

CHRONIQUE

RÉGULATION ET CONFORMITÉ



MARTINE BOCCARA

Juriste
Direction des affaires
juridiques
Groupe BNP Paribas



**EMMANUEL
JOUFFIN**

Docteur en droit
Responsable
juridique
de banque



MYRIAM ROUSSILLE

Agrégée
des facultés de droit
Professeur
Université du Mans
IRJS Sorbonne
Affaires-Finance

RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS ET DU RÉGIME DES OBLIGATIONS – QUELLE INCIDENCE POUR LES BANQUES ?

(Présentation générale par Myriam Roussille)

Une réforme attendue. Enfin, elle aura vu le jour. La réforme dite « du droit des contrats », qui porte aussi en réalité sur le régime général de l'obligation et sur la preuve en matière civile, a été adoptée par voie d'ordonnance le 10 février. Nul besoin de rappeler à quel point elle était attendue. Les deux grands projets rédigés sous la présidence des professeurs Catala et Terré, en réaction à divers projets européens¹, ne seront finalement pas restés dans les tiroirs de la Chancellerie. Ils ont permis aux services de la Direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la Justice de soumettre une proposition de texte qui, grâce à l'habilitation donnée par le législateur début 2015², et suite à une large consultation à laquelle de nombreux professionnels ont contribué³, a donné naissance à l'ordonnance qui vient de paraître.

Finalité de la réforme: moderniser, rendre accessible et rendre accessible. Il fallait rénover, alors l'ordonnance rénove, le but premier étant de mettre le Code civil en phase avec son temps. L'intervention a évidemment une grande portée symbolique, puisqu'elle touche à la partie la plus noble du Code civil (le livre III) qui n'avait presque pas été modifiée depuis Napoléon. Symbolique

aussi, car la très grande majorité des nouvelles dispositions ne font qu'intégrer des notions bien ancrées dans la pratique juridique (offre et acceptation, promesse de contrat, nullité relative et absolue, caducité) et des solutions constantes dégagées en jurisprudence (enrichissement sans cause, modification unilatérale du prix par exemple). Le nouveau texte a également une visée didactique, en posant la définition des principaux concepts du droit des contrats et en adoptant un langage qui se veut accessible à tous et qui est, en tous les cas, plus facile à appréhender que ne l'étaient nos textes de 1804. Ce faisant, l'ordonnance améliore la sécurité juridique. Elle opère au détour quelques innovations: certaines saluées de tous en ce qu'elles permettent à tout contractant de lever les doutes qu'il peut légitimement nourrir sur la validité de plusieurs types de transaction, en créant des actions interrogatoires⁴, d'autres plus contrastées qui n'ont pas manqué de soulever des réactions lors de la consultation et qui intéresseront le monde bancaire..

Impact sur le monde bancaire? La réforme du droit des contrats est en effet susceptible d'avoir des conséquences sur les relations que les banques entretiennent avec leur clientèle, mais aussi sur celles qu'elles nouent avec leurs prestataires. Il convient à cet égard d'insister sur le fait que l'ordonnance n'a pas vocation à bouleverser le droit bancaire (et financier), d'abord parce que la modernisation se fait essentiellement « à droit constant », mais surtout parce qu'après avoir pris acte des réponses à

1. On vise essentiellement les *Principes européens du droit des contrats (PEDC)* publié par la Société de législation comparée (vol. 2, 2003), le *Code européen des contrats* (groupe de Pavie) reproduit à la *Gazette du Palais* du 22 fév. 2003 (p. 3). Les *Principes Unidroit* relatif aux contrats du commerce international (2004), dont le champ n'était pas exclusivement européen, ont également été source d'inspiration.

2. L. n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, art. 8 et 27.

3. 250 à 300 réponses ont été transmises et dépouillées par les services...

4. On parle aussi d'action « interpellatoire ». C. civ., nouvel art. 1123, al. 3 et 4 (en cas de soupçon de pacte de préférence), art. 1158 (doute sur les pouvoirs d'un représentant) ou art. 1183 (risque d'action en nullité).

la consultation et sur demande de Bercy⁵, la Chancellerie a réintroduit un texte qui affirme la primauté des règles spéciales sur les règles générales. Le nouvel article 1105 prévoit dans son alinéa 3 que « les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières [à certains contrats qui sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux] ». Ainsi, toutes les dispositions du Code monétaire et financier (règles relatives à la convention de compte, aux contrats-cadres de services de paiement, cession par bordereau Dailly, rupture du crédit consenti aux entreprises) et du Code de la consommation (notamment relatives aux crédits à la consommation et aux crédits immobiliers) conservent-elles leur portée.

La quasi-totalité des contrats bancaires pouvant être conclus avec les consommateurs n'est dès lors pas impactée par la réforme. Ceux conclus avec les professionnels, dans lesquels la liberté contractuelle a plus de place, pourraient en revanche être affectés, sous réserve de l'application des régimes spéciaux (comme celui de la cession Dailly par exemple). D'ailleurs, la formule employée par le nouvel article 1105, avec le « sous réserve », laisse entrevoir des possibilités de combinaisons : l'existence d'un régime spécial n'exclut pas par lui-même toute application du droit commun, d'abord parce que la règle spéciale peut être aménagée et écartée au bénéfice de la règle générale, lorsqu'elle n'est pas d'ordre public, ensuite parce que le régime spécial peut comprendre des lacunes, des fissures entre lesquelles le droit commun a vocation à s'introduire (les dispositifs spéciaux n'abordent ni la question de l'imprévision et ni le régime applicable à l'obligation née du contrat par exemple).

C'est donc sans doute plus dans les relations avec les professionnels, soit au titre de contrats bancaires ou financiers⁶, soit au titre des contrats de prestations de services qu'ils peuvent conclure (sous-traitance/externalisation, prestation informatique et tous les contrats nécessaires aux fonctionnements des services généraux) que la réforme du droit des contrats va retenir l'attention des juristes de banque.

Perspective de la présentation. Il n'apparaît pas opportun, dans le cadre de cette chronique, de présenter l'ensemble de la réforme. L'on se concentrera sur les aspects qui sont les plus susceptibles d'intéresser les banques et l'on se limitera à développer les nouveautés, sans relier toutes les consolidations, cet exposé ayant été réalisé dans des revues généralistes⁷. Ainsi, s'agissant du droit

de la preuve qui est regroupé dans le futur livre IV bis du livre III du Code civil⁸, on notera que la principale nouveauté provient de l'admission des conventions sur la preuve⁹ qui sont valables à condition de porter sur des droits dont les parties ont la libre disposition, de ne pas établir de présomptions irréfragables au profit de l'une des parties, ni de contredire celles établies par la loi, et de ne pas modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment¹⁰.

Au contraire, au-delà des nouveautés affectant les contrats en général, le phénomène de « bancarisation du lien d'obligation », que le professeur Nicolas Molfessis compte parmi l'une des mutations profondes de notre société¹¹, invite à porter une attention particulière à la partie de l'ordonnance qui a réformé le régime général de l'obligation.

Nous aborderons donc les innovations tenant aux contrats que les banques peuvent conclure (I.) avant de présenter celles qui peuvent affecter les liens d'obligations auxquelles les banques sont parties (II.).

I. LES INNOVATIONS SUSCEPTIBLES D'AFPECTER LES CONTRATS CONCLUS PAR LES BANQUES

(par Myriam Roussille)

Innovations théoriques. Après avoir énoncé au sein des dispositions liminaires les principes de liberté contractuelle¹², force obligatoire¹³ du contrat et bonne foi¹⁴ – qui révèlent une philosophie à la fois libérale et moraliste, dans la continuité du droit des contrats traditionnel –, la réforme entérine l'abandon de la notion de cause qui était décriée par certains et accusée de rendre le droit français incompréhensible pour nos homologues européens. Celle-ci se trouve remplacée par la notion de contenu du contrat qui recouvre aussi la notion d'objet : le contrat doit évidemment avoir un contenu licite et certain¹⁵ et ne pas déroger, par son but, à l'ordre public¹⁶.

Consécutions et adaptations marginales. La réforme tend à adapter le Code civil à la réalité économique et juridique du monde contemporain.

Plusieurs notions mobilisées pour expliciter la formation du contrat sont ainsi consacrées : celles d'offre et d'acceptation qui marquent une formation « simple », sans d'ailleurs être articulées avec le processus de mise à disposition de conditions générales qui caractérise la

5. Le projet initial ne prévoyait pas de disposition équivalente à l'article 1107 du Code civil qui dispose que : « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce ».

6. On pense aux contrats financiers qui ont alimenté beaucoup d'inquiétude de la part de la profession bancaire et qui l'a conduit à commander une consultation ad hoc sur la question de l'imprévision.

7. N. Molfessis, « Droit des contrats : que vive la réforme », JCP G, 15 fév. 2016, n° 7, p. 321 ; A. Bénabent et L. Aynès, « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », D. 25 fév. 2016, n° 8, p. 434 ; M. Mekki, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », D. 3 mars 2016, n° 9, p. 494 ; D. Mazeaud, « Présentation de la réforme du droit des contrats », Gaz. Pal. 23 fév. 2016, n° 8, p. 15.

8. C. civ., nouveaux art. 1353 à 1386-1.

9. C. civ., nouvel art. 1356. En général, la pratique emploie plutôt l'expression de « conventions sur la preuve », même si dans la pratique il s'agit plus souvent de clauses insérées dans un contrat négocié ou dans des conditions générales.

10. C. civ., nouvel art. 1356. Le nouvel article 1316-2 admet par ailleurs les conventions réglant les conflits de preuve littérale.

11. N. Molfessis, art. précit., p. 321.

12. C. civ., nouvel art. 1102.

13. C. civ., nouvel art. 1103.

14. C. civ., nouvel art. 1104.

15. C. civ., nouvel art. 1128.

16. C. civ., nouvel art. 1162.

banque de détail¹⁷ ; le pacte de préférence¹⁸ et les promesses unilatérales de contrat¹⁹ dont la force obligatoire se trouve au détour renforcée, ce qui pourrait à la marge éviter la caducité de contrats de crédit en matière immobilière ou de financement sociétaire. La généralisation des obligations d'information précontractuelle²⁰ et de confidentialité²¹ ne devrait pas perturber les banques qui sont depuis longtemps lourdement tenues sur ces terrains, la transparence étant l'une des valeurs maîtresses du droit bancaire et financier et le devoir de secret bancaire étant ancestral. De même, l'admission de l'unilatéralisme dans la fixation du prix ne devrait pas introduire de nouvelle souplesse dans la pratique, sauf peut-être à noter qu'elle s'accompagne d'une obligation de motiver le montant fixé en cas de contestation²².

Concernant les effets du contrat, les règles relatives à la durée ou encore à l'exception d'inexécution – qui peut être mise en œuvre en cas d'« inexécution suffisamment grave »²³ – ne devraient non plus avoir de grande incidence sur les contrats bancaires. L'exécution forcée en nature²⁴ – devenu le principe – n'est pas non plus décisive dans les relations marquées par les échanges monétaires (mais peut-être que les services généraux pourront en tirer profit). Les règles relatives à la résolution²⁵ n'ont pas souvent vocation à jouer, les clauses résolutoires étant légion dans les contrats bancaires et financiers.

Les règles relatives à l'inexécution n'appellent donc pas de perspectives révolutionnaires, hormis peut-être dans les relations avec les fournisseurs et prestataires où elle offrira aux banques les nouvelles facultés unilatérales qui ont été ouvertes à tous les contractants.

La suspension d'exécution devient possible « lorsqu'il est manifeste que le contractant ne s'exécutera pas »²⁶. Mais, il y a de fortes chances que les établissements ne trouvent pas non plus souvent l'occasion de l'appliquer, car s'agissant des relations spécifiques avec les emprunteurs professionnels, ils sont tenus de respecter un délai minimum de soixante jours pour rompre un crédit²⁷. En revanche, les banques pourront en cas d'exécution imparfaite, solliciter une réduction proportionnelle du prix lorsqu'elles l'ont déjà réglé leur fournisseur ou prestataire ou lui notifier leur décision unilatérale de réduire le prix lorsque celui-ci n'a pas encore été payé²⁸.

Une série d'autres nouveautés pourraient en revanche avoir plus de conséquences, puisqu'elles manifestent la volonté du législateur de lutter contre les contrats déséquilibrés (que l'on reproche parfois aux banques) ou de

tenir compte des événements qui peuvent affecter les relations contractuelles dans le temps.

1. La lutte contre les déséquilibres significatifs

Violence économique. L'une des innovations les plus discutées de la réforme résulte de la consécration de la violence économique²⁹. Il s'agit d'un vice du consentement qui prend place à côté de l'erreur³⁰, du dol³¹ – dont la loi consacre qu'il puisse résulter d'une réticence³² – et de la violence traditionnelle qui traduit le fait qu'une personne s'est engagée sous la contrainte³³. Cette nouvelle forme de violence a suscité de vives oppositions chez les professionnels (y compris dans le monde bancaire) puisqu'elle consacre une nouvelle forme de nullité – admises dans des arrêts récents³⁴ – « lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif »³⁵. Or le besoin d'argent, combiné à une situation financière dégradée³⁶, peut conduire le client d'une banque à se trouver objectivement dans un état de dépendance : charge alors à la banque de ne pas en tirer un avantage manifestement excessif ! Car ce qui a été gagné, en 2005 avec la loi de sauvegarde, sur le terrain de la responsabilité pour octroi abusif écarté par l'article L. 650-1 du Code de commerce³⁷, pourrait alors être perdu par l'effet de la réforme du Code civil, le régime spécial visant les actions en responsabilité et n'écartant donc pas, en toute logique, la règle générale sanctionnée par la nullité.

Contrat d'adhésion et clause créant un déséquilibre manifestement excessif. Dans une optique didactique, l'ordonnance a introduit un certain nombre de définitions qui permettent de distinguer sept catégories de contrats. Pour les banques, l'innovation majeure résulte de la consécration du contrat-cadre³⁸, forme très utilisée dans le financement à court terme et dans le domaine financier et, par ailleurs, celle du contrat d'adhésion³⁹ dont l'enjeu majeur tient à l'applicabilité du nouvel article 1171 du Code civil. Ce texte généralise le dispositif des clauses

17. Sur le régime des conditions générales : C. civ., nouvel art. 1119.

18. C. civ., nouvel art. 1123.

19. C. civ., nouvel art. 1124.

20. C. civ., nouvel art. 1112-1.

21. C. civ., nouvel art. 1112-2.

22. C. civ., nouvel art. 1164, al. 1.

23. C. civ., nouvel art. 1219.

24. C. civ., nouvel art. 1221 et s.

25. C. civ., nouveaux art. 1224 et s.

26. C. civ., nouvel art. 1220.

27. C. mon. fin., art. L. 313-12, al. 1, sauf comportement gravement répréhensible ou situation irrémédiablement compromise.

28. C. civ., nouvel art. 1223.

29. C. civ., nouvel art. 1143.

30. C. civ., nouveaux art. 1132 à 1136, qui distinguent les erreurs pouvant engendrer la nullité du contrat des erreurs indifférentes et voir article 1139 pour l'erreur résultant du dol.

31. C. civ., nouveaux art. 1137 et 1138.

32. C. civ., nouvel art. 1137, al. 2.

33. C. civ., nouvel art. 1140. La menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence, dès lors qu'elle n'a pas été détournée de son but, invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif : C. civ., nouvel art. 1141.

34. Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15242 ; Cass. civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12032.

35. C. civ., nouvel art. 1143.

36. Situation qui exclut qu'une autre banque accepte au client de lui octroyer un nouveau crédit.

37. C. com., art. L. 650-1 : « Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge. »

38. C. civ., nouvel art. 1111.

39. C. civ., nouvel art. 1110, al. 2 : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

abusives : « dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat est réputée non écrite », étant précisé que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Cette nouvelle disposition appelle deux séries de remarques.

Dans le champ des relations avec les consommateurs, on notera qu'elle ne reprend pas exactement le contenu de la directive 93/13/CEE⁴⁰, ce qui pourrait créer un foyer de contentieux potentiels. En droit français, elle devra être combinée avec l'article L. 132-1, alinéa 5, du Code de la consommation qui énonce que le caractère abusif d'une clause⁴¹ doit être apprécié par le juge « en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat ».

Les relations que les banques peuvent entretenir avec des professionnels sont aussi visées, puisqu'elles concluent couramment des contrats d'adhésion soit avec leurs clients professionnels, soit avec leurs fournisseurs et prestataires. Le nouvel article 1171 engendre ainsi de nouveaux risques. Si l'article L. 442-6-I du Code de commerce prévoyait déjà la responsabilité de « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers » pour le fait « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties », le nouveau dispositif est ici bien plus large et expose surtout à la suppression de la clause.

2. La prise en considération de l'évolution de la relation contractuelle dans le temps

La modernisation recherchée par les rédacteurs de l'ordonnance impliquait de prendre en compte la réalité contractuelle. La durée des relations les a conduits à consacrer et à poser un cadre novateur à la cession de contrat, puis à mettre en place un dispositif destiné à prendre acte d'un possible changement de circonstances économiques lorsqu'il peut engager un déséquilibre excessif, ce qui rejoint d'ailleurs les mécanismes de lutte contre les déséquilibres significatifs ci-avant développés.

2. 1. Cession de contrat

Consécration de la cession de contrat. Prévée légalement pour certains contrats⁴² et admis par la jurisprudence⁴³, la cession de contrat est une pratique enfin reconnue par le Code civil. Elle prend son autonomie par rapport à la cession de créance⁴⁴, et n'est pas non plus réduite à une combinaison de cette dernière avec la cession de dette

d'ailleurs nouvellement créée⁴⁵. Elle est définie comme la cession de la qualité de partie à un contrat⁴⁶, ce qui recouvre en réalité celle d'une position contractuelle⁴⁷. Elle ne relève donc plus du régime de l'obligation, mais bien du régime du contrat dans le temps⁴⁸.

Régime. Le principe de force obligatoire du contrat (initial) et celui d'intangibilité qui lui est traditionnellement associé imposent que la cession de contrat soit subordonnée à l'accord (et non au consentement⁴⁹) du contractant cédé.

Mais le régime qui lui est associé concilie à la fois souplesse et protection des intérêts en présence, deux aspects qui ne manqueront d'intéresser les banques selon qu'elles envisagent d'être cédantes ou cessionnaires, ou qu'elles anticipent (craignent) de pouvoir être cédées.

Incidence pour les banques ? À dire vrai, il n'est pas certain que le recours à la cession de contrat présente plus d'avantages que la cession de créance dont les banques sont coutumières en matière de crédit classique, mais elle ouvre le champ des possibles par exemple pour les conventions de compte et les contrats-cadres de services de paiement et consacre une pratique en matière de crédit-bail.

Les banques se réjouiront sans doute de ce que l'accord à la cession de contrat puisse être donné par avance, notamment dans les contrats entre les futurs cédants et cédés. Elles pourraient introduire des clauses prévoyant cet accord dans leurs conditions générales, bien que la validité d'un accord donné par le biais d'une clause insérée dans un contrat d'adhésion puisse nourrir des discussions, voire même des contestations sur le terrain des clauses créant un déséquilibre excessif⁵⁰.

Il n'est pas non plus précisé si la cession de contrat est interdite pour certains types de contrat. Il était sans doute inutile de spécifier qu'elle serait interdite pour les contrats *intuitu personae*, puisque dans ces hypothèses, le cédé peut refuser de donner son accord à l'opération. On peut penser que les banques refuseront toujours de donner leur accord par anticipation et se réserveront la possibilité d'étudier les demandes de cession émanant de leurs clients ou partenaires au cas par cas.

Efficacité de la cession. Pour protéger les intérêts des parties en présence, un écrit est exigé *ad validitatem*⁵¹. Mais ce sont surtout les effets de la cession de contrat qui sont précisés.

Si le cédé a donné son autorisation par avance à la cession, l'opération prend effet dès qu'elle lui est notifiée ou qu'il en a pris acte. Le cédé se trouve alors en position d'imposer le maintien de son lien obligationnel avec le cédant, s'il ne le décharge pas, ce dernier restant alors solidairement tenu à l'exécution du contrat⁵². Si au contraire, le cédé délègue le

40. Dir. 93/13/CEE, art. 4, parag. 2 : « L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ».

41. C. conso., art. L. 132-1 : sont réputées non écrites « les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

42. Tels notamment le contrat de bail (C. civ., art. 1743), le contrat d'assurance (C. ass., art. L. 121-10) ou encore le contrat de travail (C. trav., art. L. 1224-1).

43. Cass. com. 6 mai 1997, n° 94-16335 ; Cass. 3^e civ., 12 déc. 2001, n° 00-15627 ; Cass. com. 24 mai 2011 n° 10-12.163.

44. La jurisprudence imposait le respect des conditions d'opposabilité prévues par de l'article 1690 du Code civil de la cession de créance lors des cessions de contrats.

45. V. *infra*, pp. 58-59.

46. C. civ., nouvel art. 1216.

47. La cession de contrat a pour objet de permettre le remplacement d'un contractant par un tiers, sans rupture du lien contractuel.

48. Ceci explique qu'elle soit située entre les règles relatives à la durée et celles relatives à l'exécution : M. Mekki, art. précit., p. 503.

49. Souligné par MM. Bénabent et Aynès.

50. V. *supra*, pp. 54-55.

51. C. civ., nouvel art. 1216, al. 3.

52. C. civ., nouvel art. 1216-1, al. 2.

cédant de ses obligations, cette décharge ne vaut que pour l'avenir. Le cédé peut opposer en tout état de cause au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant⁵³. La cession de contrat laisse aussi subsister les sûretés qui garantissaient les obligations existant entre le cédant et le cédé, dès lors que ce dernier n'a pas déchargé le cédant⁵⁴. La règle est importante pour les établissements qui pourraient se trouver cédés, car ils n'auront jamais intérêt à accorder la décharge, sauf à organiser un transfert des sûretés sur la nouvelle obligation liant le cessionnaire. Quant au nouveau contractant cessionnaire, il peut opposer au cédé toutes les exceptions inhérentes à la dette (sont expressément visées nullité, résolution) mais non celles qui sont personnelles au cédant⁵⁵.

2.2. Petit guide de l'imprévision

(par Emmanuel Jouffin)

Big bang: abandon de la solution rejetant la révision pour imprévision par l'article 1195 nouveau du Code civil. L'imprévision est l'une des dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016 qui fait couler le plus d'encre tout en nourrissant les craintes les plus diverses. La révision du contrat pour imprévision était originellement destinée, selon la formule d'Hauriou, à assurer la rigidité des services publics par la flexibilité des contrats. Elle fait son entrée dans le Code civil et marque l'abandon de la jurisprudence séculaire *Canal de Craponne*⁵⁶ qui avait refusé d'admettre la révision du contrat par le juge en cas d'imprévision affectant les contrats privés. Voici, en bref, le contenu de ce big bang contractuel.

Tout d'abord, le contenu de l'article 1195 du Code civil qui dispose : « 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 ».

L'article 1195 n'étant pas au nombre des exceptions visées par l'ordonnance de février 2016⁵⁷, il ne s'appliquera qu'aux contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016.

Conditions de mise en œuvre du régime applicable en cas d'imprévision. Les conditions d'application de l'article 1195 du Code civil devraient être interprétées de la manière suivante.

Tout d'abord, le changement de circonstances doit avoir été raisonnablement imprévisible lors de la conclusion du contrat et extérieur aux parties, tout en étant distinct

de l'aléa⁵⁸ et de la force majeure⁵⁹. Même si le texte ne le dit pas, il faut raisonnablement évaluer cette imprévisibilité de manière *intuitu personae* en tenant compte de la personne qui l'invoque et de la nature de l'événement. Ce dernier doit être d'une exceptionnelle rareté, sans nécessairement être unique. On peut penser par exemple qu'un « dévissage » rapide d'un taux d'intérêt devenant négatif n'est désormais plus guère imprévisible. Par ailleurs, le changement de circonstances doit avoir été indépendant de la volonté de celui qui l'invoque. Le fait que l'article 1195 évoque le terme « circonstances » laisse entendre une extranéité par rapport aux parties.

Le texte pose une seconde condition d'application tenant à la conséquence du changement de circonstances sur le contrat, ce changement devant rendre l'exécution excessivement onéreuse. Ici encore, le texte est muet sur l'évaluation de l'onérosité excessive. Si le changement de circonstances s'apprécie de manière individualisée, ladite onérosité devrait être appréciée de manière objective, eu égard à l'économie générale du contrat. Cette appréciation ne devrait pas, en principe, tenir compte des ressources de la partie qui l'invoque. Une interprétation contraire reviendrait à considérer que l'exécution d'un contrat ne serait pratiquement jamais excessivement onéreuse pour une entreprise de taille importante.

À cet égard, la jurisprudence administrative, qui admet la révision pour imprévision depuis 1916⁶⁰, peut fournir un guide de lecture utile. Tout d'abord, est prise en compte la perte financière subie par la partie qui invoque l'imprévision. Une simple diminution du profit réalisé, voire sa disparition, ne devrait pas être prise en compte⁶¹. Par ailleurs, il faut que l'exécution devienne économiquement insupportable. On est donc au-delà du « simple déséquilibre » contractuel, mais en deçà de l'impossibilité totale d'exécution, ce qui matérialiserait un cas de force majeure⁶².

Conséquences de l'article 1195 sur le sort du contrat. En présence d'une imprévision légitime, le cocontractant exposé à une exécution excessivement onéreuse peut

58. L'article 1108 nouveau du Code civil énonce : « Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit. Il 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 ». Si les parties à un contrat aléatoire acceptent, par construction, de faire dépendre les effets de leur contrat d'un événement incertain, elles n'acceptent pas pour autant de les faire dépendre d'un événement imprévisible lors de la conclusion du contrat. Il convient de distinguer l'aléa contractuel, qui est entré dans les prévisions des parties au moment de la conclusion du contrat, de l'aléa extracontractuel, qui est demeuré extérieur aux prévisions des parties. Si le premier ne peut ouvrir droit à révision pour imprévision, le second le peut en revanche, sous réserve de satisfaire aux conditions visées supra. Aussi doit-on considérer que la circonstance qu'un contrat soit aléatoire n'est pas par elle-même de nature à écarter l'application de l'article 1195 du Code civil, mais seulement à limiter l'application de ce dernier aux seuls événements n'entrant pas dans l'aléa contractuel.

59. L'imprévision n'est pas la force majeure. L'article 1218, alinéa 1^{er}, nouveau du Code civil énonce qu'« il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant 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 ». La force majeure « empêche » purement et simplement l'exécution du contrat, elle ne la rend pas « simplement » excessivement onéreuse.

60. CE 30 mars 1916, n° 59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*.

61. CE 15 juin 1928, *Commune de la Courtine*, Rec. Lebon, p. 757.

62. CE 20 mai 1994, *Société Le gardiennage industriel de la Seine*, n° 66.377.

53. C. civ., nouvel art. 1216-2, al. 2.

54. C. civ., nouvel art. 1216-3.

55. C. civ., nouvel art. 1216-2 al. 1^{er}.

56. Cass. civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne* : D. 1876.1.193, note Giboulot.

57. Ces exceptions visent les « actions interrogatoires » : cf infra.

demander une renégociation contractuelle. L'exécution du contrat se poursuit durant cette renégociation. En cas de refus, ou d'échec de la renégociation, une option est offerte aux parties : soit la résolution du contrat selon des modalités librement débattues, soit la saisine du juge par les deux parties, aux fins « d'adaptation » du contrat. Dans ce dernier cas, le juge sera saisi sur la requête conjointe des parties, même si l'on conçoit mal que le juge puisse réussir à renouer un lien contractuel que les parties n'ont pas pu ou voulu renouer. À ce stade, l'article 1195, n'apporte rien de nouveau. Jadis l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, devenu aujourd'hui l'article 1193⁶³, prévoyait déjà une sortie négociée du contrat. Là où l'article 1195 surprend, c'est qu'est seule envisagée la résolution du contrat alors qu'il est constant que les parties peuvent prévoir un anéantissement n'ayant d'effet que pour l'avenir.

À défaut d'accord dans un délai « raisonnable », sans doute laissé à l'appréciation du juge, ce dernier pourra, simple faculté, à la demande de l'une seulement des parties, « réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». L'expression « mettre fin » n'est pas limpide, bien que le texte précise que le juge détermine les conditions de cette fin qui peut tout aussi bien être une résiliation qu'une résolution. C'est là que se manifeste le pouvoir de révision ou de résiliation judiciaire du contrat pour imprévision et ce, à l'initiative d'une seule des deux parties⁶⁴. La faculté de saisine unilatérale du juge a été le fruit d'une adjonction tardive, sans consultation publique, le texte ne prévoyant originellement qu'une co-saisine par les parties au contrat. L'on pressent que ce pouvoir peut être lourd de conséquences en présence d'un ensemble contractuel, la remise en cause d'un contrat pouvant avoir des retentissements sur d'autres, non soumis au juge, mais interdépendants. Il n'est pas certain que cette insécurité soit un remède à l'imprévision.

La question qui se pose est de savoir si l'ajout subreptice de cette saisine unilatérale du juge n'outrepasse pas l'habilitation reçue du législateur, laquelle doit être interprétée strictement. Or, la loi ne prévoyait qu'une révision par le juge sur demande commune des parties⁶⁵.

Possibilités d'aménagements contractuels. L'article 1195, alinéa 1^{er}, du Code civil vise « [...] une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque [celui de l'excessive onérosité de l'exécution] », ce qui laisse penser que les parties pourraient contractuellement accepter de supporter les conséquences éventuelles d'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat, indépendamment de la cause, la nature ou de l'ampleur dudit changement. À cet égard, la pratique de clauses dites de « paysage », telles que pratiquées notamment en matière d'assurance et énumérant les cas d'exclusion de garantie, peuvent être une manière de limiter l'application de l'article 1195. Attention toutefois aux risques inhérents

à pareille stipulation contractuelle, puisque l'article 1171 prévoit qu'une clause créant un déséquilibre significatif peut être réputée non écrite, relayant dans notre Code civil le dispositif des clauses abusives prévu dans le Code de la consommation⁶⁶.

Par ailleurs, si les parties sont libres d'écarter l'application de l'article 1195 du Code civil, elles peuvent également stipuler une clause d'adaptation (dite de hardship) permettant un réaménagement du contrat en cas de changement de circonstances en modifiant l'équilibre de manière excessive.

II. LES INNOVATIONS SUSCEPTIBLES D'AFPECTER LES LIENS D'OBLIGATIONS AUXQUELLES LES BANQUES SONT PARTIES

(par Martine Boccara)

Le titre IV est consacré au régime général des obligations. Selon le rapport, le plan retenu respecte un ordre logique dans la vie des obligations, depuis leur naissance, avec un premier chapitre consacré aux modalités de l'obligation, jusqu'à leur extinction (chap. 4) et les restitutions qu'entraîne leur anéantissement (chap. 5), en envisageant au cours de leur vie, leur circulation et les modifications pouvant les affecter (chap. 2) et les actions ouvertes au créancier (chap. 3). Nous envisagerons rapidement les chapitres consacrés à leur naissance et à leur extinction pour nous attacher plus spécifiquement aux opérations sur obligations.

Modalités des obligations. Les modalités pouvant assortir les obligations (chap. 1) sont présentées sous trois sections successives consacrées respectivement aux obligations conditionnelles, à terme et plures.

Nous ferons juste un focus sur les conditions suspensive et résolutoire, traitées parmi les obligations conditionnelles. Il faut signaler, pour la condition suspensive, la suppression de la rétroactivité au jour de la conclusion du contrat et son remplacement par une rétroactivité au jour de l'accomplissement de la condition⁶⁷, ce qui est un renversement du principe actuel. La règle étant supplétive, les parties peuvent y déroger. La condition résolutoire obéit à un principe inverse : son accomplissement éteint rétroactivement l'obligation, sans remise en cause des actes conservatoires et d'administration⁶⁸ ; mais il n'y a pas rétroactivité si les parties l'ont décidé ou si l'exécution réciproque du contrat le justifie⁶⁹.

Opérations sur obligations. Le chapitre II relatif aux opérations sur obligations présente un intérêt certain pour la profession bancaire. Si la créance désigne un droit que détient une personne à l'encontre d'une autre personne, elle constitue aussi un bien qui peut circuler. Ce chapitre envisage successivement la cession de créance et la cession de dette, opérations translatives, puis la novation

63. « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise. »

64. N. Molfessis, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », JCP G, n° 52, 21 décembre 2015, p. 2390.

65. L. n° 2015-177 du 16 février 2015, art. 3 : « le gouvernement est autorisé à : [...] 6° Préciser les règles relatives aux effets du contrat entre les parties [...], en consacrant la possibilité pour celles-ci d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances ».

66. V. supra.

67. C. civ., nouvel art. 1304-6, al. 1^{er}.

68. C. civ., nouvel art. 1304-7, al. 1.

69. C. civ., nouvel art. 1304-7, al. 2.

et la délégation. La subrogation et la cession de contrat ne sont pas traitées dans ce chapitre : la subrogation est désormais considérée comme un mode de paiement et traitée comme tel parmi les modes d'extinction des obligations⁷⁰ ; la cession de contrat figure désormais dans le chapitre relatif aux effets du contrat⁷¹.

1. Les opérations translatives

Cession de créance. Le chapitre s'ouvre sur la cession de créance, que le Code civil abordait jusqu'ici dans un titre consacré au contrat de vente. Le créancier cédant peut transmettre, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de la créance qu'il détient sur un débiteur, à un tiers cessionnaire⁷². À l'instar de ce qui est prévu pour le nantissement de créance⁷³, la cession devient un contrat solennel puisqu'un écrit est désormais requis pour la validité de la cession⁷⁴. Le projet d'ordonnance exigeait le consentement du débiteur à la cession de créance, lorsque la personne du créancier était pour lui déterminante. Cette disposition, qui aurait compliqué considérablement les opérations de refinancement, n'est pas reprise dans l'ordonnance. Dès lors, le consentement du débiteur n'est finalement requis que si la créance est stipulée incessible⁷⁵.

Le transfert de la créance entre les parties et l'opposabilité aux tiers s'opèrent sans formalité à la date de l'acte, sauf pour la cession de créance future – dorénavant expressément permise – qui n'opère qu'au jour de la naissance de la créance, tant entre les parties qu'à l'égard des tiers⁷⁶. Cette exception pour les créances futures a été critiquée par la profession bancaire car, en matière de nantissement de créance, la prise d'effet et l'opposabilité aux tiers s'opèrent à la date de l'acte, dans tous les cas de figure⁷⁷. L'uniformisation demandée n'a pas été retenue, ce qui pourrait défavoriser le cessionnaire d'une créance future en cas de conflit avec un créancier nanti sur une même créance, si le créancier nanti devait l'emporter dans tous les cas de figure sur le cessionnaire, quelle que soit la date de l'acte.

La cession de créance est opposable au débiteur cédé lorsqu'elle lui a été notifiée⁷⁸ ou s'il en a pris acte, ces formalités étant inutiles s'il a consenti par avance à la cession⁷⁹. L'obligation de signifier par exploit d'huissier la cession⁸⁰ n'est plus requise. Lorsqu'il a eu connaissance de la cession, le débiteur cédé devra régler la créance entre les mains du cessionnaire ; mais le cessionnaire devrait toujours pouvoir donner un mandat de recouvrement au cessionnaire.

La réforme innove sur le régime des exceptions opposables par le débiteur au cessionnaire⁸¹, en distinguant les exceptions inhérentes à la dette (nullité, exception d'inexécution, résolution ou compensation des dettes connexes), de celles nées de ses rapports avec le cédant (octroi d'un terme, remise de dette ou compensation de dettes non connexes) avant que la cession lui soit devenue opposable. Pour limiter les effets de cette règle, le créancier a tout intérêt à notifier rapidement la cession au débiteur cédé ou à obtenir son accord à la cession dans l'acte d'origine.

L'ordonnance traite également de la charge des frais de la cession qui pèse sur le cessionnaire, sauf clause contraire⁸², fixe une règle en cas de concours entre des cessionnaires successifs d'une créance en faveur du premier en date⁸³, ce qui tranche avec la solution jurisprudentielle antérieure qui donnait la priorité au créancier qui avait signifié le premier au débiteur cédé⁸⁴, et pose enfin un principe de garantie du cédant⁸⁵.

La profession bancaire n'a en revanche pas obtenu l'introduction de la cession de créances à titre de garantie dans l'ordonnance⁸⁶, qu'elle avait demandée dans un souci de sécurité juridique en proposant la rédaction prévue dans le projet de réforme de 2008 calquée sur le régime similaire de la cession « Dailly »⁸⁷. Cette demande n'a pu être prise en compte car elle dépassait le cadre de l'habilitation, relevant du droit des sûretés et non du droit des contrats.

Le rapport au Président souligne enfin le maintien de la procédure de retrait litigieux⁸⁸, qui figure en effet toujours aux articles 1699 à 1701 du code civil relatifs au contrat de vente, et que l'article 1701-1 créé par l'ordonnance rend a contrario applicable aux cessions de créance.

Cession de dette. La cession de dette est une opération inconnue du Code civil actuel. Elle permet – en théorie – à un débiteur de se libérer d'une dette en donnant à son créancier un autre débiteur. Le projet permettait la cession de dette sans l'accord du créancier, avec un débiteur d'origine qui devenait « simplement garant », ce qui a été très critiqué par les banques : le fait de se trouver face à un nouveau débiteur inconnu engendrait des risques certains, qui les mettaient en porte à faux quant à leurs obligations d'analyser la situation financière et les capacités de remboursement des emprunteurs.

70. Cf. *supra*.

71. Le projet d'ordonnance présentait la cession de contrat dans ce chapitre.

72. C. civ., nouvel art. 1321, al. 1^{er}.

73. C. civ., art. 2356.

74. C. civ., nouvel art. 1322.

75. C. civ., nouvel art. 1321, al. 4.

76. C. civ., nouvel art. 1323.

77. C. civ., art. 2361 du Code civil.

78. La forme de la notification n'est pas précisée ; le créancier devra utiliser tous moyens lui permettant d'apporter la preuve de la connaissance par le débiteur, de la cession : envoi en recommandé avec accusé de réception...

79. C. civ., nouvel art. 1324, al. 1.

80. C. civ., art. 1690 actuel.

81. C. civ., nouvel art. 1324, al. 2.

82. C. civ., nouvel art. 1324, al. 3.

83. C. civ., nouvel art. 1325.

84. Cass. com. 19 mars 1980, n° 78-11.672.

85. C. civ., nouvel art. 1326.

86. Un arrêt de la Cour de cassation, très critiqué (com. 19 déc. 2006) avait requalifié une cession civile à titre de garantie en nantissement de créance en jugeant « qu'en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance ».

87. Rédaction proposée : « Une créance peut être cédée en propriété à titre de garantie. Elle fait retour de plein droit au cédant si le cessionnaire a été payé ou si l'obligation garantie est éteinte pour une autre cause ».

88. Lorsque la créance cédée est litigieuse, le cédé peut exercer son droit à retrait par le remboursement au cessionnaire (acquéreur du droit) du prix que celui-ci avait payé au cédant.

Fort heureusement, cette remarque a été prise en compte et la cession est désormais subordonnée à l'accord du créancier⁸⁹, lequel peut être donné à l'avance⁹⁰. En cas d'accord anticipé ou si le créancier n'intervient pas à la cession, la cession de dette ne lui est opposable qu'après notification ou s'il en a pris acte⁹¹. Le cédant, débiteur d'origine n'est libéré pour l'avenir que si le créancier y consent expressément. À défaut, il reste engagé solidairement avec le nouveau débiteur⁹². L'existence d'une éventuelle décharge a un impact sur le sort des sûretés : s'il est déchargé par le créancier, les sûretés données par des tiers ne sont maintenues qu'avec leur accord ; ses codébiteurs solidaires restent tenus, déduction faite de sa part dans la dette⁹³ ; si le cédant n'est pas déchargé par le créancier, les sûretés subsistent qu'elles soient consenties par le cédant ou par un tiers⁹⁴. Dans cette dernière hypothèse, tant le cédant que le débiteur substitué peuvent opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette (nullité, exception d'inexécution, résolution ou compensation de dettes connexe) et celles qui leur sont personnelles⁹⁵.

2. Les autres opérations

La novation. La section III est réservée à la novation, technique couramment utilisée dans le domaine bancaire. Elle est définie comme le contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée⁹⁶, selon les trois modes classiques que sont la novation par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier⁹⁷. La volonté de novation doit résulter clairement de l'acte qui la constate⁹⁸. La novation par changement de débiteur peut se faire sans le concours du débiteur initial contrairement à la cession de dette⁹⁹. La novation par changement de créancier requiert le consentement du débiteur, qui peut être donné par avance¹⁰⁰. La novation est dorénavant opposable aux tiers à la date de l'acte, à l'instar de la cession de créance¹⁰¹.

Quant aux effets de la novation, si l'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires, il peut toutefois être convenu que les sûretés d'origine continuent à garantir la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants¹⁰². La novation convenue entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires libère les autres, mais celle convenue entre le créancier et une caution ne libère pas le débiteur principal. Elle libère les cofidésseurs

à concurrence de la part contributive de la caution dont l'obligation a fait l'objet de la novation¹⁰³.

Délégation. Ce chapitre s'achève sur une section consacrée à la délégation, dont le régime n'est plus mêlé à celui de la novation. La délégation est présentée comme une opération tripartite par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur¹⁰⁴. Le rapport précise qu'il n'est pas exigé l'existence de rapports juridiques préexistants entre délégué et délégant ni entre délégant et délégataire, ce qui semble autoriser la délégation « à découvert » c'est-à-dire sans préexistence d'une dette entre le délégué et le délégant ou entre le délégant et le délégataire¹⁰⁵. Le principe est posé de l'opposabilité par le délégué au délégataire des exceptions tirées de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire, sauf clause contraire¹⁰⁶.

L'ordonnance distingue les deux modes classiques de délégation : la délégation parfaite, qui opère novation par changement de débiteur, le délégataire acceptant expressément de décharger le délégant¹⁰⁷, et la délégation imparfaite qui donne au créancier délégataire un second débiteur, le délégué, sans libérer le délégant¹⁰⁸.

Sur les effets de la délégation, dans l'hypothèse où le délégant était le créancier du délégué, la dette de ce dernier à son égard ne s'éteint qu'avec l'exécution de l'obligation nouvelle du délégué envers le délégataire¹⁰⁹ ; jusqu'à cette extinction, la créance du délégant sur le délégué n'est ni disponible ni saisissable¹¹⁰. En cas de délégation parfaite, la libération du délégant par le délégataire libère aussi le délégué à l'égard du délégant à concurrence du montant de son engagement envers le délégataire¹¹¹.

Enfin, la notion voisine d'indication de paiement, déjà définie dans le Code civil, est reprise dans un dernier article de cette section pour la distinguer de la novation et de la délégation¹¹².

Travail des praticiens. Les praticiens vont devoir envisager les effets juridiques de chacune des techniques pour privilégier celle qui, au final, leur assurera la plus grande sécurité juridique dans une opération donnée. Par exemple en cas de vente immobilière avec transfert de la charge du crédit souscrit par le vendeur lors de l'achat du bien, les prêteurs préféreront sans doute la novation par changement de débiteur à la cession de dette : la novation permet de conserver la sûreté inscrite sur le bien, alors qu'elle ne subsiste dans la cession de dette que lorsque le débiteur originaire n'est pas déchargé par le créan-

89. C. civ., nouvel art. 1327.

90. C. civ., nouvel art. 1327-1.

91. C. civ., nouvel art. 1327-1.

92. C. civ., nouvel art. 1327-2.

93. C. civ., nouvel art. 1328-1. Dans le droit positif, la décharge du créancier libère les codébiteurs solidaires, sauf clause contraire (actuel art. 1285 du C. civ.).

94. C. civ., nouvel art. 1328-1.

95. C. civ., nouvel art. 1328.

96. C. civ., nouvel art. 1329, al. 1.

97. C. civ., nouvel art. 1329, al. 2.

98. C. civ., nouvel art. 1330.

99. C. civ., nouvel art. 1332.

100. C. civ., nouvel art. 1333, al. 1.

101. C. civ., nouvel art. 1333, al. 2.

102. C. civ., nouvel art. 1334.

103. C. civ., nouvel art. 1335.

104. C. civ., nouvel art. 1336.

105. La formulation de l'ordonnance ne l'interdit pas mais ne la consacre pas non plus, contrairement au rapport Catala qui prévoyait que « la délégation est valable alors même que le délégant n'est pas débiteur du délégataire ou que le délégué n'est pas débiteur du délégant ».

106. C. civ., nouvel art. 1336.

107. C. civ., nouvel art. 1337.

108. C. civ., nouvel art. 1338.

109. C. civ., nouvel art. 1339, al. 1^{er}.

110. C. civ., nouvel art. 1339, al. 2 et 3.

111. C. civ., nouvel art. 1339, al. 4.

112. C. civ., nouvel art. 1340.

cier¹¹³, ce qui n'est en général pas l'objectif recherché par le cédant. Mais la cession de dette pourrait trouver d'autres applications, par exemple dans une opération de *defeasance* (effacement des dettes du bilan d'une société) ou combinée avec une fiducie¹¹⁴.

Actions ouvertes aux créanciers. Le chapitre suivant (chap. III) traite des actions ouvertes au créancier, en citant la contrainte à l'exécution¹¹⁵, les actions oblique¹¹⁶ et paulienne¹¹⁷ et l'action directe en paiement¹¹⁸.

Extinction de l'obligation. Le chapitre IV consacré à l'extinction de l'obligation traite respectivement du paiement, de la compensation, de la confusion, de la remise de dette et de l'impossibilité d'exécuter. Il est rappelé que la subrogation est traitée comme mode de paiement. À cet effet, il faut relever que la subrogation conventionnelle par le créancier, absente du projet initial¹¹⁹, a été réintroduite à la demande des professionnels eu égard à son utilisation dans l'affacturage.

Restitutions. Enfin ce titre s'achève avec un chapitre V consacré aux restitutions qu'entraîne par exemple l'annulation d'un contrat. La réforme pose les règles relatives à la restitution en nature¹²⁰, à la restitution d'une somme d'argent¹²¹, à la restitution d'une prestation de service¹²², et enfin au sort des sûretés constituées pour le paiement de l'obligation, reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme¹²³.

Application dans le temps. Les dispositions de l'ordonnance entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne¹²⁴. Dès lors, les nouvelles dispositions s'appliqueront à tous les contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2016. Sont également soumis à la loi nouvelle les contrats renouvelés tacitement¹²⁵ et les contrats ayant fait l'objet d'une novation¹²⁶ à compter de cette date qui sont assimilés à de nouveaux contrats.

L'ordonnance prévoit une exception pour les mesures instaurant des « actions interrogatoires » instituées en matière de pacte de préférence, de représentation et de nullité, qui « sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance »¹²⁷. Pour lui donner toute sa portée, certains auteurs ont interprété cette exception comme étant d'application immédiate à la parution de la loi, soit le 12 février 2016. Mais la date d'entrée en vigueur annoncée à l'article 9,

al. 1^{er}, de l'ordonnance fixée au 1^{er} octobre 2016 s'applique également à cette exception. Il faut donc comprendre que les actions interrogatoires seront applicables à compter du 1^{er} octobre 2016, aux contrats en cours¹²⁸. Ces actions offrent au tiers qui envisage de conclure un contrat, la possibilité de mettre en demeure le bénéficiaire supposé du pacte de préférence d'avoir à confirmer l'existence d'un tel pacte et s'il entend s'en prévaloir¹²⁹, ou de demander au représenté, en cas de doute, de lui confirmer les pouvoirs du représentant¹³⁰. Nous comprenons que l'interrogation pourra porter sur un pacte de préférence ou un mandat conclus avant le 1^{er} octobre 2016, en vue d'un contrat à conclure après cette date.

En matière de nullité, l'action interrogatoire permettra à une partie à un contrat déjà conclu, de demander à son cocontractant qui pourrait se prévaloir de la nullité du contrat, soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion¹³¹.

Enfin, l'article 9, al. 4, de l'ordonnance vise les instances introduites avant le 1^{er} octobre 2016, pour lesquelles l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation¹³².

Ainsi à partir du 1^{er} octobre 2016, deux corpus de règles s'appliqueront selon la date du contrat ou de l'action : Code civil actuel versus Réforme. On peut se demander comment les juges appliqueront les dispositions du Code civil actuel, notamment dans les cas où la réforme a opté pour des solutions radicalement différentes du droit positif ou de la jurisprudence¹³³.

Prochaines étapes ? La loi de ratification doit intervenir dans les six mois, soit avant l'entrée en vigueur de la réforme. Il faut espérer qu'elle ne soit pas l'occasion d'un nouveau débat devant le Parlement. En outre, les décrets d'application prévus doivent paraître avant le 1^{er} octobre 2016.

La prochaine grande réforme du Code civil devrait porter sur le droit de la responsabilité civile, ainsi que le communiqué du conseil des ministres du 10 février 2016 l'annonçait. Le droit de la responsabilité civile repose essentiellement sur cinq articles inchangés depuis 1804. Selon le communiqué, l'avant-projet d'ores et déjà élaboré par la chancellerie devrait être soumis à « consultation publique dans les semaines qui viennent afin de permettre au Gouvernement de présenter, dans les meilleurs délais, un projet de loi ». ■

113. C. civ., nouvel art. 1328-1, al. 1^{er}.

114. C. civ., rt. 2011

115. C. civ., nouvel art 1341.

116. C. civ., nouvel art 1341-1.

117. C. civ., nouvel art 1341-2.

118. C. civ., nouvel art 1341-3.

119. Le projet d'ordonnance supprimait en effet la subrogation conventionnelle, sauf le cas de l'emprunt pour payer la dette.

120. C. civ., nouvel art. 1352 et suiv.

121. C. civ., nouvel art. 1352-6.

122. C. civ., nouvel art. 1352-8.

123. C. civ., nouvel art. 1352-9.

124. C. civ., nouvel art. 9, al. 1 et 2 de l'ordonnance.

125. C. civ., nouvel art 1215.

126. C. civ., nouvel art. 1329, al. 1.

127. Art. 9, al. 3, de l'ordonnance.

128. Pour un développement sur cette disposition, Marc Mignot « Commentaire article par article de l'ordonnance », PA fév. 2016, n° 41, p. 8.

129. C. civ., nouvel art. 1123.

130. C. civ., nouvel art. 1158.

131. C. civ., nouvel art. 1183.

132. Pour un développement sur cette disposition, cf. M. Mekki, note précitée, renvoi 7.

133. B. Dondero « La réforme des contrats », *aff. parisiennes* n° 17, fév. 2016, p. 9 ; l'exemple est donné de l'article 1124 nouv. sur la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter, qui n'empêche pas la formation du contrat promis prenant le contrepied de la jurisprudence *Cruz* : Civ. 15 décembre 1993, n° 91-10199, Bull. 1993 III, n° 174, p. 115.