ou consommateurs sont quant à eux déjà protégés, à ce titre, par le mécanisme particulier des clauses abusives du Code de la consommation<sup>Note 46</sup>, et que les contrats conclus entre commerçants sont quant à eux protégés par les dispositions spéciales du Code de commerce<sup>Note 47</sup> ; quoi qu'il en soit, cette disposition viendra en tout état de cause renforcer celle de l'article 1190 précité<sup>Note 48</sup>, aux termes duquel le contrat d'adhésion doit s'interpréter en faveur de l'adhérent.

**17.** - Hormis ces dispositions phares, la mise en évidence de solutions nouvelles par rapport à l'état du droit existant sera le plus souvent cantonnée à quelques points spécifiques qui, s'ils ne devraient pas révolutionner la pratique outre mesure (sauf exception<sup>Note 49</sup>), méritent à tout le moins d'être précisés. On relèvera à ce titre :– l'article 1117, consacrant la **caducité de l'offre en cas de décès** de son auteur avant son acceptation par le bénéficiaire et ce, indépendamment du fait qu'elle ait été assortie ou non d'un délai<sup>Note 50</sup> ;– l'article 1121 qui prévoit que « *le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant* », consacrant ainsi la **théorie de la réception**, en rupture avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui considérait le contrat conclu à distance parfait dès l'émission de l'acceptation<sup>Note 51</sup> ;– l'article 1124, privant d'effet la **révocation d'une promesse unilatérale** par le promettant, et consacrant ainsi pleinement sa force obligatoire, lequel met de ce fait un terme à la jurisprudence controversée de la Cour de cassation qui avait jusque-là refusé de consacrer une telle solution, au motif que l'obligation du promettant ne constituait qu'une « simple obligation de faire »<sup>Note 52</sup> ;– s'agissant des **obligations conditionnelles**, l'article 1304-6 est venu supprimer la rétroactivité de principe de la survenance de la condition, désormais cantonnée à la seule hypothèse de sa défaillance, dans laquelle l'obligation est réputée n'avoir jamais existé ; de plus, on



observera qu'il est désormais stipulé à l'article 1304-4 qu'une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, « *tant que celle-ci n'est pas accomplie* », précision qui semble par conséquent remettre en cause la jurisprudence – il est vrai controversée – autorisant la partie dans l'intérêt de laquelle la condition a été stipulée à y renoncer, y compris après la défaillance de la condition<sup>Note 53</sup> ; reste que la question pourra toutefois ressurgir en cas de stipulation contraire des parties... ;– on remarquera par ailleurs le nouveau rapprochement des régimes **de la cession de créances et de la subrogation**, toutes deux désormais subordonnées au formalisme de la notification préalable<sup>Note 54</sup>, étant observé, s'agissant de la seconde, que l'ordonnance maintient heureusement – contrairement à ce qui était initialement prévu par le projet de réforme – les dispositions relatives à la subrogation conventionnelle<sup>Note 55</sup>, dispositions ô combien utiles pour les praticiens en ce qu'elles permettent d'éviter au subrogé (en particulier les compagnies d'assurances, subrogées dans les droits de leurs assurés) d'avoir à rapporter la preuve d'un paiement réalisé en exécution du contrat, la quittance subrogative établie antérieurement ou concomitamment au paiement suffisant à elle seule d'élément justificatif<sup>Note 56</sup> ;– autres dispositions notables : celles des articles 1345 à 1345-3, instituant un nouveau dispositif de **mise en demeure du créancier** de recevoir le paiement (au sens large) qui lui est dû par le débiteur, sous peine de libération de ce dernier ; ce nouveau système, voulu par les auteurs de la réforme pour être « *moins contraignant que la procédure actuelle des offres réelles* »<sup>Note 57</sup> posée par les articles 1257 et suivants du Code civil, innove notamment en ce qu'il a désormais vocation à s'appliquer, non plus seulement aux obligations portant sur une somme d'argent, ou portant sur la livraison d'une chose mobilière susceptible de consignation<sup>Note 58</sup>, mais plus généralement à toute autre obligation, l'article 1345-2 disposant à ce titre que « *lorsque l'obligation porte sur un autre objet, le débiteur est libéré si l'obstruction n'a pas cessé dans les deux mois de la mise en demeure* » ; nous verrons plus loin les conséquences pratiques que pourrait impliquer cette nouvelle disposition, notamment en droit de la construction (V. *infra* n° 18 à 27) ;– on pourra enfin s'interroger sur la portée des nouvelles dispositions de l'article 1201 aux termes duquel « *lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi **contre-lettre**, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir* » ; cette nouvelle définition, qui tranche avec celle posée par l'actuel article 1321<sup>Note 59</sup>, semble ainsi imposer que les parties à la simulation soient les mêmes, ce qui pourrait remettre en cause la solution posée par la Cour de cassation, au visa de l'article 1321 précité, énonçant que « *l'interposition de personnes ne suppose pas que l'acte ostensible et l'acte secret aient été conclus entre les mêmes personnes* »<sup>Note 60</sup>, ou à tout le moins relancer le débat quant au fait de savoir si l'interposition de personnes (ou convention de prête nom) constitue un acte de simulation, ou si elle doit en suivre le régime<sup>Note</sup>

61.

## **B. - Articulation des nouvelles dispositions de droit commun avec les dispositions de droit spécial existantes**



18. - Il s'agit là, à n'en pas douter, de l'enjeu le plus important pour les praticiens, confrontés au quotidien dans l'exercice de leur profession aux différentes dispositions de droit spécial, qui constituent bien souvent l'essentiel de leur domaine d'intervention. Deux observations liminaires permettent à notre sens d'en cerner le contour : – d'une part, l'adage « **specialia generalibus derogant** », qui se trouve expressément consacré par le nouvel article 1105 aux termes duquel « *les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». Même si elle peut sembler évidente, il s'agit ici d'une précision bienvenue qui n'avait pas été prévue à l'origine dans le projet de réforme, lequel envisageait de supprimer purement et simplement les dispositions de l'actuel article 1107 fondant le caractère de « droit commun » des dispositions du Titre III du Livre III du Code civil, ce qui n'a pas manqué de susciter, à juste titre, de nombreuses critiques doctrinales<sup>Note 62</sup>. Les auteurs de la réforme ont heureusement tenu compte de ces avertissements et ce, dans la droite ligne de l'article 8 de la loi d'habilitation précitée du 16 février 2015, donnant notamment au Gouvernement pour mission de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats « *en affirmant notamment les principes généraux* ». Il est donc indubitable qu'en cas de conflit entre les nouvelles dispositions de droit commun et certaines dispositions de droit spécial, les secondes auront par principe vocation à prévaloir sur les premières, par application de l'article 1105 précité, a fortiori lorsqu'elles revêtiront un caractère d'ordre public<sup>Note 63</sup> ; – d'autre part, le **caractère supplétif de volonté** des nouvelles dispositions de droit commun, lequel s'infère de la combinaison des articles 1102, consacrant le principe de la **liberté contractuelle**, et de l'article 1103, aux termes duquel les contrats légalement formés tiennent lieu de **loi** à ceux qui les ont faits, la seule réserve à ce principe tenant, conformément aux dispositions de l'article 1162<sup>Note 64</sup>, aux (rares) **dispositions d'ordre public** prévues par l'ordonnance, essentiellement limitées : – à l'**exigence de bonne foi** dans la négociation, la formation et l'exécution du contrat d'une part<sup>Note 65</sup> ; – au **devoir général d'information précontractuelle**, nouvellement consacré par l'article 1112-1, lequel met à la charge d'une partie qui connaît une « *information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre* », le devoir de l'en informer, « *dès lors que légitimement cette dernière ignore cette information, ou fait confiance à son cocontractant* », d'autre part. Compte tenu du caractère supplétif de la plupart des autres dispositions, une très grande liberté est donc laissée aux parties pour y déroger, le cas échéant, par l'insertion d'une clause contraire – ce qui impliquera donc, de la part de leurs conseils, une attention toute particulière dans la rédaction des actes juridiques –, de sorte que la portée de certaines dispositions en apparence « révolutionnaires » s'en trouve considérablement atténuée, telle que la révision pour imprévision sus-évoquée, ou encore les dispositions de l'article 1221 permettant, comme on l'a vu, au débiteur d'échapper à l'exécution forcée en nature de son obligation, en cas de disproportion manifeste entre son coût, et l'intérêt que représente l'exécution forcée pour le créancier (*V. supra n° 14 à 17*).

19. - Ceci étant précisé, on envisagera ci-après quelques illustrations, au regard de ces critères, des questions qui pourraient être susceptibles de se poser dans notre domaine de spécialisation, du droit des assurances et de la construction.

### 1° Illustrations de l'articulation des nouvelles dispositions de droit commun avec le droit spécial des assurances

**20. - Obligation générale d'information de l'article 1112-1 et obligation de déclaration des risques par l'assuré.** - On songe en effet tout naturellement, en droit des assurances, à la confrontation susceptible de se poser entre la nouvelle obligation d'information de droit commun sus-évoquée, imposée à la partie détenant une information déterminante pour le consentement de l'autre partie, et l'obligation de déclaration des risques mise à la charge de l'assuré au bénéfice de l'assureur, notamment pour ce qui concerne les circonstances qui sont de nature à lui faire apprécier les risques qu'il prend en charge. En dépit du caractère d'ordre public de la première, il semble toutefois peu probable que cette dernière ait la moindre influence sur le droit spécial des assurances, dès lors que l'obligation d'information incombant à l'assuré au titre de la déclaration des risques à l'assureur est elle-même précisément régie par les dispositions de droit spécial – a fortiori d'ordre public – de l'article L. 113-2 du Code des assurances, lequel, dans sa rédaction issue de la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989, limite l'obligation d'information de l'assuré aux seules questions qui ont été précisément posées par l'assureur avant la conclusion du contrat dans le formulaire de déclaration des risques, par lequel l'assureur interroge l'assuré sur les circonstances qui sont de nature à lui faire apprécier les risques qu'il prend en charge. Ces dispositions sont en effet strictement interprétées par la jurisprudence de la Cour de cassation qui juge, au visa de l'article L. 113-2 précité et des articles L. 112-3 et L. 113-8 du Code des assurances, que « *l'assureur ne peut se prévaloir de la réticence ou de la fausse déclaration intentionnelle de l'assuré que si celle-ci procède des réponses qu'il a apportées auxdites questions* »<sup>Note 66</sup>. L'adage précité « *specialia generalibus derogant* » devrait donc jouer son plein effet, rendant a priori sans portée les nouvelles dispositions de droit commun de l'article 1112-1.

**21. - Disparition de la cause et maintien de la jurisprudence prohibant les contrats d'assurance de responsabilité civile conclus en base réclamation avant le 1er août 2003.** - À l'inverse de la solution qui précède, là où certaines solutions de droit spécial du droit des assurances trouvent leur source, non pas dans un texte légal de droit spécial, mais dans une solution jurisprudentielle elle-même inspirée du droit commun des contrats, la modification de ce dernier par suite de la réforme invite naturellement à s'interroger sur le maintien de ces solutions jurisprudentielles au regard des nouvelles dispositions de droit commun. En fournit ainsi une belle illustration la jurisprudence relative à la prohibition des clauses dites en « base réclamation » (subordonnant la garantie d'assurance de responsabilité civile à une réclamation de la victime

avant l'expiration de la garantie), initiée par la Cour de cassation en 1990 sur le fondement de droit commun de l'absence de cause, pour les polices souscrites avant l'entrée en vigueur de la loi de Sécurité financière du 1er août 2003<sup>Note 67</sup>, au motif que « le versement de primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période », de sorte que « la stipulation de la police selon laquelle le dommage n'est garanti que si la réclamation de la victime, en tout état de cause nécessaire à la mise en œuvre de l'assurance de responsabilité, a été formulée au cours de la période de validité du contrat, aboutit à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite, comme dépourvu de cause, au profit du seul assureur, qui aurait alors perçu des primes sans contrepartie ; que cette stipulation doit en conséquence être réputée non écrite »<sup>Note 68</sup>. La suppression de la notion de cause par l'ordonnance du 10 février 2016 invite donc naturellement à s'interroger sur le maintien de cette jurisprudence précisément fondée sur cette notion de droit commun, en faveur de laquelle on pourrait techniquement faire valoir : – qu'elle n'a vocation à s'appliquer qu'aux seuls contrats conclus avant le 1er août 2003, de sorte que les dispositions nouvelles issues de la réforme, exclusivement applicables aux contrats conclus à compter de son entrée en vigueur<sup>Note 69</sup> ne leur sont pas applicables (notamment pour ce qui concerne la disparition de la cause), d'une part ; – que l'absence de contrepartie visée par les arrêts précités se trouve désormais sanctionnée, comme on l'a vu, sous l'empire des nouvelles dispositions des articles 1168 à 1171, destinés à protéger l'équilibre contractuel<sup>Note 70</sup>, d'autre part. Mais il est vrai que l'on pourrait aussi bien percevoir, à l'inverse, dans ce véritable « *meurtre sur ordonnance* »<sup>Note 71</sup> que constitue la disparition de la cause, une invitation à mettre une fois pour toutes un terme à cette jurisprudence controversée, qui n'a jamais véritablement convaincu par son fondement juridique, y compris sous l'empire des dispositions antérieures, et qui mériterait par conséquent d'être abandonnée. Voici en tout état de cause un bel exemple des questionnements soulevés par l'articulation du nouveau droit commun des contrats avec le droit spécial des assurances.

## **2° Illustrations de l'articulation des nouvelles dispositions de droit commun avec le droit spécial de la construction**

**22. - Exécution de l'obligation par un tiers désigné par le créancier aux frais du débiteur prévue par le nouvel article 1222, et garantie de parfait achèvement de l'article 1792-6 du Code civil.** - Comme on l'a vu précédemment<sup>Note 72</sup>, le nouvel article 1222 consacre la faculté pour le créancier, après mise en demeure, de faire exécuter lui-même l'obligation par un tiers aux frais du débiteur, sans désormais avoir à solliciter au préalable une autorisation judiciaire, contrairement aux dispositions actuelles de l'article 1144. On ne peut empêcher de faire ici le rapprochement avec les dispositions spéciales de l'article 1792-6 du Code civil, relatives à la garantie de parfait achèvement, lesquelles prévoient d'ores-et-déjà des dispositions similaires – qui plus est d'ordre public<sup>Note 73</sup> – accordant au maître de l'ouvrage la faculté de faire exécuter, aux frais de

l'entrepreneur défaillant, après mise en demeure restée infructueuse, les travaux de reprise des désordres réservés à la réception, ou dénoncés dans l'année de parfait achèvement, dans l'hypothèse où les délais nécessaires à leur exécution n'auraient pas été fixés, ou auraient été dépassés par l'entrepreneur. Une fois n'est pas coutume, la confrontation du droit commun des contrats et du droit spécial de la construction témoigne de ce que le second n'a pas attendu l'évolution du premier pour s'adapter aux impératifs de la pratique ; ce sont au contraire les dispositions de droit commun qui se sont manifestement alignées sur le modèle du droit spécial de la construction. Si l'article 1222 ne devrait donc avoir aucune conséquence particulière pour les travaux relevant de la garantie de parfait achèvement, compte tenu de l'adage précité « *specialia generalibus derogant* » repris en substance par le nouvel article 1105, son champ d'application plus large que celui de l'article 1792-6 devrait en revanche permettre au maître d'ouvrage de se prévaloir de ces nouvelles dispositions dans les autres cas - notamment avant réception -, afin de pallier les manquements de l'entrepreneur à ses obligations<sup>Note 74</sup>.

**23. - Conséquences du nouvel article 1221 sur le droit spécial de la construction.** - Comme on l'a vu ci-avant<sup>Note 75</sup>, le nouvel article 1221 confère au débiteur d'une obligation de faire la possibilité d'échapper à son exécution forcée en nature notamment « *s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* ». Appliquées à la lettre au contrat d'entreprise, ces dispositions seraient ainsi susceptibles de permettre à l'entrepreneur d'échapper purement et simplement à son obligation de réaliser matériellement l'ouvrage, pour le cas où ce dernier ferait valoir, en cours de chantier, une disproportion manifeste entre le coût de l'exécution des travaux, et son intérêt pour le maître d'ouvrage. À la supposer avérée, cette disproportion ne donnerait ainsi droit, pour le maître d'ouvrage, qu'à une simple exécution par équivalent se bornant au remboursement du prix, assorti le cas échéant de dommages et intérêts, qui ne le satisferont en tout état de cause nullement, à l'inverse de l'entrepreneur qui y aura quant à lui tout intérêt, notamment d'un point de vue assurantiel<sup>Note 76</sup>. L'impact de ces nouvelles dispositions sur le droit de la construction a ainsi été dénoncé par certains auteurs, en ce qu'elles pourraient conduire les constructeurs à refuser d'exécuter en nature des contrats devenus trop onéreux, conduisant également à s'interroger sur les obligations des cautions et/ou garants d'achèvement/livraison, *a priori* également susceptibles d'opposer les mêmes arguments<sup>Note 77</sup>. On pourrait toutefois s'interroger sur la faculté, pour le maître d'ouvrage, d'échapper à cette situation. La meilleure solution consistera naturellement à stipuler dans le marché de travaux une clause dérogatoire à l'article 1221, dans la droite ligne de ce qui a été dit ci-avant<sup>Note 78</sup>. Mais dans l'hypothèse où tel n'aurait pas été le cas, une autre alternative pourrait également s'offrir à lui, témoignant une fois de plus de la complexité de l'articulation du droit commun des contrats et du droit spécial de la construction. Ainsi, face à l'argument opposé par l'entrepreneur, le maître d'ouvrage pourrait avoir intérêt à réceptionner l'ouvrage en l'état avec réserves<sup>Note 79</sup> – notamment dans l'hypothèse où la construction aura atteint un stade suffisamment avancé<sup>Note 80</sup> –. Ce faisant, l'obligation d'exécuter les travaux incombant à l'entrepreneur basculera dans le régime de la garantie de parfait achèvement sus-évoquée,

prévue par l'article 1792-6 du Code civil laquelle, parce qu'elle constitue une obligation spéciale de réparation en nature de l'ouvrage<sup>Note 81</sup>, *a fortiori* public<sup>Note 82</sup>, devrait permettre au maître d'ouvrage de tenir en échec la prétention du constructeur fondée sur l'impossibilité économique d'exécuter prévue par l'article 1221.

**24. - Mise en demeure du créancier de recevoir le paiement de sa créance prévue par le nouvel article 1345-2, et réception de l'ouvrage.** - On rappellera ici, comme on l'a déjà dit<sup>Note 83</sup>, que le nouvel article 1345-2 issu de la réforme prévoit la faculté, pour le débiteur, de mettre en demeure le créancier, qui refuse le paiement de sa créance, de recevoir ledit paiement, sous peine de voir le débiteur libéré de son obligation « *si l'obstruction n'a pas cessé dans les deux mois de la mise en demeure* », s'agissant des obligations autres que le paiement d'une somme d'argent ou la livraison d'une chose mobilière susceptible de consignation. On songe ici à l'impact que pourrait avoir cette disposition dans les contrats de construction, pour le cas où le maître d'ouvrage refuserait de prononcer la réception de l'ouvrage, en supposant ce dernier en état d'être reçu. L'entrepreneur pourrait ainsi y trouver une alternative à la réception judiciaire de l'ouvrage lui permettant de s'affranchir, si ce n'est de la saisine du juge, à tout le moins de son pouvoir d'appréciation souverain de la date de la réception<sup>Note 84</sup>, puisqu'aussi bien, dans cette hypothèse, l'entrepreneur sera *a priori* libéré de ses obligations deux mois après la délivrance de la mise en demeure<sup>Note 85</sup>, qui constitue pour lui une date certaine le mettant à l'abri de l'aléa judiciaire, dans le même esprit que les réceptions tacite/sanction organisées, sous certaines conditions, par les dispositions de la Norme AFNOR P03-001<sup>Note 86</sup>, et du CCAG Travaux<sup>Note 87</sup>.

**25. - Révision pour imprévision consacrée par le nouvel article 1195, et marché à forfait de l'article 1793 du Code civil.** - Le nouvel article 1195, en ce qu'il permet, comme on l'a vu<sup>Note 88</sup>, à l'une des parties de solliciter du juge la révision du contrat en cas de changement de circonstances imprévisibles rendant son exécution excessivement onéreuse, alors qu'il n'avait pas accepté d'en assumer le risque, invite naturellement à faire le rapprochement avec la jurisprudence rendue par la Cour de cassation en matière de marchés à forfait régis par l'article 1793 du Code civil, laquelle permet notamment à l'entrepreneur de solliciter une rémunération supplémentaire, hors forfait, en cas de « *bouleversement de l'économie du contrat* » de l'ordre de 25 à 30 % selon la jurisprudence<sup>Note 89</sup>. Toutefois, le parallèle avec cette jurisprudence semble devoir s'arrêter là, puisqu'aussi bien le bouleversement dont il s'agit implique nécessairement qu'il soit le fait du maître de l'ouvrage lui-même<sup>Note 90</sup>, tandis que cette condition n'est nullement posée par le nouvel article 1195 (les circonstances imprévisibles manifestement visées par ces dispositions semblant être au contraire, en premier lieu, celles qui se trouvent étrangères aux parties, tel que le fait d'un tiers, ou un phénomène extérieur). Il s'ensuit que les dispositions de l'article 1195 ont manifestement un champ d'application plus large que la notion de bouleversement de l'économie du contrat au sens de l'article 1793,

dont elles ne partageront sans doute que le critère économique d'appréciation sus-évoqué. Il est d'ailleurs plus douteux que la révision pour imprévision soit susceptible de s'appliquer au marché à forfait, puisqu'aussi bien, au regard de la jurisprudence sus-évoquée, l'entrepreneur devrait a priori être perçu comme ayant accepté d'assumer l'ensemble des risques inhérent à l'opération<sup>Note 91</sup>, sauf bouleversement exclusivement imputable au maître d'ouvrage.

## **26. - Caducité des contrats interdépendants prévue par l'article 1186, et contrats de construction. -**

Pour finir, on rappellera brièvement – en renvoyant aux études qui y ont déjà été consacrées –, que les nouvelles dispositions de l'article 1186 relatives à la caducité d'un contrat du fait de la disparition d'un autre contrat nécessaire à sa réalisation<sup>Note 92</sup>, a d'ores et déjà suscité plusieurs réactions doctrinales dans le domaine du droit de la construction, tant pour ce qui concerne la caducité des contrats de sous-traitance, que celle des contrats de financement des opérations de construction<sup>Note 93</sup>, ou encore, plus récemment, pour ce qui concerne la nécessaire imbrication des contrats de VEFA et de BEFA<sup>Note 94</sup>.

**27. -** On le voit donc, la nouvelle réforme du droit des contrats à peine initiée suscite déjà bon nombre d'interrogations, sans compter celles restant à découvrir qui ne manqueront pas de se poser en pratique, comme l'écrivait déjà Portalis il y a plus de deux siècles dans son discours préliminaire sur le projet de Code civil : « *un code quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites ; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelques combinaisons nouvelles, quelques nouveaux faits, quelques résultats nouveaux. Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges* ». Il ne reste donc plus aux praticiens qu'à faire preuve d'inventivité !

---

**.. Egalement dans ce dossier : articles 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8**

---

Note 1 Savoir, l'action en confirmation de l'existence d'un pacte de préférence (art. 1123, al. 3 et 4), l'action en confirmation de l'habilitation d'un représentant à conclure un acte juridique (art. 1158), ou encore l'action en confirmation d'un contrat affecté par une cause de nullité relative (art. 1183).

Note 2 L'article 9 de l'ordonnance qui en dispose ainsi ne fait ici que reprendre le principe de survie de la loi ancienne dégagé par la jurisprudence sur le fondement de l'article 2 du Code civil, selon laquelle « la loi nouvelle ne s'applique pas, sauf rétroactivité expressément décidée par le législateur, aux actes juridiques conclus antérieurement à son entrée en vigueur » (*Cass. 1re civ., 12 juin 2013, n° 12-15.688 : JurisData n° 2013-011834 ; Bull. civ. 2013, I, n° 125*).

Note 3 C'est à tout le moins l'objectif affiché par les auteurs de la réforme : « Il est donc apparu nécessaire, conformément au vœu émis non seulement par la doctrine, mais également par de nombreux praticiens du droit, non pas de refondre totalement le droit des contrats et des obligations, mais de le moderniser, pour faciliter son accessibilité et sa lisibilité, tout en conservant l'esprit du code civil, à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles » (*Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO 11 févr. 2016*).

Note 4 L. n° 2015-177, 16 févr. 2015, art. 8 : JO 17 févr. 2016.

Note 5 L. Leveneur, *Présentation générale de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Contrats, conc. consom. 2016, dossier 2*. – D. Mazeaud, *Présentation de la réforme du droit des contrats : Gaz. Pal. févr. 2016, n° 8 p. 15 s.* – A. Bénabent et L. Aynès, *Réforme du droit des contrats et des obligations, aperçu général : D. 2016, p. 434*.

Note 6 Négociations précontractuelles (art. 1112 à 112-2) ; Offre et acceptation (art. 1113 à 1122) ; Pacte de préférence et promesse unilatérale (art. 1123 et 1124).

Note 7 Article 1112. – *Cass. com., 26 nov. 2003, Manoukian, n° 00-10.243 et 00-10.949 : JurisData n° 2003-021243 ; Bull. civ. 2003, IV n° 186*, étant toutefois observé que les dispositions de l'article 1112 dont il s'agit n'excluent pas expressément la réparation de la perte d'une chance d'obtenir les gains espérés du contrat, bien que telle semble pourtant avoir été l'intention des rédacteurs de l'ordonnance (V. Rapport au Président de la République précité, spéc. Titre I, Sous titre I, Chap. 2, Sous section 1, « *les négociations* »).

Note 8 Article 1116. – *Comp. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Droit Civil, Les Obligations : Dalloz coll. Précis 2005, 9e éd., n° 118, p. 128*.

Note 9 Article 1123. – *Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376 : JurisData n° 2006-033690 ; Bull. ch. mixte 2006, n° 4*.

Note 10 Article 1135.

Note 11 Article 1136.

Note 12 Article 1210, accordant dans cette hypothèse aux contractants la faculté de mettre fin au contrat dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée.

Note 13 *Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, n° 04-18.902 et n° 02-11.168 : JurisData n° 2006-033181*.

Note 14 Ainsi, aux termes de l'article 1218, « *il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappe au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* ».



Note 15 Article 1224, reprenant la solution énonçant que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls pour le cas d'une inexécution suffisamment grave » (Cass. 1re civ., 13 oct. 1998, n° 96-21.485 : *JurisData* n° 1998-003820 ; *Bull. civ.* 1998, V, n° 300 ; *JCP G* 1999, II, 101333, note N. Rzepecki).

Note 16 Articles 1327 à 1328-1.

Note 17 Cass. 1re civ., 30 avr. 2009, n° 08-11.093, F-P+B, X c/ Sté AGF et autres : *JurisData* n° 2009-047955 ; *Contrats, conc. consom.* 2009, comm. 188.

Note 18 Comp. M. Julienne, Article 1338 – la situation du créancier dans la cession de dette : *RDC* 2015 p.801, évoquant notamment la possibilité, pour le débiteur cédant, d'opposer au créancier le bénéfice de discussion, en lui imposant de s'adresser d'abord au cessionnaire, ou encore de profiter de certains avantages offerts aux garants en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cessionnaire.

Note 19 Rapport au Président de la République précité., spécialement « Sous-section 3 : Le contenu du contrat », précisant que les nouvelles dispositions ont respectivement été introduites « pour tenir compte de l'évolution de la pratique et de la jurisprudence développée depuis quatre arrêts d'assemblée plénière du 1er décembre 1995 », d'une part, et pour « consacrer également une jurisprudence de la Cour de cassation », s'agissant des contrats de prestation de service.

Note 20 L'article 1164 se faisant ainsi l'écho de la solution posée par les arrêts d'Assemblée plénière de la Cour de Cassation du 1er décembre 1995 (Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, n° 91-15.578, n° 91-15.999 ; n° 91-19.653 et n° 93-13.688 : *JCP G* 1996, II, 22565 ; *JCP E* 1996, II, 776).

Note 21 L'article 1165 se faisant l'écho de la solution énonçant qu'« un accord préalable sur le montant exact de la rémunération due à l'occasion d'un contrat de louage d'ouvrage n'est pas un élément essentiel à la validité d'un contrat de cette nature » et qu'« il appartient donc aux juges de la fixer compte tenu des éléments de la cause » (Cass. 1re civ., 15 juin 1973, n° 72-12.062 : *JurisData* n° 1973-000202 ; *Bull. civ.* 1973, I, n° 202).

Note 22 On regrettera toutefois que l'article 1164 n'en fasse pas clairement état, alors que le projet de réforme y faisait à l'origine explicitement référence à l'article 1164, lequel disposait qu'« à défaut d'accord, le débiteur peut saisir le juge afin qu'il fixe le prix en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties ».

Note 23 Lesquels posent en substance que le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes (art. 1156 ancien/art. 1188 nouveau) ; qu'une clause susceptible de deux sens doit être interprétée en fonction de celui qui lui confère un effet (art. 1157 ancien/art. 1191 nouveau) ; que les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier, le cas échéant, au regard de l'opération d'ensemble à laquelle plusieurs contrats concourent dans l'intention commune des parties (art. 1161 ancien/art. 1189 nouveau) ; que le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé (art. 1162 ancien/art. 1190 nouveau).

Note 24 Cass. 1re civ., 6 mars 1979, n° 77-14.827, *Fabiani c/ Banque Scalbert Dupont* : *Bull. civ.* 1979, I, n° 81 ; *RTD com.* 1979, p. 753, note E. Alfandari et M. Jeantin énonçant que « les articles 1156 et suivants formulent, pour l'interprétation des conventions, des règles qui ne présentent pas un caractère impératif et dont une éventuelle méconnaissance ne saurait, à elle seule, donner ouverture à cassation ».

Note 25 En ce sens, V. *Rapp. annuel de la Cour de cassation 2012, Livre 3 : Etude – La preuve, Partie 1, Titre 2 – Preuve du fait et étendue du contrôle de la cour de cassation, Chapitre 2 – Dénaturation*, citant à titre d'exemple *Cass. 2e civ., 18 nov. 2010, n° 09-13.265, F-P+B, SAS Lion salaisons Normandie c/ Axa France IARD et a. : JurisData n° 2010-021318 ; Bull. civ. 2010, II, n° 188.*

Note 26 M. Fabre Magnan, *Le mythe de l'obligation de donner : RTD civ. 1996, p. 85 s.* – V. aussi P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat : RTD Cciv. 1999, p. 771 s.* – F. Zenati-Castaing, *La propriété, mécanisme fondamental du droit : RTD civ. 2006, p. 445.* – L'obligation de donner ne semblait finalement avoir d'autre signification que celle de remettre la « *proprietas* », c'est-à-dire « livrer » la chose, seule véritable prestation impliquant un rôle actif du débiteur, le transfert de propriété demeurant quant à lui étranger au concept d'obligation *stricto sensu*, justifiant de ce fait la reconnaissance d'un « effet translatif » à part entière :

Note 27 V. *Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, art. 5 relatif aux dispositions de coordination.*

Note 28 Aux termes duquel le contrat est « *aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain* ».

Note 29 Pour un exposé complet de cette controverse, et de ses implications dans le débat relatif à la qualification des formes contemporaines d'assurance vie, V. *notre thèse, citée supra note 25, spéc. n° 233 s., p. 260 s.* – Cf. *notre thèse, L'aléa dans le contrat d'assurance, Collection des thèses Institut Universitaire Varenne, n° 78 : LGDJ/Lextenso 2013, spéc. n° 34 s., p. 43 s.*

Note 30 *Cass. civ., 15 juill. 1952 : D. 1952 p. 702, note P. Marin*, énonçant, au titre de la vente d'une source d'eau minérale présentant un aléa pour le seul acquéreur relatif à son autorisation administrative d'exploitation, que « les chances de pertes de l'acheteur n'étaient pas directement compensées par les chances de gain du vendeur, ce contrat, aux termes de l'article 1104 du Code civil, ne pouvait être considéré comme aléatoire ». – V. plus récemment, *Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 10-16.770 : JurisData n° 2011-025879 ; Bull. civ. 2011, I, n° 206*, énonçant, s'agissant d'un contrat de révélation de succession, que « l'aléa exclusivement supporté par une des parties au contrat de mandat ne fait pas obstacle à la réduction éventuelle de la rémunération convenue », écartant de ce fait l'application du régime des contrats aléatoires dans l'hypothèse d'un contrat dépourvu de réciprocité des chances de gain pour chacune des parties.

Note 31 Voir notamment la vive critique de Th. Génicon, *Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexions sur une révolution des mots : RDC 2015, p. 625 s.*

Note 32 Rapport au Président de la République précité, propos liminaires.

Note 33 *Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632 : JurisData n° 1996-003942 ; Bull. civ. 1996, IV, n° 261.*

Note 34 Ainsi, aux termes de l'article 1186, « *un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement* ».

Note 35 Art. 1135, al. 2 : « *Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité* ».

Note 36 Rapport au Président de la République précité, spéc. Paragraphe 2, Vices du consentement.

Note 37 Comp. Art. 1196 du projet : « 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 ».

Note 38 Cass. civ. 6 mars 1876 : DP 1876, 1, p. 193, note Giboulot, énonçant que « dans aucun cas, 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 ». – Dans le même sens : Cass. com., 18 déc. 1979, n° 78-10.763 : Bull. civ. 1979, IV n° 339.

Note 39 En ce sens, J. Le Bourg et C. Quézel-Ambrunazv, Article 1221 : l'exécution forcée en nature des obligations : RDC 2015, n° 3 p. 782. – Th. Génicon, réf. préc. – L. Leveneur, Table ronde. Faut-il avoir confiance dans la réforme ? : RDC 2015, p. 661 s.

Note 40 Article 1220.

Note 41 Article 1222.

Note 42 Article 1444 actuel : « Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution. »

Note 43 Article 1223.

Note 44 Cf. Article 1644 actuel (action estimatoire relative à la garantie des vices cachés) ; Art. 1617 et 1619 actuels (réfaction du prix des ventes immobilières en cas de contenance erronée ou de mesure erronée de plus d'un vingtième).

Note 45 Cf. notamment L. Leveneur, réf. préc., contestant l'application d'une telle sanction à toutes les parties quelles qu'elles soient, et quel que soit le contractant, en l'absence de situation de faiblesse particulière de l'une par rapport à l'autre.

Note 46 C. consom., art. L. 132-1.

Note 47 C. com., art. L. 442-6.

Note 48 V. supra note n° 23.

Note 49 Impact que pourrait avoir l'article 1345-2 en droit de la construction : V. n° 18 à 27 de la présente étude

Note 50 Ledit article mettant ainsi un terme aux hésitations jurisprudentielles, dès lors que la Cour de Cassation n'avait clairement posé ce principe de la caducité de l'offre par le décès de son auteur que dans l'hypothèse où elle n'était pas assortie d'un délai (Cass. 1re civ., 25 juin 2014, n° 13-16.529 : JurisData n° 2014-014290 ; Contrats, conc. consom. 2016, comm. 211 ; Bull. civ. 2014, I, n° 117).

Note 51 Cass. com., 7 janv. 1981, n° 79-13.499 : JurisData n° 1981-700112 ; Bull. civ. 1981, IV, n° 14, énonçant qu'« est dépourvu de fondement le moyen qui soutient qu'un contrat par correspondance n'est formé qu'au moment de la réception par le sollicitant de l'occupation du cocontractant alors que, sauf stipulation contraire, les parties sont liées dès l'émission de cette acceptation ».

Note 52 Cass. 3e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199 : JurisData n° 1993-002405 ; Bull. civ. 1993, III, n° 174, énonçant que « dans une promesse de vente, l'obligation du promettant constitue une obligation de faire tant que les bénéficiaires n'ont pas déclaré acquérir, et la levée d'option postérieure à la rétractation du promettant exclut toute rencontre des volontés ».

Note 53 Cass. 3e civ., 12 janv. 2010, n° 08-18.624 : *JurisData* n° 2010-051061 ; *Bull. civ.* 2010, III, n° 6, spéc. note G. Forest ; *D. Actu* 26 janv. 2010, Renonciation à une condition défaillie. – V. Wittmann, *La renonciation unilatérale à la défaillance de la condition suspensive dans les promesses de vente : à la recherche d'un équilibre contractuel* : *D.* 2012, p. 301.

Note 54 Art. 1324 pour la cession de créances. – Art. 1346-5 pour la subrogation.

Note 55 Art. 1346-1.

Note 56 V. notamment, Cass. com., 16 juin 2009, n° 07-16.840 : *JurisData* n° 2009-048654 ; *Bull. civ.* 2009, IV, n° 85, énonçant que « la subrogation conventionnelle de l'assureur dans les droits de l'assuré résulte de la volonté expresse de ce dernier, manifestée concomitamment ou antérieurement au paiement reçu de l'assureur, qui n'a pas à établir que ce règlement a été fait en exécution de son obligation contractuelle de garantie ».

Note 57 Rapport au Président de la République précité, spéc. Paragraphe 2, la mise en demeure du créancier.

Note 58 Art. 1345-1.

Note 59 Art. 1321 actuel : « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers ».

Note 60 Cass. 1re civ., 28 nov. 2000, n° 98-14.618 : *JurisData* n° 2000-007093 ; *JCP G* 2001, II, 10645, note T. Azzi.

Note 61 V. sur ce point les observations de N. Dissaux et C. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général des obligations et de la preuve. Commentaires article par article* : *Daloz* 2015, spéc. article 1203.

Note 62 V. Y. Lequette, *Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ?*, *RDC* 2015 p. 616, déplorant la disparition du projet de l'article 1107 sus-évoqué, et mettant en garde sur les conséquences qu'aurait entraîné une telle suppression, savoir, la juxtaposition de « législations sectorielles » ; dans le même sens, N. Balat, *Réforme du droit des contrats. Et les conflits entre droit commun et droit spécial ?* : *Daloz* 2015, p. 699, déplorant également l'occultation par le projet de réforme de la coexistence du droit commun et des droits spéciaux, et préconisant « une reprise de la substance de l'article 1107 ».

Note 63 Voir illustrations données aux n° 20, 22 et 23 de la présente étude

Note 64 Aux termes duquel « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

Note 65 Art. 1104.

Note 66 Cass. ch. mixte, 7 févr. 2014, n° 12-85.107 : *JurisData* n° 2014-001528 ; *JCP G* 2014, 419. Sous réserve toutefois des éventuelles déclarations spontanées de l'assuré, Cass. 2e civ., 19 févr. 2009, n° 07-21.655 : *Bull. civ.* 2009, II, n° 48 ; *JurisData* n° 2009-047187. - Cass. 2e civ., 4 févr. 2016, n°15-13.850 : *Jurisdata* n° 2016-001526.

Note 67 Ladite loi ayant en effet expressément consacré la validité de telles clauses à l'article L. 124-5 du Code des assurances pour les polices souscrites à compter de son entrée en vigueur, rendant cette jurisprudence inapplicable à ces contrats.

Note 68 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 déc. 1990, 7 arrêts, n° 87-15.834, 87-11.717, 88-12.863, 87-17.586, 88-14.756, 87-19.588 et 88-19.441 : JCP G 1991, II, 21656, note J. Bigot ; solution constamment réaffirmée, y compris après l'entrée en vigueur de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 précitée, pour les polices souscrites avant son entrée en vigueur, comme vient encore de l'illustrer récemment Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 nov. 2015, n° 14-25.761 : *JurisData* n° 2015-026362, rappelant que « toute clause ayant pour effet de réduire la durée de la garantie de l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré est génératrice d'une obligation sans cause et doit être réputée non écrite ».

Note 69 Sauf exceptions relatives aux actions interrogatoires visées *supra* note 1.

Note 70 Voir n° 12 de la présente étude.

Note 71 L. *Mayaux*, *Avant et après : RGDA 2016*, p. 1, note sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 nov. 2015 préc., l'auteur considérant, nonobstant les arguments sus-évoqués, que la suppression de la notion de cause n'en retire pas moins à la jurisprudence toute sa raison d'être.

Note 72 Voir n° 15 de la présente étude.

Note 73 C. civ., art. 1792-5.

Note 74 Voir n° 20 de la présente étude.

Note 75 Voir n° 14 de la présente étude.

Note 76 En effet, l'indemnité pécuniaire dont l'entrepreneur sera redevable envers le maître d'ouvrage, en cas d'exécution par équivalent, sera susceptible d'être couverte par son assurance de responsabilité civile, à l'inverse d'une condamnation sous astreinte à reprendre matériellement l'ouvrage au titre de son obligation de faire, laquelle, juridiquement distincte des dommages-intérêts, ne sera pas assurée au titre des conséquences pécuniaires de sa responsabilité civile (en ce sens, V. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 avr. 2008, n° 07-10.065 : *JurisData* n° 2008-043651).

Note 77 H. *Périnet-Marquet*, *L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction : RDI 2015*, p. 251 s. – V. également l'exemple pratique cité à ce sujet par L. *Leveneur*, *Table ronde. Faut-il avoir confiance dans la réforme ? : RDC 2015*, p. 661 s.

Note 78 Voir n° 18 de la présente étude.

Note 79 Ce qui est parfaitement envisageable nonobstant l'absence d'achèvement de l'ouvrage, depuis un arrêt de principe Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 juill. 1989, n° 88-10.037 : *JurisData* n° 1989-002441 ; *Bull. civ.* 1989, III, n° 161, solution constamment rappelée par la Cour de cassation (voir sur ce point, L. *Karila et C. Charbonneau*, *Droit de la construction : responsabilités et assurances : Lexis Nexis 2011*, 2<sup>e</sup> éd., spéc. n° 19, p. 17.

Note 80 ... ce qui sera a priori le cas lorsque le coût de l'exécution en nature apparaîtra disproportionné par rapport à l'intérêt du maître de l'ouvrage.

Note 81 CA Paris, 19<sup>e</sup> ch., 28 sept. 2007 : *JurisData* n° 2007-343462, énonçant que « la garantie de parfait achèvement est, non pas une exécution en argent, mais une exécution en nature par l'entrepreneur tenu envers le maître de l'ouvrage, du fait des réserves à la réception ».

Note 82 C. civ., art. 1792-5.

Note 83 Voir n° 17 de la présente étude.

Note 84 Étant ici rappelé que, si la réception judiciaire doit nécessairement être fixée au jour où l'ouvrage est en état d'être reçu (Cass. 3e civ., 30 juin 1993, n° 91-18.696 : *JurisData* n° 1993-001068 ; *Bull. civ.* 1993, III, n° 103), les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier cette date (Cass. 3e civ., 20 oct. 2004, n° 03-13.683).

Note 85 Il est vrai que l'article 1345-2 n'est pas particulièrement clair pour ce qui concerne la date exacte de la libération du débiteur : s'agit-il de la date de l'« échéance » visée à l'article 1345 ? De celle de la mise en demeure ? Ou de celle correspondant à l'expiration du délai de deux mois visé à l'article 1345-2 ? Cette dernière alternative nous semble la plus probable, eu égard notamment aux nouvelles dispositions de l'article 1304-6 précité (V. n° 17 de la présente étude) ayant supprimé le caractère rétroactif de la réalisation de la condition suspensive que constitue en l'occurrence l'absence de cessation de l'obstruction dans les deux mois de la mise en demeure.

Note 86 Art. 17.2.2.1.3.

Note 87 Art. 41.1.3.

Note 88 Voir n° 14 de la présente étude.

Note 89 V. H. Périnet-Marquet, *réf. Préc., spéc. note 36 citant Cass. 3e civ., 20 janv. 1999, n° 96-22.239 : Bull. civ. 1999, III, n° 16. – Cass. 3e civ., 26 juin 2002, n° 00-19.265 : JurisData n° 2002-015131. – V. aussi L. Karila, C. Charbonneau, *op. cit., spéc. n° 439 s., p. 253 s.**

Note 90 En ce sens, Cass. 3e civ., 26 févr. 2008, n° 06-20.801 : *JurisData* n° 2008-042967 ; tel n'est donc pas le cas si le bouleversement résulte du fait d'un tiers (Cass. 3e civ., 6 déc. 2000, n° 99-13.429, *Trilles c/ sté CLC : Juris-Data* n° 2000-007220 ; *Bull. civ.* 2000, III, n° 183 ; *JCP G* 2001, IV, n° 1222, p. 281), du fait d'un autre locateur d'ouvrage (Cass. 3e civ., 26 févr. 2008 *préc.* – Cass. 3e civ., 28 oct. 2003, n° 02-15.907 : *JurisData* n° 2003-020756), de phénomènes extérieurs (Cass. 3e civ., 20 nov. 2002, n° 00-14.423 : *JurisData* n° 2002-016439 ; *Bull. civ.* 2002, III, n° 230 ; *JCP E* 2004, 31, *note B. Guiderdoni. – Cass. 3e civ., 18 déc. 2007, n° 06-18.876 : JurisData n° 2007-042056*), ou encore si les travaux supplémentaires résultent du propre fait de l'entrepreneur qui a mésestimé l'importance des travaux à réaliser (Cass. 3e civ., 27 sept. 2006, n° 05-13.808 : *JurisData* n° 2006-035153 ; *Constr.-Urb.* 2006, *comm.* 234, *note Sizaire ; Bull. civ.* 2006, III, n° 189), ou n'a pas intégré des prestations qui s'imposaient (Cass. 3e civ., 8 juin 2005, n° 04-15.046 : *JurisData* n° 2005-028797 ; *Bull. civ.* 2005, III, n° 125).

Note 91 En ce sens : H. Périnet-Marquet *Réf. préc.* « à partir du moment où l'acceptation des risques exclut le recours à l'imprévision, ne devrait-on pas considérer que le recours au marché à forfait, qui n'est pas obligatoire, est une modalité d'acceptation des risques au sens de l'article 1196 ? »

Note 92 *Supra* n° 12.

Note 93 H. Périnet-Marquet, *réf. préc.*

Note 94 M. Mekki, *Le bail en l'état futur d'achèvement (BEFA) – un contrat sur mesure : Loyers et copr. 2013, dossier 3 ; O. Herrnberger, VEFA et BEFA – de quelques questions induites par la coexistence du contrat de construction de l'immeuble et du bail en état future d'achèvement : Loyers et copr. 2013, dossier 2.*

© LexisNexis SA