



AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES CONTRATS SPECIAUX

COMMISSION PRESIDEE PAR LE PROFESSEUR
PHILIPPE STOFFEL-MUNCK

JUILLET 2022

Sommaire

Présentation générale de l'avant-projet	4
Les contrats de vente et d'échange	7
TITRE VI - DE LA VENTE	11
CHAPITRE I -Dispositions communes à toutes les ventes.....	12
Section I - De la conclusion de la vente.....	12
Sous-section 1 - Du consentement.....	12
Sous-section 2 - Des parties à la vente.....	18
Sous-section 3 - Du contenu de la vente.....	19
Section II - Les effets de la vente.....	24
Sous-section 1 - De l'effet translatif.....	24
Sous-section 2 - Des obligations du vendeur.....	29
Sous-section 3 - Des obligations de l'acheteur.....	39
CHAPITRE II -Dispositions propres à certaines ventes.....	41
Section I - Des ventes d'immeubles.....	41
Sous-section 1 - Des promesses de vendre ou d'acheter.....	41
Sous-section 2 - De la rescision pour cause de lésion.....	42
Sous-section 3 - De la garantie de contenance.....	45
Section II - De la cession de droits litigieux.....	46
TITRE VII - DE L'ECHANGE	48
Le contrat de location	50
TITRE VIII - DU CONTRAT DE LOCATION	52
CHAPITRE I -Dispositions communes à toutes les locations.....	54
Section I - De la formation de la location.....	54
Section II - Des effets de la location.....	56
Sous-section 1 - Des obligations du bailleur.....	56
Sous-section 2 - Des obligations du locataire.....	62
Sous-section 3 - Cession de contrat, sous-location et cession de la chose.....	64

Section III - Fin du contrat de location	68
CHAPITRE II -Dispositions propres aux locations d'immeubles	70
Le contrat d'entreprise	73
TITRE VIII BIS : DU CONTRAT D'ENTREPRISE	78
CHAPITRE I -Dispositions communes à tous les contrats d'entreprise	78
Section I - Du contenu du contrat d'entreprise	79
Section II - Des effets du contrat d'entreprise	83
Section III - De l'extinction du contrat d'entreprise	91
CHAPITRE II -Dispositions propres à certains contrats d'entreprise	92
Section I - Le contrat d'entreprise mobilière	92
Section II - Le contrat de construction	93
Les contrats de prêt	101
TITRE X- DES PRETS	105
CHAPITRE I -Du prêt à usage ou commodat	105
Section I - De la formation du prêt à usage	107
Section II - De la durée du prêt à usage	109
Section III - Des effets du prêt quant à l'emprunteur	111
Section IV - Des effets du prêt quant au prêteur	115
CHAPITRE II -Du prêt de consommation	117
Section I - De la formation du prêt de consommation	118
Section II - Des effets du prêt de consommation	119
Section III - De l'intérêt	123
Les contrats de dépôt et de séquestre	125
TITRE XI - DU DÉPÔT	127
CHAPITRE I -Du dépôt proprement dit	128
Section I - De la formation du dépôt	130
Section II - De l'exécution du dépôt	133

Sous-section 1 - Des obligations du dépositaire	133
Sous-section 2 - Des obligations du déposant.....	138
CHAPITRE II -Du séquestre.....	139
Section I - Du séquestre conventionnel	139
Section II - Du séquestre judiciaire.....	141
CHAPITRE III -Du dépôt hôtelier	142
Les contrats aléatoires.....	145
TITRE XII – DES CONTRATS ALEATOIRES.....	147
CHAPITRE I -Le jeu et le pari.....	149
CHAPITRE II -La rente viagère	151
Section I - Des conditions de validité du contrat	151
Section II - Des effets du contrat	153
CHAPITRE III -La tontine	155
Le mandat.....	157
TITRE XIII – DU MANDAT	158
CHAPITRE I -De la conclusion et de l’objet du mandat.....	159
CHAPITRE II -Des obligations du mandataire.....	163
CHAPITRE III -Des obligations du mandant.....	167
CHAPITRE IV -Des différentes manières dont le mandat prend fin.....	169
<u>ANNEXES</u>	
Lettre de mission de la DACS	171

Présentation générale de l'avant-projet

L'esprit et la méthode

Cet avant-projet est le fruit d'une réflexion menée à l'initiative de la Chancellerie, selon lettre de mission reçue le 3 avril 2020 de M. Jean-François de Montgolfier, directeur des affaires civiles et du sceau. L'initiative était heureuse car nul ne contestera qu'une rénovation de cette partie du Code civil est souhaitable. Elle l'est non seulement parce que les textes de 1804 ne rendent souvent plus compte de la réalité de la matière, mais aussi parce que la réforme du droit commun des contrats opérée en 2016 ne peut durablement se passer d'une rénovation de leurs figures spéciales, qui sont l'expression concrète et quotidienne de la vie contractuelle. Il n'est pas bon qu'un droit commun du XXI^{ème} siècle soit prolongé par un droit spécial dont l'expression écrite reste ancrée dans le début du XIX^{ème}.

L'esprit qui a présidé à ces nécessaires travaux a été de clarifier, quand c'était nécessaire, de simplifier, quand c'était possible, de moderniser, c'est-à-dire de s'ouvrir aux réalités faiblement considérées par le passé et de tenir compte de l'obsolescence de nombreuses règles spéciales.

Ce dernier mouvement a conduit à couper plusieurs branches mortes, y compris prétoriennes, car la jurisprudence qui s'était construite sur les textes du Code depuis 1804 a parfois été dépassée par l'adoption de législations nouvelles. L'avènement du droit de la consommation, en particulier, a satisfait les objectifs de protection du contractant non-professionnel, permettant de recentrer le Code civil sur un modèle contractuel faisant le pari des vertus de la liberté contractuelle. De même, l'évolution du droit commun ayant consacré des mécanismes correctifs des clauses abusives, qu'ils figurent dans le Code civil ou ailleurs, le droit des contrats spéciaux pouvait plus aisément laisser s'exprimer la **liberté** contractuelle dans le prolongement de l'article 1102.

Cette faveur pour la liberté est ainsi le premier axe qui anime l'avant-projet. Aussi, l'ensemble de normes qu'il propose est-il largement supplétif de volonté. Il reflète l'idéal de modération et d'équité que porte la tradition du droit civil mais tolère, la plupart du temps, les dérogations que les parties souhaiteraient y apporter en vue de conformer leur relation à l'équilibre des intérêts qui leur aura paru adapté dans leur cas particulier. Cette liberté est susceptible de degrés, et l'avant-projet le reflète. Ainsi, quand une règle se trouve formulée « sauf clause contraire », la liberté est *de plano* à son maximum. Il paraît alors difficile de tenir son usage comme abusif quoiqu'un des principaux indices du « déséquilibre significatif », caractéristique d'une clause abusive, soit la dérogation à l'équilibre que le législateur propose à titre supplétif. A l'inverse, quand la règle est expressément impérative, la liberté est à son degré zéro. Entre ces deux extrêmes, la liberté reste le principe mais est sous la surveillance des dispositifs correctifs institués en droit commun, au premier rang desquels se trouve la qualification de clause abusive. Enfin, les articles définitoires sont indérogeables par nature. Participant de l'ordre structurel de la matière, leur irrespect est sanctionné par une nullité à moins qu'une disqualification ne soit possible dans le respect de la volonté des parties. Ainsi, une vente sans prix déterminable est-elle nulle, sauf si elle est une donation déguisée.

Après cette option raisonnée pour la liberté contractuelle, le deuxième axe de l'avant-projet est une forme de **réalisme**. Il faut entendre par là le souci de construire le droit à partir des phénomènes du réel, d'avancer du concret vers l'abstrait plutôt que l'inverse, comme en souvenir de la vieille maxime

« *ex facto oritur jus* ». Or, un contrat est avant tout le vêtement d'une opération économique, et les principaux contrats spéciaux forment comme l'inventaire des principales opérations que les relations économiques donnent à voir. Schématiquement, les juristes en ont discerné deux catégories. Les contrats par lesquels les parties allient leur force en vue d'une création de richesse forment ce qu'un des membres de la Commission avait, il y a déjà vingt-cinq ans, désigné par l'expression de contrats-alliance. Le contrat de société en est l'archétype. Leur examen n'est pas entré dans le champ de la commission. L'autre catégorie est celle des antiques *synallagmata* ; les « contrats-échanges ». Ce sont eux qu'il nous est revenu d'examiner. Les opérations qu'ils encadrent sont si élémentaires que chacun de ces contrats est précisément nommé par le droit, et pas seulement depuis 1804. Certains gravitent autour de la fourniture des utilités d'une chose. Ce sont la vente, le bail et les prêts. Les autres visent principalement l'utilité qu'une personne ou une organisation humaine peut procurer. On y compte essentiellement l'entreprise, le mandat et le dépôt. Enfin, les contrats aléatoires ont une place à part. Ces opérations forment comme les briques élémentaires que l'ingéniosité humaine va combiner pour réaliser les opérations originales et complexes dont fourmille l'univers des affaires.

Pour ordonner le régime juridique de ces combinaisons parfois baroques, un peu de méthode est bienvenue. Elle est distributive, attachant à l'exécution de chaque prestation caractéristique d'un certain contrat le régime propre à ce contrat. Ainsi, en matière de location, est-il énoncé que « *Le loyer consiste en une somme d'argent. Il peut être complété par la fourniture d'un bien ou d'un service. En ces cas, les règles prescrites en matière de vente ou d'entreprise s'appliquent en tant que de raison* » (article 1710). Le procédé se retrouve pour chaque contrat.

Le troisième axe de l'avant-projet est de faire **œuvre pratique**. « *Les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois* », écrit Portalis dans son fameux discours préliminaire sur le projet de Code civil. Dans cet esprit, on a songé à ceux qui auraient à connaître des textes en vue d'en prévoir ou d'en décider l'application. Plusieurs choix ont été dictés par ce souci.

Tout d'abord, on s'est gardé de la tentation d'appauvrir le vocabulaire technique du droit pour se rapprocher de la langue profane. Le droit des obligations n'est pas que technique, mais il l'est aussi. Et au plan pratique, il l'est peut-être d'abord.

De même, l'avant-projet entend autant que possible ménager les habitudes des praticiens. Au plan formel, cette préoccupation explique une singularité qui ne manquera pas d'attirer l'œil. Elle consiste en l'emploi, de-ci de-là, de numéros indiciaires ou de réservation d'articles. Ce procédé vise à maintenir à certaines règles cardinales leur numéro d'article traditionnel quand leur contenu normatif n'évolue pas significativement. Il en résulte un premier avantage pour les praticiens qui pourront conserver leurs réflexes et éviter une inutile contrainte. Il y en a un second, d'ordre scientifique, qui est de facilement tracer la norme à travers les ouvrages et les recueils de jurisprudence antérieurs à la réforme puisque son numéro actuel reste celui qu'employaient les juges et les auteurs d'antan. Il en résulte une économie d'énergie et de temps qui est considérable pour ceux qui ont besoin de savoir comment cette règle a été appliquée, analysée et critiquée au fil des années. En revanche, un regret esthétique sera ressenti à voir des indices apparaître sans régularité ou des réserves de numéros sans justification autre que pratique. La beauté du droit a une importance symbolique considérable, spécialement dans le Code civil. Au plan légistique, un avantage d'ordre pratique peut cependant primer.

Enfin, la commission a cherché à faire œuvre de **sagesse**, du moins autant qu'elle pouvait la discerner. Ce serait le quatrième axe, rêvé peut-être, de l'avant-projet. A tout le moins, a plusieurs fois été citée dans nos discussions la formule de Portalis – encore – selon laquelle « *il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire* ».

La méthode de travail adoptée n'était, au demeurant, guère favorable aux aventures. Chaque projet de contrat a été préparé par une ou deux personnes, le fait que certains membres de la Commission soient de la même université facilitant les binômes. L'avant-projet élaboré sous l'égide de l'association Capitant a été un guide précieux à cette étape, comme souvent avec les travaux de cette remarquable institution. Une fois prête, la proposition de texte était diffusée avant la réunion convoquée pour en débattre puis discutée en séance et modifiée sur le siège, le plus souvent par consensus. Quelques fois, les débats ont dû être tranchés par un vote. Lorsque l'opposition fut forte et la majorité indécise, l'avant-projet fait mention de l'option non-retenue afin qu'elle soit soumise à la consultation publique. Enfin, les projets de texte adoptés ont été transmis pour observations à l'institut d'études juridiques du Conseil supérieur du Notariat, dont l'expertise et l'expérience en matière de rédaction d'actes a été des plus précieuses. De même, le cabinet Clifford Chance a accepté de revoir plusieurs textes et, par la variété des secteurs d'activité que ses départements couvrent, pu apporter un utile éclairage sur certaines difficultés. Au sein de la Chancellerie, le bureau du droit de l'immobilier a aussi fait, à plusieurs reprises, valoir des observations très heureuses, épaulant ainsi les membres du bureau du droit des obligations qui assistaient à nos séances.

C'est ainsi que la Commission a élaboré les textes qui sont maintenant présentés au public.

Ces 331 articles, travaillés au fil de vingt-six mois de réunions et d'échanges, sont présentés ci-après enrichis de commentaires expliquant leur genèse. En outre, chacun des huit ensembles de contrats est précédé d'une présentation rédigée par les rapporteurs de chacun d'eux. Elle explique, pour chaque contrat, l'esprit et les traits saillants de la proposition de réforme.

On forme le vœu qu'ainsi éclairée, la consultation publique puisse enrichir la réflexion de la Chancellerie en vue de cette nécessaire rénovation de notre droit écrit des contrats spéciaux. Ils forment les particules juridiques élémentaires dont les combinaisons permettent aux échanges économiques de se déployer dans toute leur diversité. Ce n'est pas rien.

Ph. STOFFEL-MUNCK,

Professeur à l'Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne

N.B : Les mots en rouge constituent des modifications apportées sur les textes initialement diffusés.

Les contrats de vente et d'échange

PRÉSENTATION

On ne touche pas sans frémir aux règles sur la vente et son petit frère l'échange. Dans l'ordre juridico-économique des commutations de biens, ce sont là les contrats par excellence ; ils portent les synallagmata jusqu'à leur perfection, servant ainsi de modèle à tous les autres contrats spéciaux, quand ce n'est pas au droit commun des contrats lui-même. Les rédacteurs du Code civil en eurent conscience, qui placèrent la vente et l'échange en tête de la liste des contrats spéciaux et leur consacèrent leurs dispositions les plus nombreuses et les plus réfléchies.

Les membres de la Commission n'ont jugé ni utile ni souhaitable de revenir sur cet acquis. Ils se sont simplement attachés à le perfectionner. Toutefois, il leur fallait aussi tenir compte des évolutions contemporaines du droit civil et des droits environnants, qui ont contribué à refaçonner certains des principes qui animent ces deux contrats. Sur des points importants les droits de la vente et de l'échange ont dû être modernisés.

1. PERFECTIONNER

Le droit actuel de la vente et de l'échange comporte nombre de dispositions notables qui, comme beaucoup d'autres plus discrètes, attestent de la prudence et la clairvoyance des rédacteurs du Code de 1804. La Commission n'a généralement pas souhaité les amender. Elle les a reprises, parfois textuellement, d'autres fois au moins en substance. Divers perfectionnements ont paru néanmoins s'imposer.

Les uns touchent à la forme. Alors que le Code civil de 1804 traite pêle-mêle de toutes sortes de ventes et d'échanges, quels que soient les biens sur lesquels ils portent, il a paru plus judicieux de mettre à part, dans un second chapitre du titre relatif à la vente, les dispositions propres aux ventes d'immeubles. Parmi celles que contient déjà le Code civil, l'une d'entre elles – l'actuel article 1589-2 relatif à l'obligation d'enregistrer certaines promesses unilatérales de vente – n'a pas été reprise en raison de son caractère essentiellement fiscal. Le Ministère des Finances dira si cette disposition doit être maintenue dans le Code civil et si un besoin actuel la justifie encore. Par ailleurs, les dispositions introduites dans le Code civil par la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 ont conduit à abandonner le traitement de la cession de créance, désormais abordé aux articles 1321 et suivants du Code civil. L'on retrouvera ici, en revanche, les règles propres aux cessions de droits litigieux. Aux côtés de la vente d'immeubles, elles sont tout naturellement venues constituer le second volet des dispositions propres à certaines ventes. Par ailleurs, la Commission n'a pas jugé opportun de traiter, même à titre spécial, des licitations et des cessions de droits successifs. Les unes comme les autres lui ont paru trouver meilleure place, les premières dans un code de procédure civile, les secondes parmi les dispositions du Code civil relatives aux successions.

Les autres touchent au fond. Le souci de perfectionner le droit actuel de la vente et de l'échange s'est ici manifesté de plusieurs manières.

a) Là où le droit actuel se montre compliqué et parfois insuffisant, il s'est agi de simplifier, clarifier et compléter. On l'a fait en particulier pour les régimes respectifs de la garantie d'éviction (Article 1623 à 1632) et de la garantie de contenance (Article 1682 à 1685).

b) Là où la pratique du droit actuel a révélé des lacunes que la jurisprudence a dû compléter, il s'est agi de formaliser cette jurisprudence en l'élevant à la dignité de loi. Il en fut notamment ainsi pour le caractère relatif de nullité de la vente de la chose d'autrui (Article 1599), pour la transmission *propter rem* des droits, obligations et charges en cas de ventes successives d'un même bien (Article 1612 et 1613) et pour la définition du vendeur professionnel en matière de garantie des vices (Article 1643-2). Dans une optique comparable, les membres de la Commission ont souhaité inscrire dans les règles sur le contrat de vente, les principaux apports prétoriens relatifs aux pactes de préférence (Article 1585 et 1586) et aux promesses unilatérales (Article 1588 à 1591), dès lors que les articles 1123 et 1124 du Code civil issus de la réforme de 2016 ne les avaient pas assez pris en considération. Dans ces deux domaines d'une grande importance pratique, le droit de la vente continuera ainsi de nourrir le droit commun des contrats. Les dispositions proposées relatives à la formation et aux effets des promesses synallagmatiques de vente (Article 1587 à 1587-2) participent de la même démarche. Sur la suggestion du notariat, elles s'enrichiront même d'une solution inédite : l'obligation, à peine de caducité, de réitérer par devant notaire les promesses synallagmatiques de vendre un immeuble (Article 1658), afin d'éviter que reste indéfiniment fragile un acte dûment formé au plan consensuel, mais dont la marche vers une complète opposabilité s'est arrêtée. Cette intervention du notaire aux fins de formaliser définitivement les promesses synallagmatiques de vente d'immeubles a conduit la Commission à s'interroger sur l'opportunité de soumettre la validité de tous les contrats de vente d'immeubles à la forme notariée. En effet, l'intervention du notaire dépasse aujourd'hui les exigences de l'opposabilité aux tiers, tant la loi lui confie la charge d'éclairer les parties sur différents aspects, techniques comme juridiques, de l'immeuble. Son rôle ne mériterait-il pas dès lors d'être envisagé en amont du consentement plutôt qu'en aval ? Cette idée n'a pas été reprise ici, car elle sera débattue par le Congrès des Notaires en marge de la consultation publique. Mais elle mérite réflexion.

c) Là, enfin, où les concepts et les solutions du droit antérieur, pris en eux-mêmes ou tels que la jurisprudence les a interprétés, ont paru contestables, la Commission s'est attachée à les modifier pour l'avenir. Les exemples de solutions divergentes vis-à-vis du droit antérieur ne sont pas très nombreux. Citons surtout : l'admission de la nullité absolue de la vente dont le prix demeure indéterminé et objectivement indéterminable, sachant qu'en déclarer l'inexistence a un temps été envisagé afin d'obvier aux inconvénients de la prescription de l'action (Article 1604) ; la généralisation du cumul entre l'action en garantie des vices et les actions en nullité pour vice du consentement (Article 1650) ; en cas de promesse synallagmatique de vente conclue sous condition suspensive, l'appréciation de la lésion au jour de la réalisation de la condition (Article 1675). Les efforts de la Commission ont surtout porté sur les concepts et les qualifications qui leur sont liées. Désormais axée sur le transfert de propriété, la définition de la vente a été explicitement ouverte aux biens incorporels (Article 1582, al. 1er). Le principe allait de soi, dira-t-on ; son officialisation a paru néanmoins s'imposer dans la mesure où le dispositif actuel cantonne implicitement le régime de la

vente aux seuls biens corporels. La Commission a également souhaité arrimer la qualification de vente sur la stipulation d'un prix en argent (Article 1582, al. 2). Certes, il est arrivé à la jurisprudence d'admettre que le prix pouvait être stipulé en nature, mais une telle stipulation ne convertit-elle pas ipso facto la vente en échange ? À son tour la qualification d'échange a été remaniée. Contrairement au droit actuel, elle ne se limiterait plus à la permutation de biens entre deux propriétaires, mais s'avancerait résolument dans le domaine des prestations de services (Article 1702). Il est permis de souhaiter bon vent à cette stimulante tentative d'émancipation de l'antique tutelle du contrat de vente. La Commission eut enfin à cœur de redéfinir la notion de délivrance, en la cantonnant à la seule mise à disposition du bien vendu. Cette notion centrale de notre droit des contrats spéciaux se trouverait ainsi dissociée, d'une part, de celle, plus matérielle et plus factuelle, de remise et, d'autre part, de celle de non-conformité aux stipulations du contrat dans laquelle la jurisprudence tend à l'engluer. Corrélativement, la notion de vices donnant lieu à garantie du vendeur viendrait recouper assez exactement celle de défaut de conformité, connue du droit de la consommation (cf. Article 1641, al. 2). Mais c'est déjà là aborder la dimension de modernisation de cet avant-projet.

2. MODERNISER

Dans l'ensemble, on l'a dit, les membres de la Commission ont souhaité innover le moins possible et ne faire du neuf que là où, dans des secteurs parallèles au droit civil de la vente et de l'échange, les évolutions du droit positif ont été telles qu'elles obligent de nos jours à réévaluer le régime ordinaire de ces deux contrats. Encore convient-il de souligner que ces réévaluations n'ont pas toujours – loin s'en faut – débouché sur des propositions de modification. Qu'on en juge.

Les membres de la Commission ont facilement surmonté la tentation de consacrer en matière de vente une flexibilité à outrance dans la détermination du prix. Ils ont au contraire réaffirmé avec force à la fois le respect par le juge du prix convenu entre les parties ou de la méthode qu'elles ont retenue pour le déterminer (Article 1603) et l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable lors de la formation du contrat (Article 1604). Tout au plus ont-ils cru bon de tempérer légèrement ces principes traditionnels, d'une part en consacrant la faculté pour le juge de liquider le prix à partir des éléments objectifs du contrat (Article 1604, al. 2), d'autre part en admettant la désignation judiciaire du tiers contractuellement chargé de fixer le prix, dès lors que les parties ne sont pas parvenues à s'entendre sur un nom (Article 1605, al. 2).

La Commission a beaucoup hésité lorsqu'il s'est agi d'intégrer, dans le droit spécial de la vente, une référence explicite aux dispositions relatives à la responsabilité du fait des produits défectueux (Article 1245 et s. du Code civil). Après bien des essais infructueux dont il serait trop long de narrer ici les détails, ils ont finalement décidé... de n'en pas traiter ! L'obligation, pour le vendeur, de garantir à l'acheteur la sécurité du bien vendu, spécialement à l'égard d'un dommage corporel, ne sera donc pas consacrée par le droit spécial de la vente. Une telle consécration aurait-elle été utile ? Il y a tout lieu d'en douter. Si le défaut de sécurité entre dans le champ d'application des dispositions relatives aux produits défectueux, celles-ci n'ont nul besoin d'un renvoi explicite pour s'appliquer. Elles instaurent déjà un régime de responsabilité sans faute qui a vocation à être le seul système de responsabilité objective applicable. Si, au contraire, ce défaut et le dommage qui s'en suit sont hors

du domaine des articles 1245 et suivants, ils conservent vocation à relever du droit commun de la responsabilité civile, d'autant qu'il est envisagé de placer la réparation du dommage corporel dans le giron de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'il surviendrait à l'occasion de l'exécution d'un contrat. Devant le mouvement parallèle de réforme de la responsabilité, l'attente et les atermoiements ont paru, ici plus qu'ailleurs, de rigueur.

Le seul défi qu'ont entendu relever jusqu'au bout les membres de la Commission est la refonte de la garantie des vices du bien vendu ou échangé. Force est de constater que le régime prétorien actuel, qui pose une présomption irréfragable de connaissance des vices par le vendeur professionnel et l'interdiction de toute clause aménageant la garantie (sauf si l'acheteur est lui-même un professionnel de même spécialité), paraît anachronique, dès lors que l'acheteur consommateur est protégé par le Code de la consommation et que les articles 1170 et 1171 du Code civil fixent déjà des limites raisonnables à la liberté contractuelle, que le contrat soit de gré à gré ou d'adhésion. Par ailleurs, l'article 1245-14, al. 2, du Code civil admet la validité des clauses stipulées entre professionnels quant aux dommages causés aux biens par l'effet d'un produit défectueux. Dans ce contexte, il n'est plus justifié d'interdire aux parties de décider ensemble de la répartition des risques du contrat et déterminer ainsi laquelle des deux doit s'assurer. Si la Commission propose de maintenir une présomption de connaissance des vices chez le vendeur professionnel, il ne s'agirait plus néanmoins que d'une présomption simple (Article 1642). Par ailleurs, dans le droit fil de ce qu'admet déjà la jurisprudence, les vices apparents lors de la remise du bien appelleraient, dans l'intérêt du vendeur, une réaction à bref délai de la part de l'acheteur (Article 1643). Pour les vices cachés, en revanche, le délai pour agir s'étendrait à deux ans sans possibilité pour le vendeur de le raccourcir (Article 1648). Ainsi, contrairement au régime consumériste du défaut de conformité, la distinction entre vices apparents et vices occultes continuerait d'inspirer les dispositions rénovées du Code civil. La Commission a, en revanche, hésité sur le délai maximal dans lequel l'action en garantie des vices devait être enfermée, la Cour de cassation étant elle-même divisée sur le sujet. D'un côté, un délai de dix ans à compter de la délivrance a été envisagé. Il paraissait cohérent avec les textes envisageant au plus près le problème des dommages causés par le vice d'une chose (Article 1245-15 et garantie décennale des constructeurs), (ii) le projet Capitant (article 32) et (iii) la jurisprudence qui, antérieurement à la réforme de 2008, appliquait la prescription commerciale décennale sans que cela suscite de difficultés sensibles. Après discussion, la position majoritaire a été d'appliquer plutôt le délai butoir de l'article 2232, dans un souci de simplicité. La position minoritaire est mentionnée à titre d'option, comme alternative au délai vicennal.

Philippe STOFFEL-MUNCK, Gwendoline LARDEUX et Alain SERIAUX

TEXTES

L'actuel titre du Code civil relatif à la vente est composé de neuf chapitres, l'organisation générale ne distinguant pas les dispositions communes relatives à la conclusion (Chapitres I, II, III...) ou aux effets de la vente (Chapitres IV, V), de celles qui n'ont vocation à s'appliquer qu'à certaines ventes spéciales comme la vente d'immeubles ou de droits incorporels (Chapitres III-1, VII, VIII). La Commission propose donc d'organiser les règles relatives à la vente autour d'une division plus claire, en distinguant d'une part les dispositions générales et communes à toutes les ventes (Chapitre I) et, d'autre part, celles qui n'intéressent que certaines ventes particulières, comme la vente d'immeubles ou de droits litigieux (Chapitre II).

TITRE VI - DE LA VENTE

Article 1582

La vente est le contrat par lequel, en contrepartie d'un prix, le vendeur cède, au profit de l'acheteur, la propriété d'un bien corporel ou incorporel.

Le prix consiste en une somme d'argent. Il peut être complété par la fourniture d'un bien ou d'un service.

Les contrats qui ont pour objet une cession de droits sont, en tant que de raison, soumis aux dispositions du présent titre.

Actuellement, l'article 1582 du Code civil définit le contrat de vente comme la convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Avec la définition proposée, la Commission a souhaité mettre l'accent sur les éléments caractéristiques de la vente : un transfert de propriété en contrepartie d'un prix.

Le deuxième alinéa définit le prix comme une somme d'argent, ce qui permet de distinguer la vente de l'échange : la contrepartie du contrat de vente est principalement monétaire, alors que l'élément monétaire n'est pas dominant dans l'échange (cf. infra, Article 1702). De même, si le prix dans le contrat de vente peut être complété également par un service, ce n'est qu'à la condition que le prix reste majoritaire, et que le service ne soit que complémentaire.

La vente peut porter sur tout bien, qu'il soit corporel ou incorporel. Il peut s'agir, dans ce second cas, d'un droit ce qui explique la précision énoncée à l'alinéa 3.

On souligne que le terme de bien a été préféré à celui de chose – qui est employé pour d'autres contrats spéciaux, tel le bail, car ce qui définit un bien est notamment son appropriation, ce qui inclut la titularité du droit si on adopte une conception large de la « propriété » (dominium), ainsi qu'une partie de la doctrine la soutient et comme la Cour européenne des droits de l'homme la conçoit. L'emploi de ce terme est alors en cohérence avec l'objet du contrat de vente.

CHAPITRE I - Dispositions communes à toutes les ventes

Section I - De la conclusion de la vente

Le plan de la première section consacrée à la conclusion du contrat de vente reprend les conditions de validité communes à tous les contrats, lesquelles ont été assez largement remodelées par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016. Comme tout contrat, la vente suppose le consentement (Sous-section 1), de parties capables de s'obliger (Sous-section 2) et un contenu licite et certain (Sous-section 3).

Sous-section 1 - Du consentement

Article 1583

Si la loi n'en dispose autrement, la vente est **consensuelle**. Elle peut être conclue par écrit sous signature privée ou authentique, verbalement ou même tacitement.

Ce texte est un simple rappel du principe du consensualisme qui ne supporte d'exceptions qu'à condition que la loi le prévoie (Article 1172 CC). En précisant que la vente n'est soumise à aucune condition de forme, la Commission entend donc rappeler, à la suite de la jurisprudence (Cass. 3^e civ., 27 nov. 1990, n°89-14.033 ; Bull. III, n°255), que le consentement suffit à la conclusion de la vente.

Article 1584

A l'égard des biens que l'on est dans l'usage de goûter ou d'essayer avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas agréés.

Le texte proposé reprend la règle posée à l'actuel article 1587 du Code civil, la Commission n'ayant pas souhaité revenir sur son caractère supplétif de volonté, affirmé de longue date par la jurisprudence (par exemple : Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1998, n°96-12.645, Bull. I, n°127).

Par ailleurs, la vente à l'essai (actuel Article 1588) est traitée de la même manière que la vente à goûter.

Article 1585

Lorsque les parties concluent un pacte de préférence, elles peuvent convenir d'une somme à verser par le bénéficiaire, en contrepartie de la priorité qui lui est accordée par le promettant.

Le pacte est conclu pour une durée déterminée ou indéterminée. Dans ce dernier cas, le pacte ne peut être résilié unilatéralement avant l'expiration d'un délai raisonnable et sous réserve d'un préavis conforme à l'article 1211.

Les dispositions de l'article 1123 lui sont applicables.

L'ordonnance du 10 février 2016 a inscrit à l'article 1123 du Code civil le régime du pacte de préférence, auquel renvoie le troisième alinéa du texte proposé par la Commission. Néanmoins, le texte de droit commun est incomplet. La Commission n'ayant cependant pas pour mission de le compléter, elle propose simplement de préciser certains points du régime du pacte de préférence appliqué à la vente aux articles 1585 et 1586. La vente est une bonne occasion pour cela, puisque la très grande majorité des pactes de préférences sont des contrats préparatoires à une vente.

Ainsi est-il admis que la préférence peut être accordée à titre onéreux et qu'elle peut être stipulée pour une durée déterminée ou indéterminée. Dans ce dernier cas, le pacte ne peut être unilatéralement résilié qu'après un préavis, ainsi qu'un délai raisonnable. Ce délai, généralement long, est variable selon les usages du secteur concerné. Une telle règle devrait donc avoir une vertu incitative et pousser les parties à prévoir un délai déterminé.

A ce stade, il n'a pas été proposé d'autres règles, sinon celle de l'article 1586 ci-après. Plusieurs pouvaient toutefois être envisagées. L'affirmation, par exemple, que le pacte de préférence est d'interprétation étroite, puisqu'il affecte la liberté fondamentale de disposer. De même, une disposition relative à la cession du pacte aurait pu être envisagée. Cette cession relève du droit commun de la cession de contrat quand le bénéficiaire cède sa qualité de partie. On voit difficilement, en revanche, comment une cession de la qualité de promettant peut s'envisager, si ce n'est avec la propriété du bien lui-même. Mais, en un tel cas, soit le pacte trouve à jouer, soit il est caduc si la cession opère selon une forme qui lui échappe (par exemple, apport en société alors que le pacte ne couvre que la vente). Enfin, une règle sur le sort du pacte en cas de décès du promettant aurait pu être débattue. Le calendrier des travaux n'a pas permis d'aborder ces questions en Commission. La consultation publique le permettra mieux.

Article 1586

Si le promettant établit une offre de vente, il la notifie au bénéficiaire.

Si le bénéficiaire n'accepte pas cette offre dans le délai convenu, le promettant est libre de vendre à un tiers aux mêmes conditions **ou à des conditions moins avantageuses**. Si aucun délai n'a été convenu, le promettant fixe un délai qui doit être raisonnable.

Selon l'article 1123 du Code civil, le promettant s'engage à proposer en priorité la vente au bénéficiaire du pacte de préférence. L'alinéa premier de la disposition proposée décline cette règle en précisant que le promettant doit notifier au bénéficiaire toute offre de vente. Cette offre constituera le point de départ du délai durant lequel le bénéficiaire pourra conclure ou non la vente. La règle vaut aussi, par identité de raison, pour le cas où le promettant recevrait une offre d'un tiers et s'apprêterait à l'accepter. Il doit alors notifier au bénéficiaire une offre identique à celle qu'il s'apprête à accepter. Il n'a pas semblé nécessaire de le préciser, le raisonnement par analogie suffisant à imposer la solution.

Le deuxième alinéa entend consacrer une règle dégagée par la jurisprudence, selon laquelle le promettant ne viole pas le pacte de préférence en vendant à un tiers le bien réservé, aux mêmes conditions que celles proposées au bénéficiaire, quand

celui-ci les a préalablement refusées (Cass. 3^e civ., 29 janv. 2003, n°01-03.707 ; Bull. III, n°24). Si, en revanche, le promettant en venait à proposer des conditions plus avantageuses, le pacte de préférence l'obligerait à se tourner d'abord vers son bénéficiaire, pour qu'il exerce éventuellement sa faculté d'acquiescer.

Article 1587

La promesse **synallagmatique** de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des parties sur le bien et sur le prix.

Les parties peuvent néanmoins s'obliger à réitérer leur accord dans une certaine forme. Dans ce cas, le refus de réitérer par l'une des parties est sans effet sur la vente.

Est nul le contrat conclu en violation de la promesse, avec un tiers qui en connaissait l'existence.

Article 1587-1

Quand la formation de la vente a été expressément subordonnée par les parties soit à la réitération de leur **accord**, soit à leur accord sur un autre élément que le bien ou le prix, le défaut de réitération ou d'accord rend la promesse caduque.

Si l'absence de réitération lui est imputable à faute, l'une des parties peut être tenue de verser à l'autre des dommages et intérêts sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat.

Article 1587-2

La réitération ou l'accord **complémentaire** envisagés à l'article 1587-1 doit intervenir dans l'année qui suit la **conclusion de la** promesse ou tout autre délai convenu entre les parties.

À défaut de réitération ou d'accord dans ce délai, la promesse est caduque.

La Commission propose de codifier le régime de droit commun des promesses synallagmatiques de vente auxquelles, actuellement, seul l'alinéa 1^{er} de l'article 1589 est consacré.

Il est proposé ainsi de codifier une jurisprudence bien établie qui distingue les promesses synallagmatiques valant vente (Article 1587) de celles qui ne valent pas vente (Article 1587-1 et 1587-2). La promesse synallagmatique vaut vente dès lors que les parties se sont entendues sur le bien et le prix, sans faire de la réitération du contrat, par exemple par acte notarié, un élément constitutif de leur engagement (Cass. 3^e civ., 25 oct. 2006, n° 05-15393, Bull. III, n° 210). En revanche, la promesse synallagmatique de vente ne vaut pas vente lorsque les parties ont soumis leur engagement à la réitération ultérieure de leur consentement (Cass. 3^e civ., 5 janv. 1983, n°81-14.890 ; Bull. III, n°7 ; Cass. 3^e civ. 12 oct. 1994, n° 98-18759). Il en est de même lorsqu'elles ont érigé tout élément du contrat autre que le bien et le prix en élément essentiel de leur accord (il peut en être ainsi des modalités de paiement du prix par exemple).

L'article 1587 donne toute sa force à la promesse de vente valant vente. Ainsi, si les parties sont évidemment libres de prévoir de réitérer leur accord en cette hypothèse, cette réitération n'ayant pas été érigée en condition essentielle de la vente, son absence ne saurait remettre en cause la conclusion de celle-ci (Article 1587 al. 2.) De même, s'inspirant de l'article 1124 al. 3 du Code civil, l'alinéa 3 de l'article proposé

prévoit la nullité de la vente conclue en violation de la première vente portée par la promesse synallagmatique.

L'article 1587-1 précise les conséquences du défaut de réitération ou d'accord ultérieur des parties : la promesse est caduque, ce que décide déjà la jurisprudence (Cass. 3^e civ., 2 fév. 1983, n°81-12.036 ; Bull. III, n°34), tandis que la partie dont la faute est à l'origine du défaut de réitération engage sa responsabilité à l'égard de l'autre contractant. Il est précisé qu'en cette hypothèse, « la perte des avantages attendus du contrat » n'est pas indemnisée car, si tel était le cas, cela reviendrait à la conclusion forcée de la vente, qui n'est justement pas la sanction adoptée puisqu'en l'absence de consentement définitif à la vente cette promesse synallagmatique ne vaut pas vente. Une telle indemnisation soulèverait aussi des problèmes insolubles d'évaluation des « avantages attendus » par le potentiel acheteur, ce qui manifeste par un autre côté combien cette sanction convient mal à la nature de l'opération.

Enfin, l'article 1587-2 impose un délai pour conclure la vente - à défaut de délai conventionnel, un délai d'un an - afin que ne s'éternise pas la situation d'attente née de la promesse synallagmatique ne valant pas vente et l'immobilisation du bien qui en découle. Le délai court à compter de la conclusion de la promesse. Si celle-ci est assortie d'une condition suspensive, ce ne sera pas à compter de son accomplissement que le délai court. Si les parties souhaitent un délai plus long, notamment pour tenir compte du délai d'accomplissement de la condition, il leur appartient donc de l'indiquer. On aurait pu dire que le délai courait à compter de la signature ; cela aurait été conforme à la pratique et plus net que la référence à l'abstraite « conclusion » du contrat, mais cela révélerait que la promesse doit être un contrat écrit, par dérogation au principe du consensualisme. Il appartiendra sans doute à la consultation publique de discuter cette option.

Article 1588

La promesse unilatérale de vente ou d'achat **devient** vente lorsque, au plus tard à l'expiration du délai stipulé par les parties, le bénéficiaire fait connaître au promettant, dans les formes prévues au contrat, sa volonté de lever l'option en se portant acquéreur ou vendeur pour le prix convenu.

Les dispositions de l'article 1124 lui sont applicables.

Les règles de la vente lui sont applicables en tant que de raison.

Article 1589

Si la durée de la promesse unilatérale est indéterminée, le promettant ne peut la résilier qu'après avoir mis le bénéficiaire en demeure de lever l'option dans un délai raisonnable, qu'il fixe lui-même.

Article 1590

Une somme peut être convenue dans la promesse unilatérale de vente, en contrepartie de l'exclusivité consentie au bénéficiaire.

Elle est acquise au promettant si le bénéficiaire choisit de ne pas se porter acquéreur. En cas de conclusion de la vente, cette somme **vaut acompte**, sauf clause contraire.

Quand le montant de la somme convenue porte une atteinte manifestement excessive à la liberté du bénéficiaire de ne pas se porter acquéreur, la promesse unilatérale est requalifiée en une vente assortie d'une clause de dédit.

Les articles 1588 à 1590 sont consacrés à la promesse unilatérale de vente ou d'achat, et reprennent, pour l'essentiel, la jurisprudence en la matière. Ils viennent en complément de l'article 1124 du Code civil (Article 1588 al. 2).

Si c'est en matière immobilière que ces promesses sont les plus fréquentes, la Commission a toutefois décidé de conserver ces règles au sein des dispositions générales, dans la mesure où nombre de promesses unilatérales portent sur des biens meubles, notamment des droits sociaux.

L'article 1588 al. 1^{er} énonce le mécanisme des promesses unilatérales de vente ou d'achat, la conclusion du contrat de vente étant subordonnée à la seule levée de l'option par le bénéficiaire, le promettant s'étant déjà engagé à vendre ou à acquérir. L'expression « dans les formes convenues » consacre une jurisprudence contestée mais qui offre l'avantage de la clarté (ex. : Cass. 3^e civ., 5 janv. 1987, n° 85-14930 ; Cass. com., 3 oct. 2016, n° 05-13.052).

L'article 1589 proposé consacre une ancienne jurisprudence, qui a décidé que, lorsque la promesse a été consentie sans limitation de durée, son auteur ne peut s'en dégager qu'après avoir mis en demeure le bénéficiaire de l'accepter dans un délai raisonnable (Cass. civ. 4 avr. 1949, D. 1949. 316). La jurisprudence admet également que l'auteur de la promesse soit libéré lorsque le bénéficiaire a renoncé à se prévaloir de son droit d'option, règle sur laquelle la Commission n'a pas souhaité revenir.

Pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter pour la conclusion du contrat, le promettant immobilise le bien objet de la promesse de vente, et peut prévoir une somme en contrepartie de cette immobilisation. La Commission a souhaité consacrer, à l'article 1590 al. 1^{er}, la jurisprudence qui précise que cette somme est le prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire (Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 1995, n°93-19.874 ; Bull. I, n°452). L'expression d'indemnité d'immobilisation, adoptée par la pratique notariale, n'a pas été reprise car le terme d'indemnité est juridiquement inadapté. Cette somme peut être librement fixée par les parties, l'article 1590 précisant qu'elle sera acquise au promettant si le bénéficiaire ne se porte pas acquéreur, et ne sera pas due s'il lève l'option. Cette disposition n'est néanmoins que supplétive de volonté.

La requalification prévue à l'alinéa 3 est importante. Les promesses assorties d'une contrepartie financière énorme ne sont pas naturelles ; elles jurent avec la fonction habituelle de l'opération qui est simplement de réserver une exclusivité et un temps de réflexion au bénéficiaire, avantages qui ne peuvent équivaloir aux prix de vente ou s'en rapprocher. Dans le texte proposé, le bénéficiaire reste dans tous les cas libre de ne pas acheter mais perd la somme. Mais si l'opération est requalifiée, il sera considéré comme propriétaire dès l'origine là, où il ne le deviendrait qu'à la levée d'option s'il s'agissait d'une promesse unilatérale de vente. Un arrêt a montré qu'en droit des régimes matrimoniaux, cette requalification pouvait avoir une incidence non négligeable sur le statut du bien (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 2010, n° 09-65.673 ; Cass. 3^e civ., 26 sept. 2012, n° 10-23.912). Il y a d'autres intérêts. Imaginons la vente d'un animal ; l'animal cause un dommage. Si c'est une promesse unilatérale, le gardien reste le vendeur tant que l'option n'est pas levée. Si c'est une vente avec dédit, c'est l'acheteur qui est gardien. Il en va de même en cas de perte du bien : s'il disparaît

avant exercice du dédit, il sera perdu pour le « bénéficiaire »; néanmoins c'est à lui que sera versée l'indemnité d'assurance-dommage.

Article 1591

La faculté de substitution stipulée dans une promesse est sans effet sur le caractère unilatéral ou synallagmatique du contrat.

Son exercice emporte **les effets d'une** cession du contrat de promesse.

Une promesse peut être formulée avec une faculté de substitution, c'est-à-dire avec la possibilité pour le bénéficiaire de se substituer un tiers. A ce propos, la jurisprudence a décidé que la présence d'une faculté de substitution ne permettait pas à elle seule de disqualifier la promesse unilatérale ou synallagmatique (Cass. 3^e civ., 28 juin 2006, n°05-16.084, ; Bull. III, n°166). Le premier alinéa de cet article codifie cette jurisprudence.

Le deuxième alinéa s'écarte en revanche de la jurisprudence. Celle-ci s'est refusée à qualifier la substitution de cession de contrat. Mais cette position prétorienne n'a été adoptée que dans le but de faire échapper la substitution à l'actuel article 1589-2 du Code civil qui prévoit l'application du formalisme fiscal aux cessions de promesses unilatérales de vente. Or, la Commission propose par ailleurs de supprimer l'Article 1589-2 qui semble anachronique.

Par ailleurs, en indiquant que l'exercice, par bénéficiaire de la promesse, de la faculté de substitution, « emporte les effets d'une cession de contrat », la Commission suggère de limiter l'application des dispositions du Code civil relatives à la cession de contrat aux seuls effets de cette cession. L'on évitera ainsi l'application à cette hypothèse du formalisme de l'article 1216.

Article 1592

Si la vente a été faite avec des arrhes, chacun des contractants peut se rétracter : celui qui les a données en les perdant et celui qui les a reçues en restituant le double.

Cet article reprend l'article 1590 actuel.

Article 1593

Si la vente a été faite avec faculté de dédit, l'acquéreur peut se rétracter en abandonnant au vendeur la somme convenue.

Le dédit exercé de mauvaise foi n'opère point.

Il a semblé utile à la Commission de prévoir un texte sur la faculté de dédit dans la mesure où le droit commun des contrats, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, est resté muet sur cette hypothèse. L'article proposé reprend la jurisprudence (Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1993, n°91-18.773 ; Bull. I, n°337. Cass. 3^e civ., 11 mai 1976, n°75-10.854 ; Bull. III, n°199).

Il a également été décidé que la faculté de dédit pouvait être consentie gratuitement (Cass. com., 30 oct. 2000, n°98-11.224, Inédit). Si l'article proposé n'évoque pas cette hypothèse, la Commission n'a pas entendu revenir sur cette jurisprudence, ni sur le caractère supplétif de ces dispositions (Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1956).

Enfin, le dédit anéantit la vente rétroactivement. Il n'a pas semblé nécessaire de la préciser. Au demeurant, l'usage du verbe « rétracter » y suffit.

Article 1594

Le versement d'une somme d'argent par l'acheteur au vendeur est présumé l'être à titre d'acompte.

La faculté de dédit faisant exception au principe de la force obligatoire des contrats (Article 1103), il est logique qu'elle ne soit pas présumée. C'est pourquoi, lorsqu'une somme a été acquittée par l'acheteur au vendeur lors de la conclusion du contrat, l'article 1594 précise que, sauf preuve contraire, il s'agit d'un acompte, c'est-à-dire d'un paiement partiel ne conférant aucun droit de repentir.

La règle est inverse de celle prévue à l'article L. 214-1 du Code de la consommation. Mais cette inversion est justifiée par l'objectif de protection du consommateur à qui la loi donne le droit de se libérer de son engagement. Une telle préoccupation n'est pas celle du Code civil qui régit les relations contractuelles de parties présumées raisonnables et aptes à juger de ce que commande leur intérêt.

Sous-section 2 - Des parties à la vente

Article 1595

Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent acheter ou vendre.

Article 1596

Ne peuvent se rendre acquéreurs, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées :

1° celui qui assure légalement la représentation ou l'assistance d'une personne protégée, des biens de cette personne ;

2° le mandataire, ou l'intermédiaire, des biens qu'il est chargé de vendre ou de négocier ;

3° l'administrateur, des biens des personnes publiques qu'il administre ;

4° le fiduciaire, des biens ou droits qui composent le patrimoine fiduciaire.

L'acte accompli est nul, à moins que le représenté ou le constituant ne l'ait autorisé ou ne le ratifie.

Les articles 1595 et 1596 reprennent les dispositions des actuels articles 1594 et 1596 du Code civil. Le principe est que chacun peut librement acheter ou vendre, sauf disposition légale contraire.

L'article 1596 évoque certaines de ces interdictions. A été ajoutée la référence à l'intermédiaire car il existe des intermédiaires non mandataires qui peuvent néanmoins se trouver en conflit d'intérêt. Il peut exister des textes permissifs plus spéciaux

Le dernier alinéa ajoute une précision empruntée à l'Article 1161 ; il l'étend par la même occasion à la fiducie.

Article 1597

Sauf l'exercice d'un droit de préemption ou de retrait, la vente est conclue entre le vendeur et l'acheteur s'étant accordés sur ses conditions.

La préemption n'a pas lieu quand elle obligerait le vendeur à contracter à des conditions différentes de celles convenues avec l'acheteur initial, sauf disposition contraire.

Le vendeur est en principe libre de choisir son cocontractant. Ce principe connaît néanmoins une exception avec les droits de préemption ou de retrait, lorsque la loi permet à une personne publique ou privée d'acquérir par préférence à tout autre acheteur un bien qui a été mis en vente. Au regard de son importance pratique et après débats, la Commission a souhaité introduire un texte mentionnant explicitement le droit de préemption dans le droit commun de la vente. La très grande diversité des droits de préemption, répondant à celle des objectifs de politique juridique poursuivis par le législateur, ne permet cependant pas de réglementer plus avant leur régime par des dispositions de portée générale.

L'alinéa 2 n'énonce donc qu'une seule règle sur ce point : la vente conclue lors de l'exercice du droit de préemption doit l'être, en principe, aux mêmes conditions que celles prévues dans le contrat initial.

La Commission s'est interrogée sur l'opportunité de consacrer l'idée, défendue en doctrine (C. Grimaldi, Defrénois 17 sept. 2020, p. 17), selon laquelle lorsqu'un contrat de vente est conclu en considération de la personne de l'acheteur, le droit de préemption n'a pas lieu de jouer. Mais la jurisprudence n'y est pas favorable (cf. Cass. 3^e civ., 17 oct. 2019, n°18-18.649, inédit). Après discussion, la Commission a estimé qu'il n'était pas souhaitable d'aller dans le sens de cette proposition, compte tenu du caractère très indéterminé de la notion d'intuitu personae et des personnes qui, même dans un cadre familial relativement étroit, seraient susceptibles de s'en prévaloir. En outre, les raisons qui justifient un droit de préemption tiennent le plus souvent à la défense d'un intérêt considéré comme supérieur à celui des parties. Par suite, il n'a pas paru logique d'en affranchir une opération au simple motif qu'elle serait conclue intuitu personae, c'est-à-dire sur des considérations d'ordre privé.

Sous-section 3 - Du contenu de la vente

Article 1598

Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation.

Cet article reprend l'actuel article 1598 du Code civil, sans modification.

Son maintien a semblé d'autant plus nécessaire que l'ancien article 1128 du Code civil a été abrogé par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016.

Article 1599

La vente du bien d'autrui est nulle. Seul l'acquéreur peut invoquer cette nullité.

En tout état de cause, le propriétaire peut revendiquer le bien entre les mains de l'acquéreur.

Cet article reprend une règle classique, inscrite à l'actuel article 1599 du Code civil, selon laquelle la vente de la chose d'autrui est entachée de nullité. La Commission propose par ailleurs de codifier la jurisprudence en la matière qui a, de longue date, décidé que cette nullité était relative, de sorte qu'elle ne saurait être invoquée que par l'acheteur (Cass. 3^e civ., 16 avr. 1973, n°72-11.276 ; Bull. III, n°303). Le propriétaire, qui ne peut invoquer la nullité de la vente, dispose en revanche d'une action en revendication (Cass. 3^e civ., 9 mars 2005, n°03-14.916 ; Bull. III, n°63), la vente lui étant inopposable, ce que codifie l'alinéa 2 de cet article. La codification de cette jurisprudence est en accord avec le nouvel article 2335 du Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, lequel prévoit que si le gage de la chose d'autrui est nul, cette nullité ne peut être invoquée que par le seul créancier.

Article 1600

Lorsque les parties sont convenues de retarder le transfert de propriété, la vente du bien d'autrui n'est point nulle si le vendeur s'est engagé à acquérir le bien avant le moment convenu pour ce transfert. S'il y manque, la vente est résolue de plein droit, sans préjudice des dispositions sur la garantie en cas d'éviction.

La vente est également valable lorsque le vendeur d'un bien indivis en devient propriétaire par l'effet du partage.

La jurisprudence a affirmé que la vente de la chose d'autrui n'est pas nulle lorsque cette chose est appelée à intégrer ultérieurement le patrimoine du vendeur. En ce cas, la vente est analysée comme portant sur un droit conditionnel (Cass. 3^e civ., 20 juin 1973, n°72-12.719, Bull. III, n°433), ce que propose de codifier cette disposition. Dans l'hypothèse particulière où le vendeur, tout en n'étant pas encore propriétaire, se trouvait déjà en possession du bien et l'a délivré à l'acquéreur, la résolution de la vente n'empêche pas le jeu de la garantie d'éviction quand l'acquéreur a dû supporter l'action en revendication du véritable propriétaire.

Les mêmes règles s'appliquent lorsque le vendeur devient propriétaire exclusif du bien lors du partage mettant fin à l'indivision.

Article 1601

La vente est nulle de plein droit si, lors de sa conclusion, le bien vendu avait péri en totalité.

En cas de perte partielle, l'acquéreur a le choix d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en réduisant le prix de manière proportionnelle.

Cette disposition reprend l'actuel article 1601 du Code civil, en en modernisant la rédaction in fine. Il prévoit l'hypothèse de l'anéantissement automatique du contrat lorsque la chose a péri en totalité au moment de la conclusion de la vente. En revanche, lorsque la perte n'est que partielle, le choix est laissé à l'acquéreur de renoncer à la vente ou de demander la partie subsistante moyennant une réduction du prix proportionnelle à sa destruction.

Article 1602

Le bien vendu doit être déterminé ou déterminable conformément à l'article 1163.

Si la qualité du bien vendu n'est ni déterminée ni déterminable en vertu du contrat, elle sera fixée comme il est dit à l'article 1166.

Par cette disposition, la Commission rappelle l'application au contrat de vente des règles du droit commun des contrats. Comme dans tout contrat en effet, la prestation du contrat de vente doit être déterminée ou déterminable. Cette règle n'est pourtant pas clairement affirmée par les dispositions actuelles du droit de la vente, et résulte de la lecture combinée des articles 1582 et 1583. La réforme du droit des obligations a inscrit ce principe dans le droit commun des contrats à l'article 1163, et précise, en outre, à l'article 1166, que lorsque la prestation n'est ni déterminée ni déterminable, le débiteur doit offrir une prestation conforme aux attentes légitimes des parties.

Article 1603

Le prix de la vente est librement convenu entre les parties, à moins que la loi n'en dispose autrement.

Le juge ne peut se substituer aux parties pour définir lui-même le prix ou leur imposer une méthode de détermination autre que celle qu'elles auraient prévue au contrat.

Le premier alinéa de cet article énonce le principe de la libre fixation du prix par les parties. Le deuxième alinéa décline ce principe en en précisant les implications sur les prérogatives du juge, reprenant la jurisprudence constante qui décide que le juge ne saurait se substituer aux parties pour fixer lui-même le prix, de quelque manière que ce soit (par exemple : Cass. 1^{re} civ., 24 fév. 1998, n°96-13.414 ; Bull. I, n°81). La vente portant sur un bien dont les caractéristiques et l'utilité intrinsèques sont toujours identifiées et, partant, susceptibles d'évaluation subjective lors de la conclusion du contrat, la fixation judiciaire du prix n'est pas justifiée à la différence des contrats portant sur un service (contrat d'entreprise ou mandat par exemple).

Article 1604

Sauf lorsque la vente est conclue en exécution d'un contrat-cadre, le prix doit être déterminé ou déterminable par un moyen quelconque arrêté par les parties et ne dépendant ni de la seule volonté de l'une d'entre elles, ni d'un accord ultérieur.

Quand les éléments objectifs tirés du contrat le lui permettent, le juge est autorisé à liquider le prix.

Si le prix n'est ni déterminé, ni déterminable, la vente est nulle, de nullité absolue.

Par cette disposition, la Commission a entendu codifier une partie la jurisprudence relative à la fixation du prix par les parties.

Le prix devant être le résultat de leur accord, la jurisprudence en a logiquement déduit qu'il ne pouvait en principe être laissé à la discrétion du seul vendeur ou du seul acheteur (Cass. req, 7 janvier 1925, DH. 1925. 57). Ce faisant, si le prix n'est pas déterminé au moment de la vente, les parties doivent au moins prévoir des stipulations permettant de le fixer ultérieurement selon des critères objectifs qui ne dépendent pas de la volonté de l'une des parties (Cass. 3^e civ., 26 sept. 2007, n°06-14.357 ; Bull. III, n°159). Même s'ils sont objectifs, ces critères ne doivent pas non plus être si indéterminés qu'un nouvel accord des parties devienne nécessaire pour les concrétiser (Cass. com., 7 avril 2009, n°07-18.907 ; Bull. IV, n°48). Reprenant la jurisprudence (Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n°91-15.999 ; Bull. A.P. n°7), codifiée à l'article 1164 du Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016, le premier alinéa rappelle néanmoins in limine l'exception admise pour les contrats-cadres.

L'alinéa 2 infléchit le droit positif en permettant au juge de liquider lui-même le prix lorsqu'il peut s'appuyer pour ce faire sur des éléments objectifs auxquels ont renvoyé les parties dans le contrat. Quelques rares arrêts ont admis en cette hypothèse que le juge fixe le prix (Cass. 3^e civ., 5 janvier 1972, n° 70-13.759 Bull. civ. III, n° 4 : complément de prix permettant de « vivre décemment ») quitte à désigner un expert (Cass., com., 10 mars 1998, n°96-10.168, Bull. civ. IV, n°99 : prix de droits sociaux à fixer selon « la valeur réelle de l'entreprise »). La Commission a jugé utile de consacrer ce pouvoir car le juge se borne alors à concrétiser la volonté des parties qui ne s'est exprimée que par une référence abstraite.

La Commission a envisagé un moment de considérer qu'une vente sans prix est proprement inexistante. Cette solution paraissait de nature à régler de façon satisfaisant l'hypothèse où la vente ayant été exécutée depuis plus de cinq ans malgré le fait que le prix soit demeuré indéterminé, une simple action en nullité exercée à titre principal n'aurait pu échapper à la prescription quinquennale. Mais la majorité des membres de la Commission s'est opposée à la consécration d'une sanction – l'inexistence – qui n'a pas été prévue jusqu'ici par notre droit des contrats et qui, pour une partie de la Commission, n'aurait pas permis, si elle avait été retenue, d'échapper au domaine de la prescription extinctive. A défaut du recours à l'inexistence, la sanction de la nullité absolue permettra au moins à toute personne intéressée de demander l'annulation de la vente.

Article 1605

Le prix peut être laissé à l'estimation d'un tiers. Les parties sont solidairement tenues de sa rémunération.

Si le tiers n'est pas désigné par la convention, à défaut d'accord sur sa désignation après mise en demeure, le juge le nomme. Il en va de même si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation ou que celle-ci vient à être annulée.

En cas d'erreur grossière commise par le tiers sur la détermination du prix, celle des parties qui se trouve lésée a le choix de faire prononcer la nullité de la vente ou d'accepter la nomination d'un nouveau tiers.

Cet article traite de la fixation du prix par un tiers, déjà admise par le Code civil. La Commission a jugé opportun de préciser que les parties sont tenues solidairement de la rémunération de ce tiers, comme c'est aussi le cas en matière d'arbitrage juridictionnel.

La désignation du tiers peut être faite dans le contrat lui-même, les parties peuvent la laisser pour plus tard. Dans ce cas, la partie la plus diligente peut mettre l'autre en demeure de procéder au choix, sinon c'est le juge qui nommera le tiers. Le juge se voit aussi reconnaître la faculté de désigner un autre tiers, si le premier ne veut pas faire l'estimation ou si son estimation est annulée (par exemple, s'il n'est pas impartial ou ne respecte pas la méthodologie convenue). Tout est ainsi fait pour que la fixation conventionnelle du prix par un tiers aboutisse, solution toujours préférable à l'anéantissement de la vente.

Enfin, la prise en considération de l'erreur grossière (par exemple : Cass. com., 9 avril 1991, n°89-21.611 ; Bull. IV, n°139) a donné lieu à discussion. Contre sa prise en compte dans les rapports entre vendeur et acheteur, il a été souligné, d'une part, que la partie à qui est alors imposée la remise en cause de la vente n'est pas fautive tandis que, d'autre part, le contractant qui a subi un préjudice lié à l'évaluation manifestement erronée du prix peut en demander réparation au tiers. Il conviendrait donc de maintenir l'évaluation même en cas d'erreur grossière, sans préjudice de la responsabilité du tiers.

Néanmoins, la notion d'erreur grossière correspond à une méconnaissance flagrante par le tiers de sa mission, telle que les parties l'avaient définie. Il est donc excessif de ne jamais permettre la remise en cause de la vente : si le tiers a été partial ou si son incurie frise la faute lourde, et qu'il n'est ni solvable ni assuré, l'une des parties au contrat de vente se retrouverait à devoir payer un prix qui est le fruit non pas simplement d'une erreur humaine mais d'un processus d'évaluation intrinsèquement défectueux. Pour saisir la différence de perspective, le parallèle est à nouveau intéressant avec les causes par lesquelles une sentence peut être mise en cause dans l'arbitrage juridictionnel.

En dehors du cas d'erreur grossière, en revanche, une remise en cause du prix et de la vente simplement parce que le tiers est en faute fragiliserait la convention outre-mesure et inciterait d'autant au contentieux, alors qu'une action en responsabilité contre le tiers peut suffire à régler le problème. L'erreur grossière constitue ainsi un point d'équilibre entre la possibilité d'une remise en cause trop aisée et une intangibilité absolue.

Article 1606

La vente conclue pour un prix vil ou symbolique n'est pas nulle pour défaut de prix sérieux si ce prix n'est pas la seule contrepartie du transfert de propriété.

Le prix étant un élément essentiel du contrat de vente, celui-ci doit être sérieux : selon la jurisprudence, la vente pour vil prix est donc nulle de nullité relative. Elle a néanmoins également admis que la nullité n'était pas encourue lorsque le prix n'était pas la seule contrepartie (Cass. 3^e civ., 3 mars 1993, n°91-15.613, Bull. Civ. III, n°28). C'est cette jurisprudence que l'article 1606 se propose de codifier. Ces autres contreparties doivent néanmoins être entrées dans le champ contractuel.

Article 1607

Lorsque le prix a été indexé, l'absence, la disparition ou l'inaccessibilité de l'indice est réglée conformément à l'article 1167.

L'article 1343 alinéa 2 du Code civil précise que les parties peuvent stipuler une clause d'indexation afin de faire varier le montant d'une somme due. Cette possibilité est ouverte aux parties d'un contrat de vente, afin de faire varier le prix en fonction d'un indice. Si, au moment où le prix doit être déterminé, l'indice n'existe plus ou n'est plus accessible, il sera remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus, conformément aux dispositions de l'article 1167 du Code civil.

Article 1608

Les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont, sauf stipulation contraire, à la charge de l'acheteur.

Cette disposition reprend sans changement la règle supplétive (Cass. civ., 23 déc. 1931, Gaz. Pal. 1932. 1. 433) inscrite à l'actuel article 1593 du Code civil.

Section II - Les effets de la vente

Alors que l'effet principal du contrat de vente est le transfert de propriété, l'actuel Code civil ne prévoit aucune disposition qui y soit spécifiquement consacrée, cet effet étant simplement mentionné à l'article 1583 du Code civil. La Commission entend revenir sur cette carence, en rappelant sa position centrale dans la qualification du contrat de vente (Section 1). Le contrat de vente est par ailleurs l'archétype du contrat synallagmatique, faisant naître des obligations à la charge du vendeur (Section 2) et de l'acheteur (Section 3).

Sous-section 1 - De l'effet translatif

Article 1609

La propriété du bien vendu est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès la conclusion du contrat, quoique le bien n'ait pas encore été délivré ni le prix payé.

Les parties peuvent convenir de retarder le transfert de la propriété jusqu'à la délivrance du bien ou jusqu'au paiement du prix.

Si l'acheteur est mis en possession du bien avant le transfert de propriété, il a l'obligation de le conserver.

Par cet article 1609, la Commission se propose de décliner pour la vente les principes du droit commun des contrats figurant à l'article 1196 du Code civil.

Le premier alinéa est une reprise modernisée de l'actuel article 1583 : la propriété du bien vendu est en principe transférée solo consensu, peu important que le prix n'ait pas encore été payé ni le bien délivré (par exemple : Cass. 3^e civ., 6 mars 1996, n°91-17.529 ; Bull. III, n°66).

Pour autant, cette règle n'est pas impérative, et les parties peuvent décider de différer le moment du transfert de propriété, par exemple par une clause de réserve de propriété. Une telle stipulation, néanmoins, n'est pas de nature à remettre en cause le caractère ferme et définitif de la vente (Cass. com., 17 oct. 2018, n°17-14.986).

Le troisième alinéa reprend la jurisprudence qui affirme que l'acquéreur d'un bien vendu avec réserve de propriété est tenu de veiller à sa conservation.

Article 1610

Quand la vente porte sur un bien fongible, le transfert de propriété a lieu lors de l'individualisation du bien.

Les marchandises vendues au poids, au compte ou à la mesure sont individualisées par la pesée, le compte ou la mesure.

Le principe du transfert solo consensu peut être également écarté par la nature du bien objet de la vente. Le transfert est ainsi retardé lorsque la vente porte sur des biens fongibles ou futurs. Ce faisant, l'article 1610 reprend en substance les actuels articles 1585 et 1586 du Code civil : lorsque le bien vendu est fongible, le transfert de propriété n'a lieu que lorsque ce bien a été individualisé, par exemple par sa pesée ou sa mesure.

Article 1611

Si la vente porte sur un bien futur, le transfert de propriété a lieu dès que le bien vient à exister.

La vente peut également porter sur un bien futur, c'est-à-dire qui n'existe pas encore au moment de la vente, ce que prévoit déjà le premier alinéa de l'article 1163 du Code civil. En ce cas, la vente est parfaite dès l'instant où le bien vient à exister. Si le bien existe lors de la vente, mais n'est pas encore dans le patrimoine du vendeur, la question est différente.

Article 1612

Les droits, actions et charges afférents au bien vendu sont transmis de droit à ses acquéreurs successifs.

Chaque vendeur conserve les actions en réparation de son préjudice personnel.

Cette disposition règle le sort des droits et actions, mais aussi des charges, qui sont considérés comme des accessoires du bien vendu. Cette transmission opère de droit, en même temps que le transfert de la propriété du bien. Par droits et actions « afférents au bien vendu », il faut entendre non seulement les actions en garantie mais encore les actions en réparation du bien. Le terme de « charges », potentiellement très englobant, vise à laisser une marge d'appréciation suffisante au juge. Comme par le passé, il reviendra à la jurisprudence de dire quels sont ces droits, actions ou charges afférents au bien. Dans la continuité de ce que nos magistrats ont déjà admis, l'on peut d'ores et déjà y inclure : côté actif, l'action en garantie des vices cachés et l'action en garantie d'éviction, ou le bénéfice d'une clause de non-concurrence sans qu'il soit nécessaire de recourir à une très hypothétique stipulation pour autrui comme la jurisprudence a pu le faire dans le passé (Cass. req. 5 juillet 1865, DP 1865. 1. 425). La référence aux « charges » permettra aussi à nos magistrats de s'appuyer sur cette disposition pour admettre le transfert de toutes les obligations propter rem qu'ils sont susceptibles de consacrer au gré des espèces. Par exemple, l'engagement de ne jamais développer telle activité dans tel lieu, souscrite par le propriétaire d'un fonds de commerce pour une raison ou pour une autre, pourra, si elle est effectivement afférente au bien, se transmettre aux acquéreurs successifs avec la propriété du fonds sans qu'il soit nécessaire de déformer la technique des servitudes dites « de non-concurrence » (Cass. com., 16 juill. 1987, n° 86-11272, Bull. civ. IV, n° 184 ; Cass. 3^e civ., 24 mars 1993, n° 91-11.690 ; Bull. civ. III, n° 45) lorsqu'il n'y a pas de fonds dominant (Cass. 3^e civ., 4 juill. 2001, n° 99-14.784 ; Bull. I, n° 94). Ainsi, la double référence active et passive permettra de faire circuler, en même temps que le bien vendu, l'endroit et l'envers d'une même prérogative. À l'obligation de non-concurrence pourra par exemple venir s'adjoindre, ainsi qu'il a été décidé pour les clientèles civiles (Civ. 1^{re}, 3 déc. 1996, n° 95-10.913), le droit à l'absence de concurrence dont le cédant était déjà lui-même créancier envers un tiers.

L'édition d'une telle disposition rendra inutile le recours à des textes qui, comme c'est le cas pour l'actuel article 1615 du Code civil, se bornent à exiger que la délivrance porte sur la chose vendue et « ses accessoires ». La jurisprudence se trouve ainsi mieux à même de compléter les lois qui consacrent déjà de telles transmissions intuitu rei, comme c'est notamment le cas pour l'assurance en cas de dommages subis par le bien cédé (cf. Article L. 121-10, c. ass.).

La généralité des termes employés par l'article 1603, alinéa 1^{er}, confère également les coudées franches à la jurisprudence qui admet volontiers aujourd'hui la transmission des actions en réparation pour les pertes ou dommages subis par le bien vendu antérieurement à la vente. Certes, la Cour de cassation a d'abord affirmé, à propos de ventes d'immeubles, que celles-ci « n'emportent pas cession de plein droit, au profit de l'acquéreur, des droits et actions à fin de dommages et intérêts qui ont pu naître au profit du vendeur en raison de dégradations causées à l'immeuble antérieurement à la vente » (Civ. 3^e, 18 juin 1997, n° 95-18.254, Bull. civ. III, n° 149) ; seule une convention spéciale entre les parties à la vente pouvait autoriser un tel transfert, précisait-elle (Civ. 3^e, 4 décembre 2002, n° 01-02.383, Bull. civ. III, n° 250). Mais par la suite la Cour de cassation s'est ravisée. Elle décide désormais que « sauf clause contraire, les acquéreurs successifs d'un immeuble ont qualité à agir, même pour les dommages nés antérieurement à la vente [...] sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun qui accompagne l'immeuble en tant

qu'accessoire » (Cass.. 3^e civ., 10 juill. 2013, n° 12-21.910, Bull. civ. III, n° 102; 9 juill. 2014, n° 13-15.923, Bull. civ. III, n° 105). Le principe de cette solution paraît pleinement justifié. L'action en réparation est liée au bien endommagé dont l'acquéreur est, par l'effet de la vente, devenu propriétaire ; il est normal qu'il puisse exercer cette action, dans la mesure où elle lui permettra de reconstituer, au moins sous la forme de dommages et intérêts, la pleine jouissance du bien acquis. Il aura également qualité pour agir en paiement des indemnités d'assurance contre l'assureur garantissant les dommages, même si la déclaration du sinistre a été effectuée avant la vente (Cass.. 3^e civ., 15 sept. 2016, n° 15-21.630). Lui seul est d'ailleurs en mesure de justifier de l'intérêt à l'assurance et d'affecter l'indemnité au financement des travaux de réfection.

Dans son arrêt précité du 10 juillet 2013, la Cour de cassation n'a pas hésité à préciser que l'acheteur pouvait exercer l'action de droit commun en réparation même si le vendeur avait, avant la vente, exercé déjà lui-même cette action. La solution paraît a priori plus surprenante, mais elle s'appuie sur le fait que les préjudices respectivement subis par le vendeur et l'acheteur sont nécessairement propres à chacun. Une seule et même action, née d'un seul et même dommage, ouvre ainsi sur des réparations différentes de préjudices eux-mêmes distincts (cf. sur l'utilité, dans un tel contexte, de la distinction conceptuelle entre dommage et préjudice : Ph. Stoffel-Munck, obs. JCP 2014, chr. 568, n° 6). L'alinéa 2 de l'article 1612 tente de traduire cette réalité en indiquant que « chaque vendeur conserve les actions en réparation de son préjudice personnel ». Tout ce qui relève du trouble personnellement subi par le vendeur, du fait du dommage causé au bien du temps où il était encore sien, est donc hors du champ de la transmission intuitu rei. Corrélativement, l'acheteur ne pourra solliciter la réparation que de ce dont il a personnellement souffert. Les applications de cette disposition sont diversifiées. Il est clair, par exemple, que le vendeur qui a exposé des frais pour minimiser les conséquences du dommage subi par le bien ou qui a été victime dudit dommage dans sa propre chair conservera seul, nonobstant la vente, le droit de demander réparation de ces divers chefs de préjudice. Mais cette disposition devrait également permettre de trancher adéquatement l'hypothèse topique dans laquelle le propriétaire du bien endommagé est amené à le céder pour un prix inférieur à la valeur qui était la sienne avant la survenance du dommage. Ce manque à gagner constituera pour lui un « préjudice personnel », dont il est seul fondé à demander réparation. Le deuxième alinéa du texte proposé précise que cette transmission automatique ne fait pas obstacle à ce que les vendeurs successifs agissent en réparation de leur préjudice direct et personnel sur le fondement de la responsabilité civile.

Article 1613

Tout vendeur peut opposer à l'action formée contre lui par un acquéreur ultérieur, les exceptions de nature à exclure ou à limiter la garantie ou la réparation qu'il doit lui-même à son propre acquéreur.

Conformément aux principes déjà dégagés par la jurisprudence, tout acquéreur recueille, en même temps que la propriété du bien acquis, le droit d'action que son vendeur avait contre son propre vendeur, et ainsi de suite. Il peut donc agir directement contre l'un quelconque des vendeurs antérieurs du même bien. Le sous-acquéreur agit alors, non comme un tiers à un contrat auquel il n'est pas parti, mais

comme le titulaire de l'action résultant du contrat. Aussi cette action directe possède-t-elle, comme l'a souvent dit la jurisprudence, un caractère « nécessairement contractuel ». Par suite, ainsi que l'énonce l'article 1613, le vendeur actionné « peut opposer à l'action formée contre lui [...] les exceptions de nature à exclure ou à limiter la garantie ou la réparation qu'il doit lui-même à son propre acquéreur ». En effet, le sous-acquéreur exerce l'action de son auteur tel qu'elle existait dans le patrimoine de ce dernier, avec les limites et les particularismes (clause d'arbitrage, par exemple) qui demeurent les siennes. En pratique et s'agissant de l'action en garantie, le sous-acquéreur a donc le choix. Il peut d'abord agir contre son propre vendeur, lequel à son tour pourra, si le vice de la chose achetée, l'éviction ou le dommage ne lui sont pas imputables, se retourner contre celui de qui il tenait ses droits, et ainsi de suite. Mais le sous-acquéreur peut aussi agir directement contre n'importe lequel des vendeurs successifs du bien, sous réserve de ne pas exiger de ce dernier plus que ce à quoi lui-même s'est obligé en vendant le bien à son tour. Une telle action offre malgré tout au sous-acquéreur divers avantages. Il ne risque pas de faire les frais de l'éventuelle insolvabilité de son cocontractant immédiat ; il peut également sélectionner, parmi les vendeurs successifs, celui qui lui offre les meilleures garanties ; s'il se sent une âme de justicier, la possibilité lui est même offerte d'agir directement contre celui qui est personnellement à l'origine du vice dont il se plaint. Cette règle comporte aussi des avantages pour la collectivité tout entière. Si elle n'existait pas, les recours en cascade que déclencherait l'action du sous-acquéreur contre son propre vendeur aboutirait peut-être au même résultat final mais par le biais d'une peu économique multiplication des contentieux.

Article 1614

Les fruits tirés du bien profitent à celui qui, à la date de leur production, s'en trouve propriétaire.

Corrélativement, la perte fortuite du bien est à ses risques, à moins que le vendeur n'ait été en demeure de le délivrer et sous réserve des dispositions de l'article 1351-1.

Le tout, sauf convention contraire.

Tant que le transfert n'a pas eu lieu, le vendeur reste propriétaire des fruits et doit supporter l'éventuelle perte de la chose (Article 1614).

La règle est une reprise du droit commun (Article 1196, al. 3), mais introduit aussi une corrélation entre profits et pertes, qui n'est pas affirmée ailleurs dans le code civil.

A noter également l'absence de référence aux risques en cas de transport de marchandises, que l'on abandonne au droit des transports ou au droit de la vente internationale.

Article 1615

Il peut être stipulé, au profit du vendeur, une faculté de rachat ; elle lui ouvre le droit de reprendre le bien vendu moyennant restitution du prix, des frais de la vente, des réparations nécessaires et de celles qui ont augmenté la valeur du bien, jusqu'à concurrence de cette augmentation.

À peine de nullité absolue, la faculté de rachat doit être convenue par écrit, pour une durée qui ne peut excéder cinq ans.

Le vendeur qui rachète ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ses obligations envers l'acquéreur.

La vente avec faculté de rachat est réglée avec les dispositions relatives au transfert de propriété. Les précisions sont reprises en partie du droit en vigueur.

A l'inverse, il est prévu que la faculté de rachat soit nulle de nullité absolue si elle excède cinq ans ce qui rompt avec le droit actuel selon lequel seule la réduction de la durée est encourue (C. civ., Article 1660).

Ces solutions s'appuient sur l'idée que la stipulation d'une faculté de rachat porte atteinte au caractère intemporel du droit de propriété de l'acheteur, alors que le droit de propriété est opposable erga omnes et se trouve au fondement de notre ordre juridique. D'où la prévision d'une nullité absolue, ouverte aux tiers (spécialement ceux qui traitent avec l'acheteur) et même au ministère public. D'où également l'exclusion d'une simple réduction, dont le mécanisme paraît excessivement protecteur pour le vendeur qui est censé savoir ce qu'il fait puisqu'il use déjà d'un mécanisme dérogatoire.

Article 1616

Le rachat anéantit les droits acquis par les tiers, ainsi que les charges et servitudes consenties pas l'acquéreur, à l'exception de ceux qui l'ont été avec l'accord du vendeur.

Lorsqu'elle porte sur un immeuble, la faculté de rachat ne peut s'exercer au préjudice d'un tiers que si elle a été publiée au fichier immobilier.

L'Article 1616 est plus radical que l'actuel Article 1673 al. 2 puisqu'il s'applique même aux baux conclus par l'acheteur.

Sous-section 2 - Des obligations du vendeur

Article 1617

Le vendeur est tenu d'exprimer clairement ce qui se rapporte aux qualités et caractéristiques du bien qu'il cède. Dans cette mesure, les obscurités et ambiguïtés du contrat s'interprètent contre lui.

L'actuel article 1602 du Code civil pose une règle d'interprétation qui déroge aux dispositions de l'article 1190 du Code civil, en précisant que, dans le doute, les incertitudes du contrat de vente s'interprètent contre le vendeur. Le maintien de cette règle a fait l'objet de débats au sein de la Commission, tenant aux raisons et à l'opportunité qu'il y aurait à maintenir une règle d'interprétation du contrat spécifique à la vente et dérogatoire aux principes du droit commun en la matière (Article 1188 et suivants). Retenant alors que cette règle se justifie uniquement par le fait que, dans la majorité des cas, le vendeur connaît mieux le bien que l'acheteur, la Commission a décidé d'en restreindre la portée à « ce qui se rapporte aux qualités et caractéristiques du bien » cédé (« Dans cette mesure... »). Il n'est donc plus prévu qu'elle s'applique à l'interprétation des obligations du vendeur et de toutes les

clauses du contrat, contrairement à ce qu'énonce l'article 1602 actuel. A leur égard, ce sont les règles du droit commun des contrats qui s'appliqueront.

Article 1618

Le vendeur a l'obligation de délivrer le bien.

Il doit également garantir l'acheteur contre l'éviction et contre les vices affectant le bien.

Cet article remplace les articles 1603 et 1625 du Code civil. C'est une disposition d'annonce qui mentionne les différentes obligations du vendeur : l'obligation de délivrance (§1), la garantie d'éviction (§2) et la garantie des vices cachés (§ 3). La Commission a longtemps prévu d'aborder ici, ne serait-ce que pour renvoyer aux dispositions relatives à la responsabilité du fait des produits défectueux qui a absorbé la question pour tout ce qui rentre dans son champ d'application, un article consacré à l'obligation de sécurité qui pèse sur le vendeur. Elle y a finalement renoncé compte tenu de la difficulté de trouver un texte qui soit à la fois équilibré au regard de l'immense diversité des circonstances et des types de dommage, et cohérent avec les règles spéciales de responsabilité, notamment les articles 1245 et suivants, et la garantie des vices cachés. Les incertitudes liées au devenir du projet de réforme de la responsabilité civile aggravaient encore la difficulté. Le résultat de ce silence est que le droit commun de la responsabilité, quelle qu'en soit la future texture, s'appliquera dans les interstices des droits spéciaux, chaque type de règles gouvernant la sécurité du bien étant appelé à développer ses effets propres en matière de vente.

§ 1 - De l'obligation de délivrance

Article 1619

Le vendeur est tenu de mettre le bien vendu à la disposition de l'acheteur.

L'obligation de délivrer le bien comprend ses accessoires, notamment tout autre bien ou information que requiert son usage.

La Commission a décidé de conserver l'obligation de délivrance, sans en reprendre la définition figurant à l'actuel article 1604.

L'expression de « mise à disposition » a été discutée au profit du maintien de celle de mise en « la puissance ». Néanmoins, la Commission a considéré en définitive que l'expression « en la puissance de l'acheteur » faisait par trop écho à la propriété transférée à celui-ci – la puissance renvoyant aux pouvoirs souverains que le propriétaire détient sur son bien. En outre, la référence faite à l'alinéa 2 à la délivrance des biens et informations nécessaires à l'usage du bien vendu – inspirée de l'article 1615 - suffit à tenir compte des spécificités de la délivrance de biens complexes.

Sous réserve de l'article suivant, il n'a pas été jugé utile de préciser les modalités de mise à disposition (remise matérielle, remise des clefs, etc.), que la jurisprudence pourra préciser au cas par cas quand la question se posera.

Article 1620

Si, lors de la vente, le bien vendu se trouve déjà en la puissance de l'acheteur, le seul consentement des parties suffit à opérer la délivrance.

L'article 1620 reprend la règle figurant au quatrième alinéa de l'actuel article 1606 du Code civil : au moment de la vente, si le bien se trouve déjà en la puissance de l'acheteur, il n'est pas nécessaire que le vendeur le mette à sa disposition. En ce cas, le seul échange des consentements suffit à l'exécution de l'obligation de délivrance. Des solutions analogues ont été d'ailleurs retenues en matière de prêt et de dépôt.

Article 1621

La délivrance doit être exécutée au lieu convenu par les parties. À défaut, elle s'opère au lieu où se trouve le bien lors de la conclusion du contrat.

Dans le silence du contrat, la délivrance s'opère dans un délai raisonnable.

Selon l'actuel article 1609 du Code civil, la délivrance s'opère en principe au lieu où se trouvait le bien au moment de la vente, sauf stipulation contraire. Sans changer le fond du dispositif, la Commission a décidé d'inverser l'ordre de présentation des règles en faisant apparaître le choix conventionnel comme le principe de départ. L'article 1621 proposé précise ainsi que la délivrance a lieu en principe au lieu convenu par les parties. Ce n'est qu'en l'absence d'une telle stipulation qu'elle doit se faire au lieu où se trouve le bien au moment de la vente.

Même si la nature du bien ne se prête pas toujours à une localisation, comme c'est le cas pour un bien immatériel, la Commission a tout de même jugé nécessaire de prévoir un lieu de délivrance à titre supplétif. Le fait qu'il soit prévu de manière générale que les obligations sont quérables met en lumière l'utilité d'un tel texte. Ainsi, même en cas de matériel complexe, il y a forcément un lieu qui, en cette hypothèse, peut être celui de livraison du bien.

Le second alinéa précise en outre que la délivrance s'opère dans un délai raisonnable, sauf stipulation contraire.

Article 1622

Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur.

L'article 1622 reprend la règle supplétive posée à l'actuel article 1608 du Code civil : le vendeur étant débiteur de l'obligation de délivrance, c'est à lui en principe de supporter les frais afférents à cette délivrance. L'article 1653 fait pendant à cette règle du côté de l'acheteur, à propos des frais de retraitement.

§ 2 - De la garantie en cas d'éviction de l'acheteur

Article 1623

Le vendeur garantit à l'acheteur le libre exercice des prérogatives attachées par la loi à la qualité de propriétaire dans les conditions fixées ci-après.

Cet article remplace l'actuel article 1626 avec une formulation modernisée et positive de la garantie d'éviction.

Article 1624

Si le trouble subi par l'acheteur résulte d'un fait personnel du vendeur, la garantie est de droit, nonobstant toute clause contraire.

Cette disposition reprend l'actuel article 1628 du Code civil, lequel précise que l'acheteur est protégé de toute éviction résultant d'un fait personnel du vendeur. Ce fait personnel peut consister aussi bien en un trouble de droit qu'en un trouble de fait. Cette garantie reste d'ordre public.

Article 1625

Si le trouble émane d'un tiers, la garantie n'est due que si ce dernier invoque un droit, antérieur à la vente, qui contredit, en tout ou partie, le droit de propriété de l'acheteur.

Elle n'est pas due quand l'acheteur, au moment de la vente, connaissait le risque d'éviction ou s'il a acheté à ses risques et périls.

Le texte se propose de consacrer la jurisprudence ayant décidé que lorsque le trouble émane d'un tiers, le vendeur garantit les troubles de droit, non les troubles de fait (Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2015, n°14-15.114 ; Bull. I, n°838). Le deuxième alinéa rappelle, en outre, les limites inscrites à l'actuel article 1629 du Code civil.

Article 1626

Les parties peuvent limiter l'étendue de la garantie contre l'éviction d'un tiers, ou en exonérer totalement le vendeur, sauf si ce dernier connaissait, au moment de la vente, l'existence du risque ou s'il s'agit d'un vendeur professionnel.

Est un vendeur professionnel celui qui se livre de manière habituelle à des ventes de biens semblables au bien vendu.

Le premier alinéa du texte rappelle que, contrairement à l'éviction résultant du fait personnel du vendeur, celle résultant du fait d'un tiers n'est pas d'ordre public. Les parties peuvent donc librement prévoir une clause limitative de responsabilité, ainsi qu'en dispose l'actuel article 1627 du Code civil. La jurisprudence a néanmoins posé deux limites à cette liberté, que cet article entend reprendre. Premièrement, le

vendeur qui au moment de la vente avait connaissance du risque ne peut se protéger en invoquant la clause qui limite sa responsabilité (Cass. 1^{re} civ., 21 juin 1967, n°65-11.949 ; Bull. n°231). Deuxièmement, ne saurait non plus se prévaloir d'une telle clause le vendeur professionnel (Cass. 3^e civ., 11 mai 1994, n°92-17.454 ; Bull. III, n°95), dont la définition est donnée par le deuxième alinéa.

Article 1627

Lorsque l'acheteur a été évincé à la suite de l'action d'un tiers faisant valoir son droit, à laquelle le vendeur n'a pas été appelé, celui-ci n'est pas tenu de garantir l'éviction s'il prouve que des moyens suffisants pour rejeter la demande n'ont pas été invoqués par l'acheteur.

L'article 1627 reprend en substance la règle figurant à l'actuel article 1640 du Code civil.

Article 1628

Lorsque l'acheteur n'a pu éviter l'éviction que par le paiement d'une somme d'argent, le vendeur satisfait à son obligation de garantie en lui remboursant cette somme, ainsi que les intérêts et les frais.

La garantie d'éviction oblige le vendeur à indemniser l'acheteur de toutes les conséquences qui pourraient résulter de l'éviction, et même du risque d'éviction. Cette règle entend ainsi consacrer la jurisprudence selon laquelle, lorsque l'acheteur paye une certaine somme dans le but d'échapper à l'éviction, le vendeur est tenu de la lui rembourser intégralement (par exemple : Cass. 3^e civ., 8 oct. 1974, n°73-11.036 et 73-12.464 ; Bull. III, n°344).

Article 1629

Même lorsqu'une clause exonératoire de garantie a été stipulée, le vendeur, en cas d'éviction, est tenu à la restitution du prix perçu augmenté du taux d'intérêt légal à compter du jour de la vente, à moins que l'acquéreur n'ait connu, au moment du contrat, l'existence du risque d'éviction ou qu'il n'ait acheté à ses périls et risques.

Cet article et les suivants précisent les conséquences d'une éviction totale ou partielle de l'acheteur. Ils distinguent selon que la garantie était due ou pas et reprennent le droit positif en l'énonçant de manière plus synthétique et plus claire.

L'article 1629 proposé concerne l'hypothèse où la garantie n'est pas due et reprend l'article 1629 actuel. Par rapport à ce texte, il précise que le prix à restituer doit être augmenté du taux d'intérêt légal à compter du jour de la vente. L'acheteur, créancier du prix, n'a pas à souffrir en effet de la dépréciation qu'a connue la monnaie entre la conclusion de la vente et l'éviction.

Article 1630

Lorsque la garantie est due et que l'acquéreur est évincé, il a le droit de demander au vendeur la restitution de la valeur du bien vendu estimée d'après son état au jour de l'éviction, sans que la somme à acquitter puisse être inférieure au prix qu'il a payé, augmenté du taux d'intérêt légal à compter de la vente.

Toutefois, l'acquéreur peut, aux mêmes conditions, choisir de demander la restitution du prix de vente augmenté du montant des dépenses nécessaires ou utiles.

Article 1631

Si l'éviction ne porte que sur une partie du bien, l'acquéreur a le choix de demander la résiliation de la vente ou de se faire rembourser les sommes à lui dues selon les règles de l'article précédent, appliquées à la portion du bien dont l'acquéreur est évincé.

Article 1632

L'acquéreur évincé a également droit :

1° au remboursement de tous les frais engagés par lui afin de mettre en œuvre la garantie du vendeur et, le cas échéant, de toutes les sommes qu'il a été condamné à verser au propriétaire ;

2° au remboursement des frais et loyaux coûts du contrat ;

3° à des dommages et intérêts en cas de faute du vendeur à l'origine de l'éviction.

La Commission a souhaité rationaliser les dispositions relatives aux sanctions de la garantie d'éviction, qui se trouvent aujourd'hui aux articles 1630 et suivants du Code civil.

L'article 1630 proposé offre ainsi une option à l'acquéreur évincé de la totalité du bien. Il peut choisir de se faire restituer la somme correspondant à la valeur du bien estimée d'après son état au jour de l'éviction. Il est alors prévu que celle-ci ne peut être inférieure au prix de vente augmenté du taux d'intérêt légal (Article 1630 al. 1^{er}). Celui-ci constitue logiquement le minimum dû à l'acheteur afin qu'il ne sorte pas appauvri de l'opération. Ce plancher trouve son intérêt quand le bien s'est déprécié depuis la vente.

Celui-ci peut néanmoins avoir intérêt à se faire rembourser non la valeur du bien mais les dépenses nécessaires ou utiles qu'il a effectuées, c'est-à-dire celles relatives à l'entretien ou à l'amélioration du bien. Ces sommes s'ajouteront alors au prix à restituer (Article 1630 al. 2). L'option proposée trouve son intérêt lorsque le montant des dépenses est supérieur à la plus-value apportée au bien.

En cas d'éviction partielle, les règles sont les mêmes, appliquées à la portion du bien dont l'acquéreur est évincé, sauf si ce dernier préfère demander la résiliation de la vente (article 1631 qui remplace les articles 1636 et 1637).

L'article 1632 proposé reprend, quant à lui, en substance l'actuel article 1630 du Code civil.

[Articles 1633 à 1640 - réservés]

§ 3 - De la garantie des vices du bien vendu

Article 1641

Le vendeur est tenu de garantir l'acheteur des vices du bien qui existent lors de la délivrance.

Le bien vendu est vicié lorsqu'il est impropre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable ou n'est pas conforme aux spécifications du contrat.

En cas de vente d'un bien d'occasion, le bien doit être délivré dans l'état où il se trouvait au moment de la conclusion de la vente.

Le point central de la réforme proposée au sujet de la garantie des vices est l'abandon de la distinction entre défauts de conformité et vices cachés au regard, d'une part, des problèmes conceptuels et procéduraux disproportionnés qu'elle engendre par rapport aux enjeux et, d'autre part de l'anachronisme du régime de la garantie des vices cachés.

C'est pourquoi l'alinéa 2 de l'article 1641 englobe sous le vocable « vice » tant ce qui correspond actuellement à la définition du vice caché que ce qui correspond à un défaut de conformité.

Article 1642

Le vendeur est tenu des vices du bien vendu quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie.

Le vendeur professionnel est présumé, jusqu'à preuve du contraire, connaître ces vices.

Non-conformité et vices cachés étant englobés dans une même notion de « vice », il a fallu déterminer quel régime juridique appliquer à cette notion : le régime actuel de responsabilité des défauts de conformité, celui de la garantie des vices cachés ou un régime hybride ?

La Commission a opté pour la 3^{ème} solution, à savoir reprendre la présomption de connaissance des défauts par le vendeur professionnel, comme c'est le cas aujourd'hui en matière de vices cachés, mais sans retirer aux parties la liberté d'aménager voire d'écarter la garantie, comme c'est le cas en aujourd'hui en matière de défauts de conformité.

Le régime prétorien de la garantie des vices cachés, qui pose une présomption irréfragable de connaissance des vices par le vendeur professionnel et l'interdiction de toute clause aménageant la garantie (sauf si l'acheteur est un professionnel de même spécialité), paraît en effet anachronique alors que la responsabilité du fait des produits défectueux bénéficie à tous, que l'acheteur consommateur est protégé par le Code de la consommation et que les articles 1170 (applicable dans tous les contrats) et 1171 du Code civil ou L. 442-1 du Code de commerce fixent déjà des limites raisonnables à la liberté contractuelle. Par conséquent, pour le reste, rien ne justifie plus d'interdire aux parties de décider ensemble de la répartition des risques du contrat. Après tout, il s'agit juste de déterminer laquelle des deux doit s'assurer.

Par ailleurs, l'Article 1245-14 al. 2 du Code civil, relatif à la responsabilité du fait des produits défectueux, prévoit la validité des clauses stipulées entre professionnels

quant aux dommages causés aux biens. Il devient donc difficile de justifier leur interdiction en cas dysfonctionnements du bien vendu.

Enfin, l'assimilation des défauts de conformité à un vice fait que le vendeur sera en principe tenu quand le bien délivré n'est pas conforme aux spécifications. En effet, en ce cas, il ne peut guère avoir ignoré le hiatus. Or, l'efficacité de la clause exclusive de garantie suppose qu'il n'ait pas connu le vice car ce n'est que « dans ce dernier cas » qu'elle peut jouer.

Article 1643

L'acceptation sans réserve du bien vendu, lors de sa remise à l'acheteur, interdit à celui-ci de se prévaloir des vices apparents.

Les réserves doivent être écrites, motivées et contradictoires. Si elles n'ont pas pu être établies contradictoirement, l'acheteur doit les notifier au vendeur dans un délai de cinq jours ouvrés à compter de la remise du bien.

Consécration de la jurisprudence, avec des précisions importantes sur la forme des réserves (qui doivent être contresignées). La mesure est très protectrice du vendeur qui, si l'acheteur n'est pas vigilant, n'aura pas à garantir les vices apparents. La notification après-coup, dans les cinq jours ouvrés est inspirée des solutions applicables en droit des transports de marchandises (cf. Article L. 133-3, c. com : trois jours ; Article L. 224-65, c. cons., qui porte dans certains cas ce délai à 10 jours). La Commission n'a pas jugé utile de préciser la forme de la notification mais, compte tenu de la rédaction proposée, elle devra au moins se faire par écrit et de manière suffisamment précise. La question s'est posée de savoir si ce délai mériterait d'être allongé à l'égard de certains biens, comme les immeubles.

La portée du premier alinéa reste limitée puisqu'elle s'accompagne d'une définition assez étroite de ce qui est apparent, définition donnée à l'Article 1643-1, al. 1^{er} (« premier examen »).

Article 1643-1

N'est pas apparent un vice qu'un acheteur normalement diligent ne peut pas déceler au premier examen. À cet égard, il est tenu compte de la qualité de profane ou de professionnel de l'acheteur.

L'acheteur professionnel est présumé, jusqu'à preuve contraire, avoir pu déceler le vice.

Le vice peut être apparent dans son principe et demeurer caché à raison de son ampleur ou de ses conséquences.

Le texte reprend les solutions de la jurisprudence.

Article 1643-2

Est professionnel tout vendeur ou tout acheteur qui se livre de manière habituelle à des ventes ou à des achats de biens semblables à celui qui est vendu.

Est assimilé à un vendeur ou un acheteur professionnel toute personne possédant les compétences techniques nécessaires à la connaissance du vice invoqué.

Le texte reprend les solutions de la jurisprudence. La définition du vendeur professionnel reprend en partie celle de l'article 1626.

Dans un régime où était irréfragable la présomption de connaissance du vice attachée à la qualité de vendeur professionnel, la solution consacrée à l'alinéa 2 pouvait paraître bien sévère à l'égard du vendeur occasionnel. Mais dans la mesure où il est proposé de la remplacer par une présomption simple (Article 1642), le problème n'a plus la même acuité.

Article 1644

Conformément aux articles 1217 et suivants, quand le vendeur est tenu à garantie, l'acheteur a le choix de rendre le bien et de se faire restituer le prix ou de garder le bien et de se faire rendre une partie du prix ou de demander la mise en conformité du bien.

Ce choix n'a pas à être justifié auprès du vendeur.

Le vendeur ne peut pas imposer à l'acheteur de procéder à la mise en conformité.

Cette disposition était nécessaire pour spécifier les droits de l'acheteur en cas de vice. Certes, l'action rédhibitoire et l'action estimatoire ne sont désormais que des applications du nouveau droit commun des sanctions contractuelles (résolution pour la première, réfaction du prix de l'article 1223 pour la seconde), mais il fallait affirmer la plénitude de la liberté de l'acheteur, qui n'a pas à justifier son choix auprès du vendeur. D'où également l'alinéa 3.

Par ailleurs, la référence faite aux articles 1217 et suivants du Code civil permet de soumettre l'action rédhibitoire à la condition de gravité du défaut de conformité.

Article 1645

Si le vendeur connaissait les vices affectant le bien, il est tenu en outre d'indemniser l'acheteur pour le dommage subi, conformément aux articles 1231 et suivants.

Cet article permet de mettre fin aux doutes nés d'une jurisprudence fluctuante sur la question de la nature de l'actuel article 1645 du Code civil : simple renvoi au droit commun ou règle spécifique d'indemnisation ? La première solution s'impose d'autant plus qu'il a été choisi de gommer en grande partie la spécificité du régime de la garantie de vices cachés. Le droit commun auquel il est ici renvoyé est celui des articles 1231 et suivants du Code civil sur la responsabilité contractuelle. Mais de manière plus spécifique, il s'agit surtout de l'article 1231-3, qui écarte le jeu des clauses limitatives ou élusives de réparation en cas de faute lourde ou dolosive du débiteur (le vendeur ici) et répare tout le dommage causé, même lorsqu'il ne pouvait être prévu lors de la formation du contrat.

La réparation envisagée ici peut porter aussi bien sur les dommages matériels que sur les dommages corporels provoqués par le vice affectant le bien vendu. Les dispositions des articles 1245 du Code civil sur la responsabilité du fait des produits

défectueux n'ont pas lieu d'interférer avec celles du présent article dans la mesure où, comme l'a décidé la Cour de justice de l'Union européenne, le fondement de l'action en indemnisation n'est pas le même : défaut du produit dans le cas des articles 1245 et suivants ; faute du vendeur, ici.

[Articles 1646 et 1647 - réservés]

Article 1648

L'action résultant des vices se prescrit par deux ans.

Ce délai commence à courir à compter du moment où l'acheteur a découvert ou aurait dû découvrir le vice, **sans que l'action puisse être exercée au-delà du délai fixé à l'article 2232.**

Toute clause contraire est réputée non écrite.

Rédaction alternative :

Article 1648. - L'action résultant des vices se prescrit par deux ans.

Ce délai commence à courir à compter du moment où l'acheteur a découvert ou aurait dû découvrir le vice, sans que l'action puisse être exercée plus de dix ans après la délivrance.

Toute clause contraire est réputée non écrite.

Le principe de la prescription biennale, déjà admis par les dispositions en vigueur, n'a pas été remis en cause, d'autant qu'il n'y a pas de raison particulière de maintenir, comme dans le droit actuel, un délai plus long pour les défauts de conformité que pour les vices cachés. En revanche, la jurisprudence récente sur l'application du délai-butoir de l'article 2232 du Code civil a conduit la Commission à s'interroger sur la nécessité de consacrer ou non pareille solution. De fait, la question de la fixation d'un délai-butoir n'est pas sans intérêt puisque le délai de deux ans ne commence à courir qu'à compter du jour où l'acquéreur a découvert le vice, ce qui peut souvent advenir plus de deux ans à compter de la date de conclusion du contrat. Certes, mais quel délai-butoir ?

La Commission est restée divisée jusqu'au bout. Si une faible majorité a souhaité suivre la jurisprudence et recourir au délai-butoir de l'article 2232, une minorité s'y est opposée, faisant notamment valoir qu'il n'y avait pas de raison d'avoir un délai plus long qu'en matière de responsabilité du fait défectueux. En outre, l'application de l'article 2232 dans un cas où il n'est question ni de suspension, ni d'interruption ni de report du point de départ du délai, a paru discutable.

C'est la raison pour laquelle, il a été proposé une rédaction alternative, avec un délai-butoir sui generis de 10 ans à compter de la vente, ce qui est déjà beaucoup, mais offre l'avantage de se calquer sur le délai-butoir de dix ans admis dans la matière voisine de la responsabilité du fait des produits défectueux (Article 1245-15, C. civ.).

L'interdiction faite aux parties de modifier le point de départ du délai répond à un souci d'équilibre entre les intérêts du vendeur et ceux de l'acheteur. Au regard des règles actuelles du Code civil, l'avant-projet responsabilise, en effet, considérablement l'acheteur, étant précisé que le code de la consommation voire le code de commerce (ex. : Article L. 442-1 s.) ou même d'autres régimes (C. civ., Article

1245 s.) ont relayé l'œuvre prétorienne initialement élaborée en l'absence de ces dispositifs spéciaux. En particulier, l'avant-projet a adopté une définition large de l'acheteur professionnel à même d'identifier les vices apparents (cf. supra Article 1643-2) tandis que tout acheteur doit dénoncer les vices apparents, sauf à perdre la garantie les concernant. De même, la liberté contractuelle a regagné du terrain en droit commun de la garantie des vices, même si c'est sous l'œil vigilant des droits spéciaux. Cet ensemble justifie qu'il ne soit pas permis au vendeur de réduire de facto le délai de prescription en avançant son point de départ, quand bien même le contrat serait négocié et conclu entre des parties vigilantes.

Article 1649

La garantie des vices du bien vendu n'a pas lieu dans les ventes faites par autorité de justice.

C'est la reprise de l'actuel article 1649 du Code civil.

Article 1650

Le cas échéant, l'existence d'un vice ne fait pas obstacle au droit de l'acheteur d'agir en nullité du contrat pour vice du consentement.

Cet article permet de mettre fin aux doutes nés d'une jurisprudence fluctuante sur la question du cumul entre l'action en garantie des vices cachés et les actions fondées sur un vice du consentement. La jurisprudence admet le cumul des secondes avec l'action en délivrance conforme ; comme la spécificité du régime de la garantie de vices cachés ne se justifie plus, il a paru naturel d'admettre également le cumul avec la première. L'action en nullité devrait certes permettre de contourner les clauses limitatives de garantie mais c'est la conséquence logique du cumul de qualifications.

Sous-section 3 - Des obligations de l'acheteur

Article 1651

L'acheteur a deux obligations essentielles, celle de payer le prix et celle de retirer le bien.

L'article 1651 comble une carence de l'actuel article 1650 du Code civil, qui se borne à préciser que l'obligation de payer le prix est l'obligation essentielle de l'acheteur, et passe sous silence l'autre obligation à laquelle l'acheteur est tenu, à savoir l'obligation de retraitement.

Article 1652

Il doit également l'intérêt du prix de la vente jusqu'au paiement du principal, soit s'il en a été convenu ainsi lors de la vente, soit si le bien vendu et livré a produit des fruits.

Reprise de l'actuel article 1652 du Code civil.

Article 1653

Les frais de retirement sont à la charge de l'acheteur.

L'obligation de retirement étant à la charge de l'acheteur, il doit également supporter le coût de ce retirement, sauf stipulation contraire. C'est le pendant de l'article 1622.

Article 1654

L'acheteur est fondé à ne pas retirer le bien si celui-ci est affecté d'un vice apparent.

Il est de jurisprudence constante que l'acheteur peut toujours refuser le retirement si le bien n'est pas conforme à celui qui était prévu dans le contrat. Le texte prévoit d'appliquer cette règle à tout vice tel que défini à l'article 1641 al. 2.

Article 1655

Les obligations de l'acheteur doivent être exécutées au lieu et au moment convenus par les parties.

Dans le silence du contrat, elles doivent être exécutées au lieu et au moment de la délivrance, après l'exécution de celle-ci.

La fin du 2^e alinéa a pour objet de mettre fin à la difficulté résultant de la combinaison actuelle des articles 1612 et 1651. Il reprend la solution retenue en jurisprudence.

Article 1656

En matière de vente de biens périssables, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement.

Cette disposition reprend les termes de l'actuel article 1657, en restreignant son champ au seul domaine des biens périssables. Pour eux seuls, en effet, il est nécessaire d'accorder pareille prérogative au vendeur. Une autre solution aurait consisté à étendre le champ d'application de la règle à toutes les ventes mobilières, au motif que, si le vendeur entend résoudre, c'est parce qu'il a trouvé un meilleur emploi au bien. Entre la passivité de l'acquéreur et la réactivité du vendeur, l'impératif économique d'une gestion optimale des biens conduit à donner gain de cause au second.

La résiliation opère de plein droit, mais le vendeur peut toujours renoncer à se prévaloir de cette disposition.

CHAPITRE II - Dispositions propres à certaines ventes

Parmi les ventes particulières, la Commission propose de retirer du Code civil les ventes d'immeubles à construire (articles 1601-1 et suivants) et de l'insérer entièrement dans le Code de la construction et de l'habitation. Cela permettrait de mettre fin à la dualité actuelle de codification, qui paraît inopportune.

La Commission suggère également d'insérer les dispositions relatives à la cession de droits successifs (articles 1696 et suivants actuels) après l'article 815-18 du Code civil, dans une section V du chapitre consacré à l'indivision. En conséquence, elle n'a pas suggéré de dispositions nouvelles réglant cette matière.

Section I - Des ventes d'immeubles

Sous-section 1 - Des promesses de vendre ou d'acheter

Article 1657

Est nulle, de nullité relative, toute offre ou toute promesse unilatérale d'achat souscrite en vue de l'acquisition d'un bien ou d'un droit immobilier pour lequel il est exigé ou reçu de celui qui s'engage un versement, quelle qu'en soit la cause et la forme.

En pareil cas, le bénéficiaire de la promesse est tenu de restituer au promettant le double du versement exigé ou reçu.

Le premier alinéa de cette disposition reprend en substance la règle inscrite à l'actuel article 1589-1 du Code civil. La rédaction proposée apporte néanmoins deux précisions : d'une part, que la nullité encourue est relative ; d'autre part, que l'« engagement unilatéral » visé à l'article actuel consiste soit en une offre soit en une promesse unilatérale d'achat.

L'article 1589-1 actuel a été pensé pour éradiquer la pratique par laquelle les professionnels de l'immobilier faisaient signer des offres aux candidats acquéreurs, en demandant le versement d'une somme d'argent en garantie du sérieux de l'engagement, pour privilégier le plus généreux. Dans cette logique, le deuxième alinéa du texte proposé, inspiré du projet Capitant, ajoute une sanction qui vise, par sa sévérité, à donner à la règle un caractère dissuasif.

Par ailleurs, la Commission propose d'abroger l'actuel article 1589-2.

Historiquement, le formalisme fiscal qu'il prévoit a été imposé par la loi de finances n° 63-1241 du 19 décembre 1963, pour lutter contre les cessions occultes des promesses unilatérales. Il a été souligné par le Conseil supérieur du notariat et la Chancellerie que la raison d'être de l'enregistrement des promesses unilatérales et de leur cession a en grande partie disparu.

Par ailleurs, la Cour de cassation elle-même s'est efforcée de contourner cette disposition en jugeant qu'une substitution n'est pas une cession de contrat, de sorte qu'en pratique les promesses de vente circulent bien mais sans se trouver soumises aux formes de la cession. C'est du reste le principal enjeu de la discussion théorique entre cession et substitution.

Article 1658

La promesse synallagmatique de vente d'immeuble doit être réitérée devant notaire dans un délai d'un an à compter de sa conclusion, sauf autre délai convenu entre les parties. A défaut, et en l'absence de demande en justice visant à faire constater la vente, elle est caduque.

Cette disposition vise à régler une difficulté pratique liée au régime d'opposabilité propre aux mutations immobilières. Cette difficulté est posée par les actes passés sous seing privé puis qui restent lettre morte. Parce que la vente immobilière est consensuelle, elle est valable inter partes alors même qu'elle n'est pas opposable aux titulaires de droits concurrents. Par conséquent, si les deux parties se désintéressent de l'affaire et ne poursuivent pas le processus menant à la publication de l'acte, on se trouve face à un bien au statut équivoque. Or, la situation peut durer, soit de manière accidentelle, comme quand l'une des parties disparaît ou décède, soit parce qu'une partie peut ne pas souhaiter poursuivre l'autre. Le mutus dissensus pourrait, d'après la jurisprudence, se concevoir, mais encore faut-il que l'un fasse la démarche et que l'autre accepte de l'accompagner gracieusement. Plutôt que de contraindre à aller en justice ou de laisser un statu quo dans l'entre-deux, la Commission a pensé sage d'adopter une suggestion des praticiens et de permettre à ce bien de sortir automatiquement des limbes si les parties l'y ont laissé plus d'un an. Ce délai d'inertie montre le désintérêt mutuel des parties pour la poursuite de l'opération. La vente sous seing privé sera alors caduque et le bien pourra être remis sur le marché avec un statut juridique clair. L'intervention du notaire n'en sort pas renforcée, puisque celle-ci est de toute manière déjà nécessaire, mais un problème pratique se trouve commodément réglé.

Autre est la suggestion d'introduire la solennisation des ventes d'immeubles. Dans la mesure où les pouvoirs publics imposent l'intervention du notaire pour éclairer les parties sur le statut juridique et technique de l'immeuble comme sur les conséquences de l'acte, il serait, certes, logique de situer cette intervention en amont du consentement plutôt qu'en aval. La Commission n'a pas souhaité s'avancer sur cette question à ce stade, car elle sera largement débattue lors du prochain congrès des notaires.

[Articles 1659 à 1672 - réservés]

Sous-section 2 - De la rescision pour cause de lésion

Article 1673

La rescision pour cause de lésion est admise dans les ventes d'immeubles, en faveur du seul vendeur, selon les règles fixées ci-après.

Article 1674

Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il peut demander la rescision de la vente, nonobstant toute clause contraire.

Simple reprise des dispositions actuelles, dans un style plus sobre.

Article 1675

La lésion de plus de sept douzièmes s'apprécie suivant l'état et la valeur de l'immeuble au moment de la conclusion de la vente.

En cas de promesse synallagmatique de vente conclue sous condition suspensive, la lésion s'apprécie au jour de la réalisation de la condition. Toute clause contraire est réputée non écrite.

L'alinéa 1^{er} est la reprise de l'article actuel dont la règle s'explique par la volonté de protéger le vendeur contre l'érosion monétaire.

Dans la même logique, en cas de promesse synallagmatique avec condition suspensive, hypothèse qui nourrit le contentieux, il a été prévu à l'alinéa 2 que la lésion s'apprécie au jour de la réalisation de la condition. Il s'agit de briser la jurisprudence qui, sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016, lorsque la rétroactivité de la condition était le principe, décidait que c'était au moment de la formation du contrat (rencontre des volontés sur le bien et le prix) et non lors de la réalisation de la condition suspensive, qu'il fallait se placer pour apprécier la lésion (Cass. 3^e civ., 30 mars 2011, n°10-13.756, Bull. civ. III, n° 55).

L'objectif poursuivi explique également que la clause contraire soit prohibée, alors même que l'article 1304-6 al. 1^{er} du Code civil, issu de l'ordonnance précitée, n'est pas d'ordre public. L'importance économique de la matière et les rapports de force potentiellement déséquilibrés entre un vendeur non professionnel et un acheteur professionnel justifient cette interdiction.

Notons qu'il n'a pas été jugé utile de rappeler qu'en cas de promesse unilatérale de vente, la lésion s'apprécie au jour de la levée de l'option par le bénéficiaire : ce n'est que l'application du principe énoncé à l'alinéa 1^{er}.

Article 1676

La demande n'est recevable que dans les deux années qui courent à compter du jour de la vente.

En cas de promesse synallagmatique de vente, le jour de la vente est déterminé conformément aux dispositions de l'article 1675.

Ce délai court et n'est pas suspendu pendant la durée stipulée pour le pacte de rachat.

Les alinéa 1^{er} et 3 sont la reprise de l'article 1676 du Code civil. L'alinéa 2 fait écho à la règle édictée à l'article précédent sur l'impérativité de la non-rétroactivité de la condition suspensive en matière de promesse synallagmatique.

Les articles 1677 à 1680 actuels du Code civil ne sont pas repris. La défaveur particulière qu'ils expriment à l'égard de l'action pour lésion semble en effet datée, alors que, par ailleurs, ces dispositions compliquent inutilement la procédure. La preuve de la lésion devra alors être rapportée dans les conditions du droit commun de la preuve ce qui permettra également de diminuer le coût du procès.

Article 1677

S'il y a plusieurs vendeurs, l'action ne peut être intentée qu'à l'unanimité, à moins que l'acheteur ne soit l'un d'eux.

La règle posée par ce texte est l'inverse de celle retenue en droit positif.

Si ce nouveau principe d'indivisibilité de l'action en présence de plusieurs vendeurs est moins favorable au covendeur lésé que le principe actuel de divisibilité, il présente néanmoins l'avantage d'une plus grande simplicité. Il évite de manière générale la création d'une indivision entre l'acquéreur et ceux des covendeurs ayant agi avec succès. En favorisant la rescision totale plutôt que partielle, il est plus propice en pratique à la remise de l'acquéreur en l'état antérieur à la vente. La seule exception ménagée par le texte proposé (cas où l'acheteur est l'un des covendeurs) répond à une nécessité logique (on ne peut être vendeur et acheteur en même temps). Aussi aboutit-elle seulement à déplacer la question. Il paraît en effet légitime de maintenir la règle de l'unanimité entre les seuls vendeurs, s'ils sont encore plusieurs.

Article 1678

Dans le cas où l'action en rescision est admise, l'acheteur a le choix ou de rendre l'immeuble en reprenant le prix qu'il en a payé ou de le garder en payant le complément du juste prix.

Le sous-acquéreur a la même faculté, sans préjudice de son action en garantie contre son vendeur.

Reprise de l'actuel article 1681.

L'alinéa 2 corrige cependant cette disposition en restreignant l'extension de l'option au seul sous-acquéreur plutôt qu'à tout « tiers possesseur ». Seul le sous-acquéreur mérite vraiment de se voir offrir la possibilité de conserver le bien acquis moyennant le versement du complément du juste prix.

Article 1679

Le complément du juste prix est égal au coefficient de lésion calculé au jour de la vente et rapporté à la valeur de l'immeuble appréciée au jour du jugement définitif, sous déduction du dixième du prix total.

Il produit intérêts à compter du jour où le jugement est devenu exécutoire.

L'alinéa 1 consacre le système de la dette de valeur, retenu par la jurisprudence.

L'alinéa 2 rompt avec les actuelles dispositions de l'article 1682, al. 1, qui dispose que si l'acquéreur préfère garder la chose en fournissant le supplément du prix, il doit l'intérêt du supplément, du jour de la demande en rescision. Le texte propose de ne faire courir les intérêts que du jour où le jugement est devenu exécutoire. Cela permet d'éviter que le vendeur ne soit favorisé à l'excès, cumulant la revalorisation de l'immeuble et l'application du taux d'intérêt légal qui a lui aussi pour objet de compenser les effets de l'érosion monétaire.

Article 1680

Si l'acheteur préfère rendre le bien et recevoir le prix, il rend les fruits du jour de la demande.

L'intérêt du prix qu'il a payé lui est aussi compté du jour de la demande, ou du jour du paiement, s'il n'a touché aucun fruit.

Reprise de l'actuel article 1682 al. 2 et al. 3.

Article 1681

La lésion n'est sanctionnée ni dans les ventes aléatoires ni dans les ventes faites par autorité de justice.

Reprise de l'actuel article 1684 et de la jurisprudence en matière de contrats aléatoires (depuis Cass. req. 6 mai 1946, D. 1946. 287).

Sous-section 3 - De la garantie de contenance

Les articles 1682 et suivants proposés reprennent les articles 1616 et suivants en les synthétisant, en les améliorant parfois et toujours en simplifiant leur rédaction.

Article 1682

Le vendeur est tenu de délivrer la contenance de l'immeuble telle qu'elle est portée au contrat, sous les modifications ci-après exprimées.

Article 1683

Si la vente d'un immeuble a été faite avec indication de la contenance, à raison de tant la mesure, et si le vendeur ne peut délivrer à l'acquéreur la quantité indiquée au contrat, il est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix à moins que n'ait été stipulée aux mêmes fins l'application d'une clause pénale.

Il en est de même lorsque l'acquéreur n'exige pas la délivrance de la quantité convenue.

Article 1683-1

Si, au contraire, dans le cas de l'article précédent, il se trouve une contenance plus grande que celle exprimée au contrat, l'acquéreur a le choix de fournir le supplément du prix, avec les intérêts à compter de la vente s'il a gardé l'immeuble, ou de résoudre le contrat si l'excédent est d'un vingtième au-dessus de la contenance déclarée.

Article 1683-2

Dans les autres ventes faites moyennant l'indication d'une mesure, l'expression de celle-ci ne donne lieu, en faveur de l'acquéreur, à une diminution proportionnelle du prix qu'autant que la différence de la mesure réelle à celle exprimée au contrat est d'un vingtième en moins, eu égard à la valeur de la totalité des objets vendus, sauf disposition légale ou stipulation contraires.

Article 1683-3

S'il a été vendu deux fonds par le même contrat, et pour un seul et même prix, avec désignation de la mesure de chacun, et qu'il se trouve moins de contenance en l'un et plus en l'autre, on fait compensation jusqu'à due concurrence ; et l'action, soit en supplément, soit en diminution du prix, a lieu suivant les règles établies aux articles précédents.

Article 1684

Dans tous les cas où l'acquéreur a le droit de se désister du contrat, le vendeur est tenu de lui restituer, outre le prix, s'il l'a reçu, les frais de ce contrat.

Article 1685

L'action en supplément du prix de la part du vendeur, et celle en diminution de prix ou en résolution du contrat de la part de l'acheteur doit être intentée dans l'année, à compter du jour du contrat, à peine de forclusion.

Section II - De la cession de droits litigieux

Il est proposé ici de supprimer les actuels articles 1689 (modalité de la délivrance, énoncée également à l'article 1607), 1690 et 1691 (opposabilité aux tiers et au débiteur cédé), ainsi que l'actuel article 1693 (garantie d'existence du droit cédé, par ailleurs prévue également à l'Article 1326 al. 1^{er}), qui n'ont pas été abrogés par l'ordonnance de 2016. Leur maintien pour des droits incorporels autres que des créances n'a pas emporté la conviction, des dispositions très spéciales existant par ailleurs pour différentes catégories de droits incorporels.

Ainsi, l'Article 1689 prévoit que la délivrance du droit prend la forme de la remise du titre. En droit commun de la vente, aucune précision de ce type n'a été prévue. Il est alors paru inutile de maintenir cette mention alors que la délivrance peut prendre, comme en matière de vente, la forme de la mise à disposition du bien par le cédant puisqu'il transmet certaines prérogatives au cessionnaire. C'est d'ailleurs vraisemblablement ce que signifie l'actuel article 1607 qui prévoit que « La tradition des droits incorporels se fait, (...) par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur ».

L'Article 1690 prévoit que l'opposabilité de la cession aux tiers suppose sa signification « au débiteur. » Or cette règle ne peut être reprise en l'absence de débiteur cédé. Par ailleurs, l'article 1323 al. 2 ne prévoit aucune condition à l'opposabilité de la cession de créance aux tiers, protégeant ces derniers en imposant au cessionnaire d'apporter la preuve de la date de la cession ce qu'il peut faire par tous moyens. En cela, il déroge à l'article 1377 CC qui est l'article de droit commun sur l'opposabilité de la date des actes sous seing privé et qui est nettement plus sévère pour les contractants. La question est alors de savoir laquelle des deux règles reprendre. Mais à partir du moment où la vente ne déroge pas au droit commun, pourquoi faudrait-il le prévoir pour la cession d'autres droits réels ?

De son côté, l'article 1691, relatif à l'opposabilité de la cession au débiteur, paraît sans objet.

Enfin, l'article 1693, relatif à la garantie de l'existence du droit, est en même temps plus précis et moins précis que l'article 1326 al. 1^{er} : plus précis car il spécifie que le droit doit exister au moment du transfert de propriété ; moins précis car il ne réserve aucune exception. Un texte ne semble pas utile pour autant car les dispositions du droit commun de la vente sur la garantie contre l'éviction suffisent à régler cette hypothèse.

Seuls subsistent donc les textes relatifs aux cessions de droits litigieux. Les articles proposés ne modifient pas le droit positif : ils sont le fruit et des textes actuels à la rédaction modernisée et de la codification de la jurisprudence en la matière.

Article 1686

En cas de cession d'un droit litigieux, le débiteur peut exercer un droit de retrait auprès du cessionnaire en lui remboursant le prix de la cession avec les frais et loyaux coûts et les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix.

Reprise de l'actuel article 1699 du Code civil.

Article 1687

Un droit est litigieux dès lors que, au moment de sa cession et de l'exercice du droit de retrait par le débiteur, il y a procès sur le fond du droit.

Il n'est pas litigieux si le litige ne porte que sur un ou plusieurs de ses accessoires.

Cette disposition reprend la règle posée à l'actuel article 1700 du Code civil, telle que précisée par la jurisprudence.

Article 1688

Le droit de retrait ne peut être exercé par le débiteur cédé que s'il est défendeur à l'action ayant rendu litigieux le droit cédé.

Il s'agit de la solution de la jurisprudence dont la formulation – inadaptée à la cession de droits personnels – n'a cependant pas été reprise telle quelle.

Article 1689

Une cession globale de droits litigieux ne fait pas obstacle à l'exercice du droit de retrait à l'égard d'un droit qui y est inclus, à condition que son prix soit déterminable.

Cette disposition entend codifier la jurisprudence selon laquelle une cession en bloc d'un grand nombre de droits et créances ne fait pas obstacle à l'exercice du retrait litigieux à l'égard d'une seule de ces créances, pour autant que son prix puisse être déterminé (Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2007, n°06-16.746).

Article 1690

Si le droit litigieux est l'accessoire d'un droit principal, il ne peut faire l'objet d'un droit de retrait.

Cette disposition entend codifier la jurisprudence selon laquelle le retrait litigieux est impossible lorsque le droit litigieux est inséparable d'un droit principal dont il constitue l'accessoire (Cass. 3^e civ., 31 mai 1978, n°77-20.007, Bull. III, n°231).

Article 1691

Le droit de retrait ne peut être exercé lorsque la cession est faite à un créancier en paiement de ce qui lui est dû, ou à un cohéritier ou un copropriétaire du droit litigieux, ou encore au possesseur du bien qui est l'objet du droit cédé.

Cette disposition reprend la règle posée à l'actuel article 1701 du Code civil.

Article 1692

Les magistrats, les greffiers, les huissiers, les avocats ainsi que les notaires ne peuvent devenir cessionnaires de droits, objets d'un litige né ou à naître, qui ressortissent de la compétence d'un tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité absolue de la cession.

Cette disposition reprend en substance la règle aujourd'hui posée à l'article 1597 du Code civil.

Article 1693 à 1701 – réservés

TITRE VII - DE L'ÉCHANGE

Article 1702

L'échange est le contrat par lequel les parties cèdent la propriété d'un bien pour un autre ou la propriété d'un bien contre une prestation de service.

La stipulation d'une soulte n'exclut pas la qualification d'échange, pour autant qu'elle n'excède pas la moitié de la valeur du bien ou du service fourni par son débiteur, telle qu'elle peut être estimée à dire d'expert.

Depuis 1804, le contrat d'échange est défini à l'article 1702 comme le transfert de la propriété d'un bien contre celle d'un autre bien. La Commission a décidé de faire entrer dans le contrat d'échange le transfert de la propriété d'un bien contre un service. L'échange réciproque de deux services relèvera en revanche de la qualification de contrat d'entreprise.

En cohérence avec ce que prévoit l'article 1582 al. 2, proposé plus haut, il convient, pour que le contrat soit un échange et non une vente, que le montant de la soulte n'excède pas la moitié de la valeur du bien fourni ou du service rendu.

Article 1703

La rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange.

Toutes les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent à l'échange en tant que de raison.

Pareillement, les règles prescrites en matière d'entreprise s'appliquent à la prestation de service dont l'échange peut s'assortir.

Le premier alinéa reprend la règle énoncée à l'actuel article 1706, et le deuxième alinéa celle de l'actuel article 1707 du Code civil. Le troisième alinéa concerne spécifiquement le cas de l'échange d'un bien contre un service, et précise qu'en ce cas les règles relatives au contrat d'entreprise trouveront à s'appliquer à l'échange.

L'exclusion de la lésion trouve son fondement dans la subjectivité renforcée dont se teinte l'échange. Le droit français, comme la plupart des droits d'économie de marché, reflète l'idée que la valeur d'échange d'un bien est subjective : un bien vaut ce que l'acheteur consent à en donner à la satisfaction du vendeur (cf. actuel Article 1108 : « qui est regardé comme l'équivalent »). Cette idée, alliée à la nécessité pratique de ne pas fragiliser la généralité des ventes, explique le refoulement de principe de la lésion. Toutefois, dans une vente, le vendeur reçoit une contrepartie monétaire qui a, au moins sur l'instant, une valeur absolument objective : la monnaie. La vente réalise donc une commutation entre une valeur subjective et une valeur objective.

Dans l'échange, les deux valeurs sont subjectives. Cette subjectivité renforcée appelle logiquement un refoulement plus grand de la lésion, quand bien même la nécessité pratique d'écarter ici la lésion paraît mineure car les échanges sont infiniment moins nombreux que les ventes, de sorte que la possibilité de les remettre en question pour cause de lésion dérangerait peu le commerce.

Pour le dire autrement, la vente d'un bien est, pour le vendeur, une façon d'en liquider la valeur : il sait exactement la valeur qu'il obtient et sait qu'il pourra affecter cette valeur à l'emploi qui lui chante. Dans l'échange, il y a une prise de risque quant à la valeur liquidative de ce qu'on reçoit. L'exclusion de la lésion manifeste cette prise de risque, comme le manifeste la règle excluant que l'acheteur (i.e. celui qui reçoit la chose) puisse agir en rescision (il a pris son risque) ou le fait que la disproportion de valeur soit neutre en matière de dation en paiement (v. F. Bicheron, La dation en paiement, thèse Paris 2, n° 467 s., qui critique l'idée d'y admettre la lésion). Elle devrait sans doute aussi être exclue en matière d'apport en société, et le problème ne se pose sans doute pas quand il y a un commissaire aux apports. Plus généralement, l'exclusion dont il s'agit s'apparente à l'idée que l'aléa chasse la lésion.

Cette position justifierait peut-être d'exclure aussi du champ des dispositifs donnant un écho à l'idée de lésion (C. com., Article L. 442-1, par exemple) les opérations où un bien est cédé en contrepartie d'un service.

Articles 1704 à 1708 réservés

Le contrat de location

PRÉSENTATION

Rédigées en contemplation d'une France rurale et modelées sur la matière immobilière, les dispositions que le Code civil de 1804 consacre au bail ont considérablement vieilli. Des législations spéciales les ont d'ailleurs peu à peu vidées de leur substance.

L'avant-projet modernise la matière en ouvrant le régime du contrat de location, aussi appelé bail, aux biens mobiliers comme aux choses incorporelles (voir avant-projet, Article 1712). Au plan terminologique, la Commission a finalement choisi de conserver le terme de « chose » plutôt que celui de « bien » pour désigner ce sur quoi portait la location. La première raison tient au respect de la tradition. Non pas tant par sentiment que parce que l'usage de ce mot n'a jamais soulevé de difficultés majeures, et qu'il est sage de conserver un concept paisible plutôt que d'en employer un neuf sans nécessité établie. La seconde raison est que le terme de bien renvoie à l'univers de ce sur quoi un droit réel s'exerce ou, du moins, qui figure à l'actif d'un patrimoine. Or, autant la vente s'accorde à un tel concept car elle suppose une propriété, dont elle organise le transfert, autant le bail peut concerner des choses non appropriées car il ne fait naître qu'un droit personnel. Face à une convention organisant la mise à disposition de données, on pourrait parler de location mais la « donnée » n'est pas d'évidence susceptible d'un droit réel. De même, la jouissance d'une autorisation administrative (une Licence IV, par exemple) peut être procurée via un bail, mais est-ce un « bien » ? Le fait de réserver le bail à la jouissance d'un bien aurait pu donner lieu à débat sur l'application des textes à de telles choses. Il n'a pas paru utile de le susciter, de sorte que le bail conserve vocation à s'appliquer à des objets d'une immense variété.

En dépit de cette diversité, l'opération reste toujours la même : procurer temporairement et à titre onéreux les utilités d'une chose ; ce qui explique que le locataire en fasse les fruits siens. Tenant compte de la possible complexité des contrats dont le bail est l'épine dorsale, un article général indique que le régime des prestations annexes se distribue selon leur nature. L'avant-projet dote ainsi les contrats de location de règles communes (chap. 1), tout en réservant l'originalité du bail d'immeuble (chap. 2).

Les dispositions communes à toutes les locations traitent de la formation du contrat (section 1), de ses effets (section 2) et de sa fin (section 3).

Les articles 1713 à 1716, consacrés à la formation du contrat, rappellent le caractère consensuel du contrat, l'exigence d'un loyer déterminé ou déterminable. Le bail peut donc être verbal, mais les règles particulières de preuve du Code Napoléon à ce sujet sont supprimées dans l'avant-projet. D'autres sont à l'inverse ajoutées, pour régler la preuve de l'état du bien loué (Article 1722) ; question d'une importance pratique considérable.

Les articles 1719 à 1729 portent sur les obligations du bailleur. Ils apportent de nombreuses précisions, notamment, sur l'importance de la rédaction d'un état du bien en début de contrat ou sur les garanties dues par le bailleur, notamment du fait des tiers quand il a la possibilité de les faire cesser. En revanche, l'idée de consacrer une obligation de sécurité a été repoussée, pour les mêmes raisons qu'en matière de vente.

Les articles 1730 à 1735 visent les obligations du locataire. L'obligation de restitution est expressément consacrée, aux côtés de l'obligation de payer le loyer, et de celle de jouir en personne raisonnable. Au terme de longs débats sur la nature de la garantie des vices cachés dans le bail, sur les frontières de l'obligation d'entretien rapportée à l'obligation de délivrance, il a été choisi de maintenir ces trois obligations, mais d'en préciser l'articulation.

Les articles 1736 à 1739 sont consacrés aux hypothèses de cession du contrat, de sous-location et de cession de la chose louée. Les effets de la sous-location n'ayant pu faire l'objet d'un consensus entre les membres de la commission, la proposition majoritaire est présentée avec une autre, à titre d'option ouverte à la réflexion. L'avant-projet suggère que la cession de contrat déroge au droit commun, de façon à éviter que le locataire cédant réponde par principe des obligations de son remplaçant. Enfin, l'avant-projet prévoit la généralisation de l'actuel article 1743 du Code civil à tous les contrats de location, tout en évitant, par principe là encore, que le cédant – ici le bailleur – doive répondre des obligations de qui lui succède dans les liens du bail (voir Article 1739). La cession des baux s'en trouve facilitée, ce qui paraît opportun pour des contrats dont la circulation est, dans le cours ordinaire des choses, tendue vers l'optimisation de l'exploitation du bien.

Les articles 1740 à 1743 portent sur la fin du contrat, qui peut survenir par l'arrivée du terme, par la délivrance d'un congé en cas de contrat à durée indéterminée ou par la perte de la chose louée, à laquelle se trouve assimilée l'impossibilité définitive d'en jouir conformément à sa destination.

Les dispositions propres aux locations d'immeubles ont vocation à s'appliquer, à défaut de précision, à tous les baux immobiliers, indépendamment des différents statuts locatifs existants. Classiquement, elles portent notamment sur les pertes causées par des personnes que le locataire a introduites dans les lieux, ou encore sur l'incendie. Après avis de l'institut d'études juridiques du Conseil supérieur du Notariat, l'obligation de garnissement est, en revanche, abandonnée comme désuète.

Des dispositions explicitent la situation des époux ou des partenaires d'un pacte civil de solidarité en cas de séparation ou de décès.

Confirmant la jurisprudence, l'article 1753 précise la règle selon laquelle le bailleur peut exercer la même activité économique que son locataire dans l'immeuble loué.

Jean-Baptiste SEUBE, Philippe STOFFEL-MUNCK et Pierre-Yves GAUTIER.

TEXTES

TITRE VIII – DU CONTRAT DE LOCATION

Article 1709

La location, aussi dénommée bail, est le contrat par lequel le bailleur met une chose à disposition du locataire, **afin qu'il puisse en jouir**, pendant un certain temps et moyennant un certain loyer.

L'article 1709, qui a conservé son numéro, définit le contrat de location.

Les choix sémantiques opérés (« location », « bail », « bailleur », « locataires ») illustrent la volonté de la Commission de montrer que ce contrat n'est pas cantonné à la matière immobilière : les termes de « preneur » et de « loueur » n'ont pas été retenus étant, pour l'un, trop connoté par la matière immobilière et faisant, pour l'autre, trop référence à la profession exercée (loueur de voitures, loueur de costumes...). Comme la Commission Capitant, les appellations de « bail » et de « location », familières aux juristes, ont été conservées.

L'article fait référence aux éléments essentiels du contrat : une chose mise à disposition, un certain temps et un certain loyer. De longs débats ont porté sur l'emploi du mot « bien » ou « chose » et la Commission a varié sur ce point, d'autant que la terminologie juridique n'est pas arrêtée nettement en la matière. La réforme du droit des biens pourrait être une heureuse occasion de fixer le sens des mots. Pour les raisons exposées dans le texte de présentation de ce titre, la Commission a finalement conservé l'emploi du mot « chose », qui est sans doute le plus général qu'on puisse trouver. Dans l'esprit de la Commission, il inclut notamment les droits.

La question s'est posée de savoir si un alinéa devait être consacré à la convention d'occupation précaire. La formulation suivante a été proposée : « Les dispositions afférentes au contrat de location s'appliquent en tant que de raison à la convention d'occupation précaire ». Il a toutefois semblé aux membres de la Commission qu'il ne leur revenait pas, en définissant le contrat de bail, de définir ou d'évoquer le régime de conventions voisines, consacrées par la loi ou la jurisprudence. La référence à un « certain » temps permettra d'exclure la qualification de bail, et de retenir celle de précaire, lorsque le locataire n'aura aucune certitude quant à la stabilité de sa jouissance.

Article 1710

Le loyer consiste en une somme d'argent. Il peut être complété par la fourniture d'un bien ou d'un service. En ces cas, les règles prescrites en matière de vente ou d'entreprise s'appliquent en tant que de raison.

L'hypothèse la plus fréquente est que le loyer consiste en une somme d'argent. Il existe cependant des situations dans lesquelles les parties ont prévu, outre le paiement d'un loyer, la fourniture d'un bien ou d'un service (par exemple, le locataire s'engage à payer un loyer et à soigner le bailleur). Ces contrats composites ou complexes posent des questions de qualification : comme pour d'autres contrats (l'échange : Article 1703, l'entreprise : Article 1757). La Commission a ici entendu

permettre au juge de retenir la qualification de bail tout en appliquant aux prestations atypiques sur lesquelles les parties se sont accordées les règles correspondant à leur nature, prescrites pour la vente ou l'entreprise.

Par-delà la qualification donnée au contrat, des éléments de régime d'autres contrats pourront s'appliquer à certains de ses éléments. Cette « rose des vents » donne pour points cardinaux la nature économique des prestations à accomplir (fourniture des utilités d'une chose, à titre définitif ou temporaire ; fourniture des utilités d'une personne ou d'une organisation humaine), car chaque type de prestation soulève des questions propres appelant des règles spécifiques. Cette méthode expose au dépeçage du contrat et relativise le lien étroit qui existe entre la qualification et le régime du contrat. Mais elle correspond à la réalité économique : les « contrats spéciaux » ne sont finalement que des opérations économiques élémentaires que les contractants peuvent agencer et combiner pour atteindre les objectifs qu'ils poursuivent.

Du fait de l'extrême diversité de ces agencements, la Commission a fait le choix d'en appeler à la règle de raison : ce n'est que « en tant que de raison » que l'hybridation pourra opérer. Il en résultera sans doute une part d'incertitude, mais elle est le prix à payer pour ne pas nier la réalité contractuelle et offrir aux contrats complexes un embryon d'encadrement, jusqu'alors inexistant.

Article 1711

Le locataire fait les fruits siens, sauf clause contraire ou sous-location **interdite**.

Les membres de la Commission ont longuement discuté sur le sort des fruits. L'opinion majoritaire a été que le locataire ayant la possibilité de retirer les utilités de la chose et payant pour cela, il doit avoir la jouissance la plus étendue, quitte à ce que les parties la restreignent pour refléter l'équilibre économique particulier de leur accord. Par principe, le locataire a donc le percevoir les fruits si la chose est frugifère.

Les parties sont ainsi appelées à clairement stipuler sur la question.

L'hypothèse d'une sous-location faite en violation des termes du contrat a été réservée, ce qui signifie que le locataire qui n'est pas autorisé à sous-louer ne fait pas les sous-loyers siens, lesquels restent donc acquis au bailleur (voir infra, Article 1736 et s.). Dans le projet désormais diffusé, est visée la sous-location « interdite », là où le texte diffusé en avril 2022 visait la sous-location « irrégulière ». Ce dernier adjectif paraissant vague et plus large que l'idée qu'il devait recouvrir, il a été modifié.

Article 1712

On peut louer toutes sortes de choses qui sont dans le commerce, mobilières ou immobilières, corporelles ou incorporelles, sous réserve des dispositions particulières s'y appliquant.

Lorsque la location porte sur une chose incorporelle, et que les parties ont manqué à y adapter les modalités d'exécution du contrat, notamment quant à la délivrance, l'usage et la restitution, les règles du présent titre s'appliquent autant qu'elles sont compatibles avec la nature de la chose louée.

L'alinéa 1 rappelle le champ d'application très vaste du contrat de bail. L'expression « qui sont dans le commerce » est empruntée à l'ancien article 1128 du Code civil. La réserve relative aux « dispositions particulières » vise les innombrables textes encadrant des locations particulières (baux d'habitation, baux commerciaux, baux ruraux, location-gérance, licence de marques...).

La Commission a souhaité prévoir l'hypothèse d'un bail portant sur une chose incorporelle. L'alinéa 2 est ainsi un article incitatif. Il rappelle que si les parties n'ont rien prévu à propos des modalités de délivrance, d'utilisation et de restitution d'une chose incorporelle (l'énumération n'étant pas exhaustive), « les règles du présent titre s'appliquent autant qu'elles sont compatibles avec la nature du bien loué ». La formule s'inspire d'un vieil arrêt de la Cour de cassation qui avait retenu que les règles du bail immobilier sont applicables à la location de meubles « autant qu'elles sont compatibles avec la nature des choses » (Cass. civ., 16 août 1882, S. 1884, 1, 33, note A. Esmein).

CHAPITRE I - Dispositions communes à toutes les locations

Section I - De la formation de la location

Article 1713

Le contrat de location est consensuel. Il est formé dès que les parties sont convenues de la chose et du loyer.

Les membres de la Commission se sont interrogés pour savoir s'il était nécessaire de faire référence au simple commencement d'exécution. Estimant que cette question relevait de la preuve de l'existence du bail et qu'elle avait un champ d'application restreint (la loi du 6 juillet 1989 exige un écrit, les contrats entre commerçants se prouvent par tous moyens...), le silence a finalement été conservé sur la question.

On notera également la suppression des actuels articles 1715 et 1716 du Code civil, qui instituent des règles probatoires spéciales pour les baux conclus à l'oral. La majorité des contrats de location étant aujourd'hui conclus par écrit, il a semblé que l'on pouvait faire le sacrifice du particularisme traditionnel du bail en matière probatoire. Si le bail pourra évidemment encore être conclu à l'oral, il sera néanmoins prouvé selon le droit commun. Ce choix avait aussi été retenu par le Projet Capitaine, qui ne consacrait aucune disposition à la preuve du bail, signe que le droit commun s'appliquait.

Article 1714

Le loyer est librement convenu entre les parties, à moins que la loi n'en dispose autrement.

Les dispositions des articles 1603 à 1607 lui sont applicables.

La question de l'exigence de détermination ou déterminabilité du loyer divise la doctrine. Les membres de la Commission étaient cependant favorables à l'expression de cette exigence, mais avec la forte dose de souplesse qui avait été instillé en matière de vente. D'où le renvoi aux articles 1603 à 1607, qui s'est imposé même si la législation par renvoi n'est pas goûtée par les membres de la Commission. Ce renvoi autorise notamment les parties à utiliser un paramètre abstrait pour rendre le loyer objectivement déterminable (v. les commentaires sous l'article 1604). La réserve relative aux dispositions contraires vise non seulement les statuts spéciaux encadrant la fixation des loyers, mais aussi, par exemple, la possibilité de convenir d'une fixation unilatérale dans certains cas (cf. article 1164 du Code civil pour les contrats-cadres).

Les parties doivent donc, à peine de nullité du contrat, convenir du loyer en le déterminant ou en le rendant objectivement déterminable.

Article 1715

Le contrat de location peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée, selon les règles posées aux articles 1210 et suivants.

Le renvoi aux articles 1210 et suivants s'explique notamment en raison de la prohibition des baux perpétuels (voir infra pour la fin du contrat, Article 1741 et s.).

Article 1716

Quand le contrat de location est conclu avec plusieurs locataires ou plusieurs bailleurs, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est convenue, à moins qu'elle ne découle de la loi ou des usages.

La Commission a souhaité inscrire dans le Code civil une disposition relative à l'hypothèse de plus en plus fréquente d'une pluralité de bailleurs ou de locataires, sans pour autant entrer dans le luxe de détails que contient, par exemple, le droit des baux d'habitation (L. 6 juillet 1989 n° 89-462, art 8-1).

Bien que l'usage ne constitue pas une source de solidarité en droit commun, cette référence est apparue pertinente en raison de la flexibilité des situations locatives : par exemple, s'il existe une colocation sur une résidence secondaire entre plusieurs familles ayant payé ensemble les loyers durant plusieurs années, l'usage pourra constituer une source de solidarité.

La formule quand « le » contrat de location est également importante : le texte ne s'appliquera pas aux hypothèses dans lesquelles la même chose est louée à plusieurs utilisateurs mais par « des » contrats différents, comme par exemple, une licence de marque non exclusive.

[Articles 1717 et 1718: réservés]

Section II - Des effets de la location

Sous-section 1 - Des obligations du bailleur

Article 1719

Le bailleur est tenu d'assurer au locataire la jouissance paisible de la chose louée tout au long du contrat. À ce titre, il est obligé

- 1° De la délivrer ;
- 2° De l'entretenir et de la maintenir en état de servir à l'usage convenu ;
- 3° De garantir le locataire des vices de la chose ;
- 4° De garantir le locataire contre les troubles dans la jouissance de la chose.

Ces obligations peuvent être aménagées par les parties dans le respect des articles 1170 et 1171.

L'article 1719, qui a conservé son numéro, montre que toutes les obligations du bailleur convergent vers « la jouissance paisible tout au long du contrat ».

La référence au « logement décent », qui figure dans l'actuel article 1719 a été supprimée parce qu'elle relève de législations spéciales. La Commission a considéré que la dimension symbolique du Code civil ne devait pas justifier l'insertion, dans le droit commun du bail, de dispositions, certes essentielles, mais qui relèvent de droits spéciaux. De même pour la référence aux plantations (actuel Article 1719, 4°), qui relèvent essentiellement des baux ruraux. Le Code rural se référant à plusieurs reprises à ce texte, il faudra donc songer à l'adapter en conséquence

La Commission a longuement hésité sur la nécessité de maintenir la garantie des vices cachés dans le bail : lorsque le bailleur garantit les vices cachés, il maintient en réalité la chose louée en état de servir à l'usage convenu. L'obligation d'entretien ou de maintenance pourrait donc absorber cette garantie des vices. La majorité des membres a cependant souhaité son maintien, afin de ne pas troubler l'opinion commune des juristes (v. commentaire sous Article 1725-1).

L'alinéa 2 a également été longuement débattu, certains membres regrettant la disparition de l'expression « nature du contrat » de l'actuel article 1719. Une jurisprudence nourrie condamne en effet les clauses qui, allégeant à l'excès les obligations du bailleur, malmènent la nature de la convention. Il a semblé à la majorité des membres que ce débat devrait désormais être conduit en considération des articles 1170 et 1171 du Code civil. C'est donc pour souligner l'importance de cette jurisprudence en matière de bail que l'alinéa 2 a été rédigé.

Article 1720

Le bailleur est tenu d'exprimer clairement ce qui se rapporte aux qualités et caractéristiques de la chose qu'il loue. Dans cette mesure, les obscurités et ambiguïtés du contrat s'interprètent contre lui.

Le texte est calqué sur l'article 1623 de l'avant-projet, qui a lui-même modifié l'actuel article 1602 al. 2 du Code civil.

Il n'y a aucune raison d'interpréter toutes les clauses des contrats de vente ou de bail contre les vendeurs ou bailleurs, au prétexte qu'ils connaissent la chose vendue ou louée : cette connaissance n'a aucune incidence sur la manière d'interpréter, par exemple, une clause de médiation. L'expression « dans cette mesure » souligne donc que l'interprétation du contrat contre le bailleur ne s'imposera que lorsque le bail sera resté ambiguë sur les qualités et les caractéristiques de la chose.

Le texte ne vaut évidemment que dans les baux de gré à gré, les baux d'adhésion restant soumis à la règle de l'article 1190 du Code civil.

§ 1 - De la délivrance de la chose louée

Article 1721

Le bailleur est tenu de mettre la chose louée à la disposition du locataire.

L'obligation de délivrance de la chose emporte celle de ses accessoires, notamment tout autre bien ou information que requiert son usage.

Article 1722

Le bailleur est tenu de délivrer une chose propre à servir à l'usage convenu et en bon état de réparations de toute espèce.

L'état du bien loué est dressé contradictoirement et par écrit. À défaut, le bien est présumé avoir été délivré en bon état apparent.

La formule « propre à l'usage convenu » de l'alinéa 1 permet d'inclure dans la délivrance la conformité à la réglementation de la chose, qui va au-delà de son simple usage. L'exemple d'une location de voiture montre qu'il y a des aspects de réglementation qui s'imposent sans que leur irrespect constitue un obstacle à l'usage. En ce qui concerne le « bon état de réparation de toute espèce », il relève de l'accord des parties. Les vices, tels que définis à l'article 1726-1, caractérisent un manquement à l'obligation de délivrance. Leur sanction n'a pas un régime particulier mais un paragraphe propre leur a été consacré (Article 1726 à 1726-2) pour ménager les habitudes et pour refléter la distinction temporelle des deux questions : la délivrance n'est pas perçue comme une obligation qui s'étale dans le temps mais comme une obligation qui s'exécute lors de la mise à disposition de la chose ; les vices cachés apparaissent, par définition, en cours d'exécution.

L'alinéa 2 est incitatif. Il rappelle aux parties l'intérêt de dresser un état du bien par écrit, de manière contradictoire. A défaut, le bien sera présumé avoir été délivré en bon état. La question du caractère de la présomption de délivrance en bon état apparent s'est posée. Le caractère irréfragable de la présomption aurait permis de simplifier les rapports entre bailleurs et locataires - l'état des lieux constitue la loi des parties -, mais des circonstances spéciales ont incité à la prudence : lorsque l'état des lieux se déroule à distance, en présence de la location d'une voiture ou d'un vélo électrique par exemple, la souplesse d'une présomption simple est préférable.

Article 1723

La délivrance s'accomplit au lieu et dans le temps que déterminent les parties.

Dans le silence du contrat, elle s'opère dans un délai raisonnable, au lieu où se trouve le bien lors de la conclusion du bail.

L'alinéa 2 pose une règle pratique qui offre des clés de solution à un juge saisi d'un litige. La date et le lieu de délivrance pourront être déterminés dans le silence du contrat.

Article 1724

Les frais de la délivrance sont à la charge du bailleur.

§ 2 - De l'entretien et de la maintenance de la chose louée

Article 1725

Le bailleur entretient la chose en l'état de servir à l'usage convenu.

Article 1725-1

Il est tenu de toutes les mesures de remise en état devenues nécessaires au cours du contrat, hormis les mesures d'entretien courant.

Les mesures nécessitées par la survenance d'un vice relèvent de la garantie des vices.

L'alinéa 1 trace la ligne de démarcation entre les mesures qui incombent au bailleur, et celles qui incombent au locataire (voir Article 1733). Le projet Capitant distinguait entre l'obligation de conservation, qui était partagée entre le bailleur et le locataire, et l'obligation d'entretien, qui ne pesait que sur le locataire. Cette distinction n'a pas été reprise. Le terme de « mesure » a été préféré à ceux de « conservation » (qui renvoie aux actes conservatoires et sous-entend la nécessité d'éviter une dégradation), de « réparation » ou d' « entretien ». Il s'applique en outre tant aux biens corporels qu'incorporels. La « remise en état » renvoie à l'obligation du bailleur énoncée par l'article 1725.

L'alinéa 2 distingue l'obligation d'entretien et la garantie des vices cachés. On aurait pu décider l'inverse car elles appellent toutes deux une même remise en état. La raison de distinguer tient essentiellement au souci de respecter ce qui a semblé être, aux membres de la Commission, le sens commun des mots et les habitudes de pensée. Or, il a semblé contre-intuitif de basculer la remédiation des vices cachés dans le champ de « l'entretien » de la chose.

Article 1725-2

Sauf stipulation contraire, les travaux prescrits par l'autorité administrative pour rendre le bien conforme à sa destination contractuelle sont à la charge du bailleur.

La situation dans laquelle des travaux sont prescrits par l'autorité administrative constitue une illustration de ce qu'on dénomme la « maintenance ». Cette dernière est identique à l'entretien par son objet, mais elle s'écarte d'une compréhension répandue de l'entretien par sa cause efficiente qui ne correspond pas à une usure naturelle liée au passage du temps.

Cette disposition a cependant été très débattue, des praticiens relevant que certains biens loués n'étaient pas conformes (et ne pouvaient pas être conformes) aux travaux prescrits par l'autorité administrative.

Considérant cependant que la sanction encourue n'était pas la nullité du contrat et qu'il semblait naturel que les travaux relatifs au bien incombent au bailleur, la Commission a maintenu le texte en réservant la possibilité d'une clause contraire.

Article 1725-3

Le locataire doit souffrir tous travaux et mesures urgents, quelque incommodité qu'ils lui causent.

Il peut néanmoins réduire le loyer à due proportion.

Si l'accomplissement de ces travaux ou mesures prive durablement le locataire de l'usage de la chose, il peut résilier unilatéralement le contrat.

L'alinéa 1, en adéquation avec l'article 1725-1, utilise le terme de « mesures » à la place de « réparations » employé par l'actuel article 1724 du Code civil. Le terme « urgent » est quant à lui plus large que celui de « conservation ». Il donne en outre une traduction contractuelle au référé de l'article 835 du Code de procédure civile.

Alors qu'actuellement la réduction du loyer s'applique à la matière immobilière et nécessite des réparations dont la durée est supérieure à 21 jours, l'article proposé ne distingue pas entre les choses immobilières et mobilières et ne conditionne pas la réduction du loyer à une quelconque durée. En effet, non seulement le délai de 21 jours ne semble pas adapté en matière mobilière, mais il peut également poser problème en matière immobilière (exemple : une réparation urgente nécessite une semaine de travaux sur le toit d'une salle louée pour une période de dix jours). Par suite, l'attention du législateur doit être attirée sur la nécessité d'harmoniser l'article 7 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, qui fait référence à l'actuel article 1724 du Code civil, avec la présente disposition. En effet, il serait pour le moins paradoxal que le locataire d'un bail d'habitation soit moins bien protégé que celui d'un bail de droit commun.

A l'alinéa 3, l'emploi du standard « durablement » induit une marge de manœuvre opportune. Il permet, par exemple, d'invoquer la résiliation lorsque sur une semaine de location, le locataire est privé de la chose durant une journée. Enfin, la faculté de résiliation unilatérale s'applique pareillement à toutes sortes de choses, immobilières et mobilières, et n'exclut pas la résiliation judiciaire de droit commun.

§ 3 - De la garantie des vices de la chose louée

Article 1726

Le bailleur est tenu de garantir le locataire des vices, même postérieurs à la délivrance.

Sauf clause contraire, il garantit les vices apparents lors de la délivrance.

Un fort débat a animé les membres de la Commission pour savoir si la garantie des vices cachés existait en matière de bail (voir supra obs. sous Article 1719, 1722 et 1725-1). Il a été décidé de la maintenir. Elle couvre ce qui n'a pas été visible au moment du constat, que la cause du trouble ait déjà existé à cette date ou non. A la différence du contrat de vente (Article 1641), il importe peu que la chose ne soit devenue viciée qu'après la délivrance. La distinction avec le champ de l'obligation d'entretien tient à la définition même du vice : si le trouble dont le locataire se plaint relève de la définition du vice donnée par l'article 1726-1, il ne relève pas d'un manquement à l'obligation d'entretien.

S'agissant non plus du vice caché mais du vice apparent, deux positions s'entrechoquent.

1° La position de l'actuel article 1722 du Code civil selon laquelle le bailleur n'a pas à répondre d'un vice que le locataire connaissait ou aurait dû connaître ;

2° une position plus favorable au locataire qui peut être dans une situation de faiblesse le contraignant à accepter un bien vicié (exemple : pressé par l'urgence, un individu loue une voiture qui ne fonctionne pas bien).

Afin de concilier ces deux points de vue, la présente disposition oblige le bailleur à garantir les vices apparents (position n°2), sauf clause contraire (position n° 1). La clause contraire/clause de prise du bien en l'état sera, toutefois, soumise au contrôle des clauses abusives, voire, si le rapport entre la gravité du vice et l'intérêt de l'usage de la chose est trop altéré, à l'article 1170 du Code civil.

Article 1726-1

La chose louée est viciée lorsqu'elle est impropre à l'usage habituellement attendu d'une chose semblable ou à celui dont les parties sont spécialement convenues.

La définition est reprise de l'article 1641 al. 2 du projet en matière de vente : le mot « spécialement » met en exergue l'usage inhabituel duquel les parties seraient convenues.

Article 1726-2

Le bailleur est tenu de remédier au vice et, sous réserve des articles 1245 et suivants, de réparer les dommages qui en résultent.

Deux obligations incombent au bailleur en vertu de la garantie des vices :

1° celle d'accomplir en nature les actes sur le bien lui-même ou de financer leur accomplissement (dépolluer, se débarrasser des termites, etc.) ;

2° celle d'indemniser le locataire des dommages subis. A ce sujet, alors que dans un premier temps l'article cantonnait l'obligation de réparation aux seuls « dommages matériels », la Commission a choisi de ne pas la restreindre selon la nature du dommage réparable.

§ 4 - De la garantie des troubles

Article 1727

Le bailleur ne saurait, par son fait personnel, troubler la jouissance de la chose par le locataire.

Le trouble du fait personnel du bailleur n'est pas réservé aux baux immobiliers.

Il vise plus généralement les situations dans lesquelles le bailleur-proprétaire fait concurrence à celui à qui il a donné un droit d'exploitation de la chose. Tel est par exemple le cas du fonds de commerce dans la location-gérance : le propriétaire pourrait-il ouvrir un commerce à proximité ? Sans doute pas (voir toutefois, Article 1753, infra).

Article 1728

Il garantit le locataire des troubles que lui cause quiconque invoque un droit limitant ou entravant la jouissance du bien, dès lors que ces troubles lui ont été dénoncés en temps utile.

L'expression « quiconque invoque un droit » est préférable à celle de « quiconque exerce un droit ». En effet, l'invocation d'un droit est plus large que la seule action en justice. Il peut alors s'agir d'une sommation interpellative adressée au locataire, de la mise en œuvre d'une clause de médiation ou de la procédure sur requête qui précède l'introduction d'une action en justice.

En ce qui concerne la dénonciation des troubles au bailleur, la précision « en temps utile » constitue une limite temporelle qui a été ajoutée afin de refléter l'exigence de bonne foi dans l'exécution qui pèse sur locataire à l'égard du bailleur : celui ne saurait se plaindre de troubles qu'il a durablement manqué à signaler.

Article 1729

Il ne le garantit pas des troubles que des tiers apportent à sa jouissance par des voies de fait.

Toutefois, la garantie reste due si le bailleur est légalement ou contractuellement en mesure de prévenir ou de faire cesser le trouble et qu'il manque fautivement à y procéder.

Si le principe de l'alinéa 1 n'a suscité aucune discussion particulière, la réserve de l'alinéa 2 a fait l'objet de nombreux débats en raison de la diversité des illustrations jurisprudentielles et de la difficulté de les enfermer dans des notions précises.

Après avoir évoqué les notions de « contrôle » ou d' « autorité » que le bailleur pourrait avoir sur certains tiers, la Commission a abandonné ces termes qui semblaient trop évasifs. Bien que la jurisprudence n'envisage que l'hypothèse selon

laquelle le bailleur est « contractuellement » en mesure de prévenir ou de faire cesser le trouble, l'ajout de l'adverbe « légalement » permet de faire jouer le pouvoir de police du bailleur sur son bien. Ainsi, il ne s'agit pas de discuter de la qualité de tiers, mais de se fonder sur les actions en justice dont dispose le bailleur pour faire cesser le trouble. Toutefois, parce que l'assiette de ce texte est très large, la responsabilité du bailleur n'est retenue que lorsque celui-ci manque « fautivement » de prévenir ou de faire cesser le trouble.

Sous-section 2 - Des obligations du locataire

Article 1730

Le locataire est tenu, dans les conditions ci-après :

- 1° De payer le loyer
- 2° D'entretenir la chose et de ne pas en jouir autrement que de raison ;
- 3° De restituer la chose en fin de contrat.

S'il manque à prendre possession de la chose louée dans un délai raisonnable, le bailleur peut, après mise en demeure, résilier unilatéralement le bail. Le tout sauf clause contraire.

L'alinéa 1 annonce les différentes obligations, détaillées plus bas, auxquelles le locataire est tenu.

L'alinéa 2 évoque une obligation subsidiaire du locataire : celle de prendre possession de la chose louée. Le texte prévoit que si le locataire ne satisfait pas à cette obligation dans un délai raisonnable, le bailleur pourra résilier le bail. Cette disposition s'appliquera aux hypothèses dans lesquelles le bailleur est gêné par l'absence de prise en possession (difficulté de stockage par exemple). Elle est néanmoins susceptible de clause contraire.

§ 1 - Du paiement du loyer

Article 1731

Le locataire doit payer le loyer à la date et au lieu convenus.

À défaut, au terme d'usage.

À défaut d'usage, à terme échu.

Le loyer correspond au prix du contrat de location. Cependant, le terme « loyer » est préférable à celui de « prix », par respect de l'usage établi.

Le lieu du paiement est réglé par les règles de droit commun.

La date du paiement est déterminée par référence à trois critères bien connus : d'abord la date convenue, à défaut le terme d'usage (par exemple un usage voulant

que le loyer soit payé chaque mois), à défaut à terme échu. Cet énoncé est essentiellement pédagogique, permettant d'inciter les parties à prévoir ce que bon leur semble.

§ 2 - De la jouissance et de l'entretien de la chose

Article 1732

Le locataire jouit de la chose en personne raisonnable et respecte la destination convenue ou présumée d'après les circonstances.

La jouissance du locataire est un droit, pas une obligation. En revanche, demeure une obligation pour le locataire le fait de jouir raisonnablement de la chose, en respectant sa destination.

Article 1733

Il est tenu des mesures d'entretien courant, à moins qu'elles n'aient été rendues nécessaires par la force majeure ou la vétusté.

À défaut de clause contraire, les mesures d'entretien courant sont celles appelées par l'utilisation normale de la chose, et ne se rapportant ni à sa structure ni à ses éléments essentiels.

L'article 1733 est le pendant de l'article 1725-1.

Les mesures d'entretien courant sont définies de sorte que les dépenses incombant au bailleur sont une catégorie résiduelle. Le texte vise « les mesures d'entretien » : cela sous-entend que l'entretien courant ne présuppose pas nécessairement une dégradation ; au contraire, les mesures d'entretien courant ont une dimension prospective visant à prévenir les réparations.

Les termes de « structure » et d' « éléments essentiels » permettent l'application du texte tant aux choses corporelles qu'aux choses incorporelles.

Les parties peuvent évidemment stipuler des clauses de répartition des mesures entre elles.

Article 1734

Le locataire ne peut apporter de modifications substantielles à la chose louée sans l'autorisation du bailleur.

Sauf clause contraire, l'autorisation du bailleur emporte renonciation au droit de demander la remise en état en fin de bail.

La charge des modifications, substantielles ou non, se répartit suivant l'accord des parties. À défaut, elle incombe au locataire.

Parce que le mot « amélioration » renferme une connotation positive qui aurait contrasté avec les conceptions divergentes que le bailleur et le locataire peuvent

avoir sur la chose louée, la neutralité du terme « modification » a été retenue. Toutefois, les modifications pouvant être d'une infinie variété, l'adjectif « substantielle » permet d'orienter l'interprète.

L'alinéa 2 vise les conséquences de l'autorisation du bailleur. Alors que le « consentement » du bailleur a été envisagé, son « autorisation » a finalement été retenue en raison du contrôle dont elle est susceptible de faire l'objet par le biais de la théorie de l'abus de droit (de prérogative, pour être plus précis). En outre, l'autorisation du bailleur quant aux modifications substantielles apportées par le locataire peut être donnée a priori ou relever d'une ratification a posteriori. Par suite, l'autorisation n'a pas nécessairement à être préalable, ce qui suppose un financement des modifications substantielles par le locataire lui-même.

L'apport principal du troisième alinéa porte sur la prise en charge par le locataire des modifications, substantielles ou non, de la chose louée. La question de l'indemnisation par le bailleur des modifications apportées s'est posée dans l'hypothèse où elles ont été autorisées. Toutefois, une telle indemnisation a finalement été écartée afin de ne pas décourager le bailleur à autoriser des modifications qui peuvent non seulement être favorables au locataire, mais également au bailleur lui-même.

§ 3 - De la restitution de la chose

Article 1735

Lorsque le contrat prend fin, le locataire est tenu de restituer le bien à l'endroit où il a été délivré et tel qu'il l'a reçu.

Sous réserve de l'application de l'article 1734, le bailleur est en droit d'exiger la remise en état, aux frais du locataire.

Le locataire répond des dégradations et des pertes qui sont survenues pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute ou qu'elles résultent de la vétusté ou d'un cas de force majeure.

L'obligation de restitution n'était, jusqu'alors, pas expressément évoquée par le Code civil parmi les obligations du preneur. La Commission a estimé nécessaire de la faire apparaître dans le champ des obligations contractuelles, ne serait-ce que pour la qualifier de « contractuelle ». La qualification peut en effet se révéler importante, en matière de procédure collective notamment, puisqu'avait été discutée la distinction des actions contractuelles et des actions réelles en revendication que le créancier pouvait exercer contre le débiteur en procédure.

Sous-section 3 - Cession de contrat, sous-location et cession de la chose

Article 1736

Sauf stipulation contraire, le locataire peut sous-louer la chose.

La sous-location produit ses effets dans les rapports entre le locataire principal et le sous-locataire tant que celui-là conserve régulièrement la jouissance du bien.

L'alinéa 1 rappelle que la location implique le droit pour le locataire de faire siens les fruits (cf. supra, article 1711). Partant, rien ne fait obstacle à ce qu'il puisse sous-louer la chose. La règle se justifie en outre au regard du fait que, contrairement au commodat, la location est un contrat conclu à titre onéreux qui confère au locataire la liberté d'exploiter le bien comme bon lui semble sous réserve des législations spéciales. Toutefois, le loueur a toujours la possibilité de se prémunir de la sous-location par l'insertion d'une clause contraire.

L'alinéa 2 consacre la solution jurisprudentielle selon laquelle la sous-location est caduque lorsque le contrat de location principal prend fin. En effet, la sous-location étant liée au pouvoir de jouissance du locataire intermédiaire, elle ne peut lui survivre. L'expression « tant que celui-là conserve régulièrement la jouissance du bien » a été préférée à celle de « tant que le bail principal se poursuit » pour bien marquer qu'en cas de renouvellement du bail principal, la sous-location se poursuit normalement.

Article 1737

Le bailleur dispose d'une action directe en paiement contre le sous-locataire, dans la double limite des loyers et sous-loyers dus.

La sous-location convenue en violation du bail est inopposable au bailleur.

Rédaction alternative

Article 1737. - Par le seul effet de la sous-location, le bailleur peut exercer contre le sous-locataire toute action née du contrat de sous-location, dans la double limite des droits qu'il détient contre le locataire principal et des engagements du sous-locataire à l'égard de ce dernier.

Réciproquement, le sous-locataire peut exercer contre le bailleur toute action née du contrat de location, dans la double limite des obligations assumées par le bailleur en vertu de ce contrat et des droits que le sous-locataire tient du contrat de sous-location.

La sous-location convenue en violation du bail est inopposable au bailleur. Si le bailleur le demande, les sous-loyers lui sont versés directement par le sous-locataire.

Les deux versions de l'article 1737 (Article 1737 et option 1737) constituent deux conceptions divergentes du régime de la sous-location. Tandis que la première proposition envisage l'action directe comme une simple garantie de paiement dont dispose le bailleur, la seconde procède à une généralisation et à une bilatéralisation des rapports contractuels entre le bailleur et le sous-locataire.

La majorité s'est prononcée en faveur de la première conception, et de l'article 1737 ici présenté, mais les réserves ont été si prononcées que la Commission a également proposé, en vue d'une plus large discussion, une version optionnelle. On commentera donc chacune.

- **Article 1737**

Dans la version proposée, le bailleur dispose seulement d'une action directe en paiement contre le sous-locataire : il s'agit d'une simple garantie de paiement offerte au bailleur. Aucun lien contractuel n'existe entre le bailleur et le sous-locataire de sorte que (1) le bailleur ne peut agir qu'en paiement et que (2) le sous-locataire ne peut pas agir contre le bailleur.

Admettre le bénéfice d'une action au sous-locataire reviendrait in fine à admettre l'existence d'un contrat entre le bailleur et le sous-locataire, sans aucun consentement : en effet, autoriser un locataire à sous-louer n'entraîne pas mécaniquement l'acceptation du bailleur d'être lié contractuellement avec le sous-locataire.

En cas d'inertie du locataire intermédiaire, le sous-locataire a toujours la possibilité d'agir contre le bailleur de deux manières distinctes : 1° par le truchement d'une action oblique dont l'intérêt consiste précisément à respecter une hiérarchie entre les actions ; 2° le sous-locataire peut également opposer au bailleur les exceptions qu'il détient à l'endroit du locataire intermédiaire. En d'autres termes, si le bailleur réclame le loyer au sous-locataire, ce dernier peut lui opposer, par exemple, les travaux non réalisés ou un paiement déjà effectué.

Enfin, accorder le bénéfice d'une action directe au sous-locataire serait aller plus loin que l'article 1234 du projet de réforme de la responsabilité civile qui limite la bilatéralisation au seul domaine de la responsabilité.

L'alinéa 2 vise le sort de la sous-location irrégulière. L'expression « sous-location convenue en violation du bail » a été préférée à l'expression « sous-location irrégulière » : Peut en effet être irrégulière une sous-location, pourtant autorisée par le bailleur, qui ne respecterait pas la destination de la chose (par exemple, une sous-location à usage de bureau, alors que le local est à usage d'habitation). Tel n'est pas le champ d'application du texte. A l'inverse de la nullité, l'inopposabilité ne requiert aucune action en justice. En sus, le sous-locataire ne pourra pas se prévaloir de l'irrégularité pour anéantir son contrat.

- **Article 1737 optionnel**

Certains membres de la Commission souhaitaient que la réforme de cette partie du Code civil permette de globaliser le régime de l'action directe. Tirant les conséquences de l'opposabilité de la sous-location au bailleur ainsi que de l'existence d'une identité d'objet des obligations, ils estimaient qu'il n'y avait pas de raison convaincante d'interdire au sous-locataire d'agir directement contre le bailleur à propos de toute action née du bail.

Ils estimaient que, à l'instar des chaînes de contrats translatives de propriété, il y a en matière de location un transfert de l'utilité de la chose qui justifie le rapprochement avec l'action directe dont dispose le sous-acquéreur à l'encontre du vendeur initial. Pareillement, en matière de mandat, ils relevaient que la jurisprudence procédait à une bilatéralisation de l'action directe.

L'idée qui consiste à permettre au loueur de percevoir directement les sous-loyers en dépit de l'irrégularité de la sous-location permet l'instauration d'un niveau intermédiaire d'inopposabilité entre l'opposabilité de la sous-location régulière et l'inopposabilité de la sous-location irrégulière. C'est l'objet de l'alinéa 3. Ce faisant, le

locataire intermédiaire serait contraint d'assumer pleinement la responsabilité de la sous-location. Encore faut-il, toutefois, que la perception des sous-loyers et la non-expulsion du sous-locataire ne soient pas considérés comme purgeant l'irrégularité initiale de la sous-location.

Article 1738

Le locataire peut céder le contrat de location dans les conditions de l'article 1216.

Par dérogation à l'article 1216-1, la cession du contrat par le locataire libère celui-ci pour l'avenir.

La cession irrégulière est inopposable au bailleur.

En vertu du principe de liberté contractuelle, le locataire peut céder sa qualité de partie au contrat. Néanmoins, la personne du locataire étant un élément déterminant du consentement du bailleur, la présente disposition renvoie aux conditions de la cession de contrat prévue par l'article 1216 du Code civil qui exige l'accord du cédé.

L'alinéa 2 prévoit cependant une exception notable : parce que le bail peut s'étendre sur une longue durée, la Commission a fait le choix de déroger à l'article 1216-1 du Code civil qui ne libère le cédant pour l'avenir que si le cédé y a expressément consenti. En effet, exiger une décharge expresse de la part du bailleur va à l'encontre de la pratique. Et pour cause, si le locataire cède son bail, c'est qu'il se désintéresse de la chose, tandis qu'il est peu probable que le bailleur consente à renoncer à un second débiteur.

Article 1739

La cession du bien loué emporte transfert du contrat de location à l'acquéreur, dès lors qu'il a date certaine ou que l'acquéreur avait connaissance de son existence. À l'égard du locataire, le cédant est libéré pour l'avenir.

Les sûretés garantissant le paiement des loyers subsistent, sauf stipulation ou disposition contraires.

Le dépôt de garantie qu'a pu verser le locataire au bailleur initial relève des articles 2374 et suivants. Sa restitution incombe à l'acquéreur, sauf stipulation contraire du bail.

Le texte a pour effet de généraliser à tous les baux une règle qui n'existe pour l'instant que pour les baux d'immeubles (C. civ., Article 1743) et qui sert de siège aux thèses selon lesquelles le bail a une dimension réelle.

La Commission a longuement discuté sur la terminologie employée par l'alinéa 1 : devait-on viser « la vente du bien loué », sa « cession », ou encore son « transfert de propriété » ? L'expression « la cession du bien loué » a finalement été retenue car elle est très large. Dans l'hypothèse d'une donation du bien loué, la qualité d'« acquéreur » ne contredit pas celle de donataire. Conformément au Titre III du Livre III du Code civil, la donation permet d'acquérir la propriété.

La cession du bien loué emporte transfert du contrat de location dans deux hypothèses :

1° lorsque le bail a date certaine. Cette condition, posée par l'actuel article 1743 du Code civil pour certains baux immobiliers, est généralisée à tous les baux. L'existence d'une date certaine permet de prévenir l'hypothèse dans laquelle le locataire aurait antidaté son contrat afin de se réserver un maintien dans l'utilisation de la chose ;

2° si le locataire parvient à prouver que l'acquéreur avait connaissance de l'existence du contrat de location.

La dernière phrase de cet alinéa précise qu' «à l'égard du locataire », et non du cessionnaire, « le cédant est libéré pour l'avenir » de ses obligations résultant du contrat de location.

Le transfert du principal entraînant celui de l'accessoire, « les sûretés garantissant le paiement des loyers subsistent » (alinéa 2). La mention de la stipulation ou disposition contraire vise notamment la garantie autonome à propos de laquelle l'article 2321 alinéa 3 du Code civil dispose que « sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie ».

L'alinéa 3 vise la question très débattue du dépôt de garantie. À rebours d'une solution jurisprudentielle qui prévoit que la restitution du dépôt de garantie incombe au bailleur initial, la Commission a fait le choix d'inverser le principe. En effet, à l'instar de la solution retenue par l'alinéa précédent, le transfert du principal entraîne celui de l'accessoire. Autrement dit, le dépôt suit la chose. De la sorte, le cessionnaire bénéficie du dépôt de garantie sans perturber, pour autant, la situation du locataire. La disposition incite à des stipulations contractuelles.

Section III - Fin du contrat de location

Article 1740

Le contrat de location prend fin

1° par l'arrivée du terme ;

2° par le congé délivré en cas de contrat à durée indéterminée ;

3° par la perte de la chose louée.

Il n'est point résolu par la mort du bailleur ni par celle du preneur, ni par la dissolution de la personne morale, bailleresse ou locataire, emportant transmission de son patrimoine.

Si la présente disposition s'inscrit dans la continuité de l'actuel article 1742 du Code civil qui dispose que « le contrat de louage n'est pas résolu par la mort du bailleur ni par celle du preneur », la question de la continuité du contrat de bail en cas de décès du preneur a longuement été débattue.

En effet, il n'est pas certain que ses héritiers soient au courant de l'existence de la chose. Aussi, l'immobiliser entre leurs mains - inconnues voire inexpérimentées - risquerait de paralyser le potentiel de la chose et d'engendrer un dommage pour le bailleur ne percevant plus les loyers. En outre, il existe souvent une dimension d'intuitu personae qui plaide en faveur de la résolution du contrat de bail en cas de décès du preneur, sauf disposition légale contraire.

Toutefois, parce que renverser la règle établie conduirait à entrer en conflit avec plusieurs législations spéciales (baux commerciaux, baux ruraux, réglementation en cas de procédure collective, etc.) et de porter atteinte à l'intérêt de certains héritiers, la règle de l'actuel article 1742 a été maintenue.

Article 1741

Le contrat de location prend fin par l'échéance du terme, sans qu'il soit nécessaire de délivrer congé.

Si le locataire reste en possession au terme de la location sans opposition du bailleur, il s'opère une tacite reconduction conformément à l'article 1215.

Sauf stipulation contraire, les sûretés données en garantie de l'exécution des obligations du locataire ne s'étendent pas aux obligations nées postérieurement au terme initialement fixé.

Initialement réservée au cautionnement, la règle a été étendue par l'alinéa 3 à l'ensemble des sûretés. La précision « sauf stipulation contraire » permet notamment de régler l'hypothèse dans laquelle le constituant d'une sûreté réelle est le locataire lui-même. En effet, lorsque le locataire a donné une hypothèque en garantie de ses propres obligations, il n'est pas évident de considérer qu'il ne soit plus engagé en cas de tacite reconduction du bail.

Article 1742

Lorsque le contrat est à durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin en délivrant à l'autre un congé dans les conditions de l'article 1211.

Article 1743

En cas de perte totale de la chose louée en cours d'exécution, y compris par force majeure, le contrat est caduc.

Est assimilée à la perte totale de la chose l'impossibilité absolue et définitive d'en jouir conformément à sa destination.

Il en va de même en cas de disproportion manifeste entre le coût de la remise en état et la valeur vénale de la chose.

Si, dans les mêmes circonstances, la perte n'est que partielle, le locataire peut demander une diminution proportionnelle du loyer ou la résiliation.

Il n'y a lieu à aucun dédommagement lorsque la perte totale ou partielle est due à un cas de force majeure.

Dans la droite ligne de la réforme du droit des obligations, la force majeure supplante désormais le cas fortuit. S'il est vrai que l'article 1218 du Code civil prévoit la résolution et non la caducité du contrat, la présente disposition ne vise pas seulement le cas de force majeure, mais la destruction de la chose y compris lorsque la destruction résulte d'un cas de force majeure.

L'alinéa 2 concerne l'impossibilité absolue et définitive de jouir de la chose conformément à sa destination. Cette disposition intègre tant l'hypothèse d'un bien immobilier (exemple, immeuble qui tombe dans le domaine public) que celle d'un bien mobilier (exemple, une voiture ou une œuvre endommagée).

L'alinéa 3 a suscité de nombreux débats. Il s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence qui considère que lorsque le coût des travaux est supérieur à la valeur de la chose, celle-ci est détruite. À l'instar de l'article 1221 du Code civil, qui exige une disproportion manifeste pour échapper à l'exécution forcée, le coût de la remise en état et la valeur vénale de la chose doivent être manifestement disproportionnés afin de ne pas tomber dans des difficultés d'appréciation. La Commission s'est interrogée sur la date à prendre en considération pour apprécier la valeur vénale de la chose louée : doit-on retenir la date de sa délivrance ou le jour de la survenance de sa destruction ? S'il est vrai que la date de la délivrance correspond au moment où le bailleur a pu faire un calcul économique entre ce que va lui rapporter la chose et ce qu'elle va lui coûter, il n'en reste pas moins qu'il existe des contre-illustrations qui plaident en faveur d'une prise en considération du jour de la survenance de la destruction. Par exemple, un bail immobilier est conclu dans un quartier malfamé. L'immeuble est détruit alors que le quartier s'est beaucoup amélioré depuis. Il est évident que le juge doit se placer au jour de la destruction. Du reste, c'est cette dernière solution qu'adopte la jurisprudence.

[Articles 1744 à 1748: réservés]

CHAPITRE II - Dispositions propres aux locations d'immeubles

Article 1749

Le locataire d'un immeuble répond des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes qu'il y a introduites à quelque titre que ce soit.

Les « gens de la maison », expression obsolète, disparaissent au profit des « personnes que le bailleur y a introduites ».

Article 1750

Le locataire répond de l'incendie à moins qu'il ne prouve qu'il est arrivé par cas de force majeure, vice de construction, ou que l'incendie a été communiqué par un immeuble voisin.

Lorsque l'immeuble est occupé par plusieurs locataires, ils sont responsables de l'incendie, proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent. Cette présomption est écartée s'il est démontré que l'incendie a commencé dans la partie occupée par l'un d'eux, auquel cas celui-là seul est tenu, ou s'il est démontré que l'incendie n'a pas pu commencer chez certains, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus.

La Commission a fait le choix de ne pas inscrire dans le marbre du Code civil certaines solutions jurisprudentielles. Il en va notamment ainsi de la jurisprudence qui écarte l'application de ce texte lorsque l'incendie a commencé dans le studio du résident d'un EHPAD (Cass. 3e civ., 3 déc. 2020, n° 20-10.122, PB).

Article 1751

Nonobstant toute clause contraire, les époux, de même que les partenaires liés par un pacte civil de solidarité, sont réputés être cotitulaires du bail portant sur le local non professionnel leur servant de résidence principale, alors même qu'il aurait été conclu avant leur union.

En cas de divorce ou de séparation de corps des époux, ou en cas de dissolution du pacte, le juge attribue, en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause, le bail à l'un des époux ou des partenaires, sous réserve des droits de l'autre à une récompense ou une indemnité. Le bailleur est appelé à l'instance en cas de dissolution du pacte.

En cas de décès d'un des époux ou d'un des partenaires liés par un pacte civil de solidarité, le conjoint ou le partenaire survivant devient seul titulaire du contrat de bail sauf s'il y renonce expressément.

La question de savoir si le mariage devait être appréhendé avec le PACS s'est posée. En effet, ce dernier est un simple contrat au sein duquel il appartient aux partenaires de prévoir la cotitularité du bail. Toutefois, ce texte portant sur une problématique sensible, à la croisée des chemins entre le droit des contrats spéciaux et le droit de la famille, la Commission a choisi la prudence en s'alignant sur les actuels articles 1751 et 1751-1 du Code civil.

Article 1752

Chaque époux ou partenaire cotitulaire est personnellement lié au bailleur. Il est tenu, dans les conditions de l'article 1313, d'acquitter l'intégralité du loyer et d'exécuter les obligations résultant du bail, sauf son recours contre l'autre.

La solidarité entre les locataires ne cesse pas par l'effet de leur séparation ou du congé délivré par un seul.

Les actes faits par le bailleur à l'égard de l'un ne sont opposables à l'autre que s'ils lui ont été régulièrement notifiés.

Les actes faits par l'un des époux ou partenaire à l'égard du bailleur ne sont pas opposables à l'autre, s'il n'y a consenti.

Le texte n'a pas voulu rentrer dans les méandres de la fin de la solidarité entre époux. Il s'en tient à des règles générales qu'il a paru nécessaire de faire figurer dans le Code civil en raison de leur importance pratique. Ainsi la règle selon laquelle la simple séparation ou le congé délivré par un des locataires ne met pas fin à la solidarité est maintenue.

Article 1753

Lorsque la location porte sur un immeuble dans lequel le preneur exerce une activité professionnelle, le seul exercice par le bailleur d'une activité identique ne trouble pas sa jouissance. Le bailleur peut de même autoriser des tiers à exercer pareille activité. Le tout sauf clause contraire.

La présente disposition pose une présomption d'absence totale de trouble. Celle-ci s'explique par le fait que la rentabilité de l'affaire du preneur n'entre pas dans les obligations du bailleur. En outre, en dépit de quelques hésitations sur le sujet, la présente disposition n'a pas vocation à s'appliquer à la location d'un fonds de commerce (voir supra, obs. sous l'article 1727).

Recommandations connexes

Sur les actuels articles 1764 à 1778 (baux ruraux) et 1800 à 1831 (bail à cheptel) : il conviendrait d'exporter ces dispositions dans le Code rural. De même, de nombreux articles du C. rural renvoient à des articles du Code civil qui ont été modifiés. En particulier, a été supprimé l'actuel 4° de l'article 1719 relatif à l'obligation du bailleur d'assurer la permanence et la qualité des plantations.

De nombreux textes spéciaux contiennent aussi des articles faisant référence au Code civil. Par exemple, l'Article 6, b) de la loi du 6 juillet 1989.

[Articles 1754: réservé]

Le contrat d'entreprise

PRÉSENTATION

L'évolution de notre société, au cours des deux siècles écoulés, rendait particulièrement nécessaire une réécriture des articles composant le chapitre III du titre VIII du code civil, relatif au louage d'ouvrage et d'industrie (articles 1779 à 1799-1 du code civil). Présenté à la suite du bail comme une simple variété du « louage » en général, ce chapitre du Code Napoléon était devenu l'un des plus lacunaires au regard de l'empire conquis par l'opération qu'il contemplait. Visant d'abord le louage de domestiques et d'ouvriers, par seulement deux articles, puis les voituriers, il ne consacrait à l'origine que treize articles aux « entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés », pensés pour la construction immobilière. L'univers immense des prestations de services intellectuels ou de la réalisation d'ouvrages mobiliers restait à la périphérie du droit écrit. Même s'il était seulement question d'identifier les constantes traversant ce vaste spectre, le chantier législatif était impressionnant.

La commission s'est d'abord saisie de la question de la qualification du contrat: devait-on parler de contrat d'entreprise – dénomination qui tend à se substituer à celle de louage d'ouvrage à la suite de l'élargissement du contrat aux prestations intellectuelles – ou de contrat de prestation de service?

Cette seconde dénomination n'a pas été retenue.

La notion de services renvoie au droit de l'Union qui en donne une définition très étendue dès lors qu'elle recoupe toutes les prestations fournies contre rémunération, à la seule exclusion des activités salariées. L'interprétation très large de la notion de services s'explique logiquement par la volonté de donner le domaine d'application le plus étendu possible au principe de libre circulation de ces services.

Cette notion déborde toutefois celle de contrat d'entreprise en droit français, tel que la jurisprudence l'a lentement façonné. Elle absorberait le mandat ou le dépôt rémunéré, alors que les traits particuliers de ces opérations justifient d'en traiter à part. Apparaît ainsi que le propre du contrat d'entreprise consiste dans la création d'une richesse nouvelle par l'activité indépendante de l'entrepreneur dans l'accomplissement d'une prestation aux contours concrètement déterminés. Cette indépendance permet de faire le départ avec le contrat de travail, caractérisé par la subordination juridique du salarié.

L'avant-projet définit donc le contrat d'entreprise comme étant celui par lequel l'entrepreneur réalise, de façon indépendante, un ouvrage au profit de son client, maître de l'ouvrage. L'ouvrage peut être matériel ou intellectuel. Il consiste en un bien ou un service (Article 1745) . Cette distinction traduit la *summa divisio* existant au sein des contrats d'entreprise. L'activité que fournit l'entrepreneur est dirigée vers une finalité à atteindre, l'ouvrage à réaliser. Selon que la valeur créée par son travail est ou non appropriable, constitue un bien ou un service, la finalité du contrat diffère : transfert d'un bien ou fourniture d'un service. Le régime du contrat en est affecté. La création d'un

bien nouveau s'accompagne nécessairement de son transfert au maître de l'ouvrage, tandis que la fourniture d'un service n'implique pas nécessairement de transfert de propriété.

Comme cela a déjà été proposé pour d'autres contrats spéciaux, le titre sur le contrat d'entreprise comprend deux chapitres, le premier relatif aux dispositions communes à tous les contrats et le second relatif aux dispositions propres à certains contrats.

A) Dispositions communes à tous les contrats d'entreprise

En ce qui concerne les dispositions communes, il est précisé que le contrat peut être gratuit ou onéreux et qu'il est présumé onéreux quand l'ouvrage à réaliser est en rapport direct avec l'activité professionnelle de l'entrepreneur (Article 1746). L'avant-projet rompt ici avec les origines romaines de la *locatio operis faciendi*, qui n'admettait pas qu'un louage pût être gratuit. La proposition, vivement discutée au sein de la Commission, montre qu'entre la gestion d'affaires et le contrat d'entreprise onéreux, une place doit être laissée aux accords de volontés portant sur un service sans rémunération, comme l'activité « *pro bono* » de l'avocat ou les opérations caritatives tel, par exemple, l'artiste qui se produit pour une grande cause.

Le contrat est donc formé dès que les parties sont convenues de l'ouvrage à réaliser (article 1748), sans qu'il soit nécessaire d'un accord préalable sur le prix. La règle vaut même si le contrat est onéreux. Dans ce cas, c'est le juge qui fixe le prix en fonction de la qualité de l'ouvrage réalisé, des attentes légitimes des parties, des usages et de tout autre élément pertinent (Article 1750). Ces dispositions spéciales au contrat d'entreprise soulignent la vocation résiduelle du texte consacré, en droit commun, à la fixation du prix pour la catégorie générique des « prestations de service » (Article 1165). Elles consacrent les solutions jurisprudentielles et des indications sont données au juge pour le guider dans une tâche qui n'est jamais facile.

Enfin, le prix étant, comme en matière de vente (Article 1582) ou de bail (Article 1709), essentiellement monétaire, l'hypothèse de contrats où la contrepartie serait principalement non-monétaire est envisagée. Le contrat est alors hybride et, selon la méthode distributive déjà adoptée ailleurs, par exemple à l'Article 1703 pour l'échange, les questions que soulèverait l'exécution de chacune des prestations échangées seront réglées chacune selon son espèce. Par exemple, si le service est partiellement rémunéré par la fourniture d'un bien, les difficultés propres à ce dernier aspect de l'opération seront réglées par renvoi aux dispositions les envisageant dans le contrat comportant typiquement une telle fourniture (vente ou bail). Il en va de même lorsque l'ouvrage lui-même requiert, pour sa parfaite réalisation, l'accomplissement de prestations relevant habituellement d'autres contrats nommés. L'Article 1747 exprime ce mécanisme.

Toujours sur la question du prix, le projet prévoit que, lorsque celui-ci a le caractère d'honoraires et qu'il a été convenu avant l'achèvement de l'ouvrage, le juge peut, nonobstant toute clause contraire, en réduire le montant s'il l'estime excessif au regard de l'ouvrage réalisé (Article 1752). Aucun accord n'ayant pu être réuni au sein de la Commission sur la définition de l'honoraire, il est renvoyé à la tradition jurisprudentielle que ce texte consacre pour en cerner les limites. Conformément à cette

même tradition, les honoraires sont, en revanche, intangibles lorsqu'ils ont été versés après achèvement de l'ouvrage, en connaissance du travail accompli.

Le souci de moderniser les textes par la prise en compte des réalités contemporaines s'est traduit par l'introduction d'un certain nombre de dispositions que les textes actuels ne prévoient pas.

L'avant-projet prend ainsi en compte l'existence des devis. L'Article 1749 dispose, en effet, qu'un devis peut être établi pour décrire l'ouvrage à réaliser et estimer son prix. Il ne donne pas lieu à rémunération, sauf convention contraire. Le devis engage l'entrepreneur pendant la durée fixée ou, à défaut, pendant un délai raisonnable.

On peut également citer la prise en compte de la cotraitance (article 1754).

S'agissant de la sous-traitance (Article 1757, alinéa 1er) et des actions en découlant, l'avant-projet consacre des solutions issues de la jurisprudence. Ainsi, l'entrepreneur répond-il du sous-traitant vis-à-vis de son client (Article 1757, alinéa 2).

Mais d'autres s'en écartent davantage. Ainsi:

- Le maître de l'ouvrage peut exercer contre le sous-traitant toute action née du contrat de sous-traitance (Article 1758)
- Le maître de l'ouvrage comme l'entrepreneur dispose contre le fournisseur du sous-traitant de toute action née du contrat de vente conclu avec celui-ci (Article 1759)
- Le sous-traitant dispose d'une action directe contre le maître de l'ouvrage sans distinguer selon qu'il ait ou non été agréé par ce dernier (Article 1761).

Toujours, au titre de la prise en compte des réalités économiques, le projet contient plusieurs dispositions sur la réception. Sans entrer dans le détail, on peut relever que :

- L'avant-projet rappelle les obligations respectives des parties, à savoir que, une fois l'ouvrage achevé, l'entrepreneur est tenu de le présenter à la réception au client et que la présentation de l'ouvrage achevé au client oblige celui-ci à le réceptionner (article 1762).
- À la différence de l'article 1792-6 actuel, il prend en compte l'existence de la réception tacite et donne une définition bienvenue de cette réception, reprenant, notamment, la présomption que la Cour de cassation a posée il y a quelques années (Article 1766).

De même, il détermine le critère permettant d'accueillir une réception judiciaire, avec ou sans réserves, à savoir quand l'ouvrage satisfait à sa destination, notion préférable à celle, très générale et un peu passe-partout, retenue actuellement par la jurisprudence, la réception judiciaire étant possible quand l'ouvrage est en état d'être reçu.

B) Dispositions propres à certains contrats d'entreprise

En ce qui concerne les dispositions propres à certains contrats, il convient de noter la distinction opérée par l'avant-projet entre le contrat d'entreprise mobilière et le contrat de construction.

Une disposition commune rappelle que, si les biens nécessaires à la réalisation de l'ouvrage périssent par cas de force majeure, avant que le client ne fût en demeure de réceptionner l'ouvrage, la perte en est pour la partie qui les a fournis. L'entrepreneur perd tout droit à rémunération (Article 1786).

Il s'agit d'une réécriture totale des articles 1788 à 1790 du code civil, la seule circonstance désormais prise en compte étant celle de la force majeure.

1 – Le contrat d'entreprise mobilière est celui par lequel l'entrepreneur fabrique ou produit un bien meuble conçu pour répondre aux besoins spécifiques du client (Article 1787).

L'avant-projet prévoit, par ailleurs, que, sauf stipulation contraire, le transfert de propriété s'opère au jour de la réception de l'ouvrage par le client (article 1788) et que l'entrepreneur a, comme le vendeur, l'obligation de délivrer l'ouvrage au client et de répondre de son défaut de sécurité. De même, il répond des vices ou défauts de conformité affectant l'ouvrage, soit qu'ils aient été cachés lors de la réception, soit qu'ils aient fait l'objet de réserves de la part du client. Il doit, également comme le vendeur, garantir le client contre l'éviction (article 1789).

Le texte affirme donc clairement le caractère translatif de propriété du contrat d'entreprise mobilière et fixe le moment du transfert au jour de la réception, sauf clause contraire.

Les autres dispositions sont directement inspirées du contrat de vente.

2 – Dans la section 2, relative au contrat de construction, il est d'abord donné une définition de ce contrat, le contrat de construction étant celui par lequel l'entrepreneur se charge de la construction d'un ouvrage immobilier (Article 1790).

L'avant-projet traite également du transfert de propriété, lequel s'opère, sauf stipulation contraire, au fur et à mesure de l'incorporation des matériaux dans le sol (article 1791, alinéa 1er).

En outre, les parties peuvent notamment convenir de retarder le transfert de la propriété jusqu'à la réception de l'ouvrage ou jusqu'au paiement du prix. La propriété retenue n'est opposable aux tiers qu'à compter de son inscription au fichier immobilier (Article 1791, alinéa 2).

Pour le reste, le parti de la commission a été de ne pas trop toucher aux dispositions actuellement prévues par les articles 1792 à 1799-1 du code civil.

Ces dispositions sont, à la différence des articles précédents du code, issus de textes récents et ne souffrent pas des critiques qui pouvaient être formulées contre les premiers.

Il est donc proposé de reprendre à droit constant les actuels articles 1792 et 1792-2 sur la garantie décennale, 1792-3 sur la garantie biennale, 1792-4-1 sur la prescription décennale, 1792-5 sur les clauses d'exclusion, 1793 sur le marché à forfait et 1799-1 sur la garantie de paiement.

Les principales modifications apportées aux articles actuels sont de trois ordres.

a) des modifications mineures consacrant les solutions jurisprudentielles.

Il s'agit, par exemple, de l'ajout aux articles 1792-4-2 (action en responsabilité contre un sous-traitant) et 1792-4-3 (action en responsabilité contractuelle contre un constructeur) de la mention selon laquelle seul le maître de l'ouvrage ou l'acquéreur de l'ouvrage a qualité pour exercer ces actions et les actions d'un constructeur contre un autre constructeur ou son sous-traitant relèvent des dispositions de l'article 2224.

Dans le même ordre d'idées, il est rappelé que le constructeur de maison individuelle, avec ou sans fourniture du plan, est tenu de la garantie de parfait achèvement (Article 1792-6, dernier alinéa).

b) Une autre modification a consisté en l'ajout, à l'article 1792-7, de la mention selon laquelle ne sont pas considérés comme des éléments d'équipement d'un ouvrage, au sens des articles 1792, 1792-2, 1792-3, les éléments d'équipement installés sur existant, afin de revenir sur une jurisprudence, très décriée, de la troisième chambre civile.

c) Enfin, l'avant-projet contient des modifications plus audacieuses.

D'une part, il est proposé de ne pas reprendre les dispositions de l'actuel article 1792-4 sur la responsabilité du fabricant d'un ouvrage, d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance (EPERS).

L'imprécision du texte, son faible intérêt pratique, la possibilité d'agir sur d'autres fondements (droit de la vente, responsabilité du fait des produits défectueux) plaident pour la suppression de ce texte alors que les conséquences pour le fabricant, qui est, à ce titre, débiteur de la garantie décennale, sont importantes.

D'autre part, il est proposé une modification du 2° de l'article 1792-1 du code civil, qui répute constructeur, et donc débiteur des garanties légales, « toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire. »

Cette disposition est, en effet, trop sévère pour le constructeur-vendeur profane qui, en dépit de l'obligation pesant sur lui, n'a, la plupart du temps, pas souscrit d'assurance (ni dommages-ouvrage, ni décennale).

Si la personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'il a fait construire à titre professionnel reste débiteur des garanties légales, un sort particulier a été réservé au vendeur profane qui n'est assimilé à un constructeur que s'il ne communique pas à l'acquéreur, dans l'acte de vente, l'identité des constructeurs et de leurs assureurs.

TEXTES

TITRE VIII BIS : DU CONTRAT D'ENTREPRISE

Article 1755

Le contrat d'entreprise est celui par lequel l'entrepreneur réalise, de façon indépendante, un ouvrage au profit de son client, maître de l'ouvrage.

L'ouvrage peut être matériel ou intellectuel.

Il consiste en un bien ou un service.

Le particularisme du contrat d'entreprise réside dans le fait que l'utilité du contrat résulte, non pas de l'utilité d'un bien, mais de la mobilisation de l'activité humaine, peu important que celle-ci se niche ou non dans un bien. Le centre de gravité du contrat d'entreprise se trouve ainsi dans la notion d'ouvrage, qui se conçoit à la fois comme l'activité de l'entrepreneur et son résultat. L'activité en jeu peut consister à travailler sur un bien ou être une pure création de l'esprit, sans exclure qu'elle revête un caractère hybride.

Le résultat qui en découle est un bien lorsqu'il est susceptible d'appropriation ; à défaut, il est un service. Ces deux *summa divisio* sont apparues suffisamment cardinales pour permettre d'explorer l'immense variété des contrats d'entreprise.

En outre, l'indépendance de l'entrepreneur est un critère essentiel du contrat d'entreprise, que l'avant-projet se propose d'introduire dans le Code civil. Historiquement, le contrat de travail s'est détaché du louage d'ouvrage par l'émergence du critère de la subordination ; le critère d'indépendance ne figurant dans aucun texte. Il s'impose désormais comme le reflet symétrique du lien de subordination. Dès lors, tout ce qui ne relève pas de la subordination au sens du droit du travail est indépendance, aucune catégorie interstitielle n'est envisagée.

Enfin, les termes « maître de l'ouvrage » et « client » sont tous deux retenus dans un souci de respect des habitudes de langage et, partant, d'intelligibilité de la règle de droit. Ils sont utilisés comme synonymes mais, selon que l'ouvrage est matériel ou intellectuel, consiste en un bien ou un service, porte sur un immeuble ou un meuble, une appellation prévaudra sur l'autre. En outre, si le « client » est un terme générique qui n'est pas propre au contrat d'entreprise, la plupart des cocontractants d'un prestataire de service ne sauraient se reconnaître dans le vocable de « maître de l'ouvrage ». Ainsi, par exemple, du client de l'avocat.

CHAPITRE I - Dispositions communes à tous les contrats d'entreprise

Article 1756

Le contrat d'entreprise peut être gratuit ou onéreux.

Il est présumé onéreux lorsque l'ouvrage à réaliser **s'inscrit dans le cadre de** l'activité professionnelle de l'entrepreneur.

La catégorie des services gratuits n'a pas trouvé de texte au sein duquel s'abriter en 1804, les rédacteurs du Code Napoléon ayant spécialisé le mandat, loin du *mandatum* romain, tout en conservant la tradition du louage d'ouvrage onéreux. Néanmoins, la flexibilité du contrat d'entreprise plaide en faveur de la prise en compte de cette catégorie, résiduelle mais réelle, notamment dans le secteur de l'économie bénévole. C'est pourquoi la commission a choisi de faire une place à ces situations spécifiques, qui ne se confondent pas avec la gestion d'affaire dès lors que chaque partie y a consenti.

La présomption instituée à l'alinéa 2nd est la même présomption simple que celle que l'on retrouve dans le dépôt (art. 1916), le prêt à usage (art. 1876) ou le mandat (art. 1991). Il reviendra donc au maître de l'ouvrage de la renverser pour démontrer que le professionnel agissait *pro Bono* à son égard.

Article 1757

Lorsque l'ouvrage requiert, pour sa parfaite exécution, des prestations relevant habituellement d'autres contrats nommés, telles que la mise à disposition, la garde, la conservation, le déplacement d'un bien ou la conclusion d'actes juridiques, ces prestations obéissent, en tant que de raison, aux règles particulières régissant ces contrats.

Il en va de même s'agissant du transfert de propriété quand la réalisation de l'ouvrage emporte un tel effet.

Comme ailleurs dans l'avant-projet (par ex. art. 1710 pour le bail), le texte proposé a vocation à être utilisé comme une « rose des vents » par le juge : l'idée est d'ouvrir la voie au raisonnement par analogie en soumettant les contrats complexes issus de la pratique, mêlant plusieurs prestations caractéristiques, à un régime sur mesure constitué des noyaux propres à chaque contrat nommé. Il s'agit donc de procéder de façon distributive et raisonnée (« en tant que de raison ») avec les différents régimes applicables selon la prestation litigieuse, comme l'a déjà admis la jurisprudence dans des cas spécifiques, par exemple celui du garagiste qui, au titre de la garde du véhicule accessoire à sa réparation, est tenu des obligations d'un dépositaire (par ex., Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2009, n° 07-21.519).

La mention du transfert de propriété dans un alinéa autonome se justifie par le fait que celui-ci n'est pas une prestation mais un effet légal.

Section I - Du contenu du contrat d'entreprise

La formation du contrat d'entreprise n'exigeant que peu de dispositions, contrairement à d'autres contrats spéciaux, la commission a préféré prévoir une section relative au contenu de ce contrat. Surtout, la fixation du prix n'est pas un élément nécessaire à la formation du contrat d'entreprise mais elle participe de son contenu.

Article 1758

Le contrat d'entreprise est formé dès que les parties sont convenues de l'ouvrage à réaliser.

Le contrat d'entreprise est consensuel. Il se forme par l'accord de volontés des parties sur la prestation que doit réaliser l'entrepreneur.

Article 1759

Un devis peut être établi pour décrire l'ouvrage à réaliser et estimer son prix.

Il ne donne pas lieu à rémunération, sauf convention contraire.

Le devis engage l'entrepreneur pendant la durée fixée ou, à défaut, pendant un délai raisonnable.

Le devis, par la diversité et l'ampleur des situations que ce terme agrège, génère un contentieux fourni. Il vise l'hypothèse où, pour établir sa proposition de prix sur demande, l'entrepreneur est amené à fournir un travail. Il recèle une fonction de protection du client.

La règle - supplétive - est celle de sa gratuité compte tenu de la sociologie des devis du contrat d'entreprise, pour la plupart fournis de manière spontanée et gratuite. De surcroît, la vertu de cette règle est incitative : il revient à l'entrepreneur qui entend se faire payer pour la réalisation du devis de le prévoir et ainsi d'en informer le client.

La commission s'est toutefois interrogée sur la pertinence d'inverser cette règle, dans le but de responsabiliser les clients face au travail, parfois considérable, que l'entrepreneur doit fournir pour produire le devis. Dans cette optique, une autre possibilité serait de prévoir que le client peut exiger un devis avant de s'engager, auquel cas une présomption simple d'onérosité serait prévue, celle-ci pouvant être renversée par la convention ou les usages. Cette solution supposerait cependant de proposer une définition du devis suffisamment restrictive pour qu'elle ne joue pas en défaveur des clients, sans pour autant consister en une étude préliminaire si élaborée qu'elle s'analyserait déjà comme un contrat d'entreprise ; ou encore de ne la réserver qu'au client agissant à titre professionnel.

Selon les cas, le devis peut être conçu comme une simple offre ou comme un avant-contrat. Dès lors, une durée de validité peut avoir été convenue ou fixée unilatéralement. A défaut, le standard du délai raisonnable trouve à s'appliquer quant à son effet obligatoire.

Article 1760

Le contrat d'entreprise est valablement formé sans accord préalable sur le prix.

A défaut d'accord sur le prix, le juge le fixe en fonction de la qualité de l'ouvrage réalisé, des attentes légitimes des parties, des usages et de tout autre élément pertinent.

La déterminabilité du prix - terme préféré à celui de « rémunération » pour son caractère générique, pouvant inclure le coût des matériaux en sus de la rétribution

de l'activité de l'entrepreneur - n'est pas une condition de validité du contrat d'entreprise. La règle est classique et ne suscite pas de remarque particulière.

En revanche, le texte se propose de revenir sur la faculté de détermination unilatérale du prix issue de l'article 1165 du Code civil, en la supprimant au profit d'une fixation judiciaire conformément à la jurisprudence antérieure à 2016. La réforme des contrats spéciaux pourrait être l'occasion d'abroger ce texte vivement controversé. Il peut aussi subsister mais la règle énoncée au titre du contrat d'entreprise l'emportera sur lui par application de l'article 1105. Il reviendra alors à l'imagination des juristes d'identifier l'espace que le contrat d'entreprise laisse au contrat de prestation de services pour faire apparaître quel domaine d'application résiduel conserve l'article 1165.

Les critères retenus pour fixer judiciairement le prix ne sont pas exhaustifs, conférant ainsi au juge une large marge de manœuvre, comme c'est également le cas dans le dépôt (art. 1923) ou le mandat (art. 1991).

Article 1761

Les parties peuvent convenir d'un prix forfaitaire auquel cas l'article 1195 est sans application.

Le prix est forfaitaire lorsqu'il est fixé par avance et n'est pas susceptible de modification, quels que soient les aléas affectant la réalisation de l'ouvrage. Le texte exclut donc le régime de l'imprévision mais ne fait pas obstacle à l'action en réduction des honoraires forfaitairement fixés telle qu'elle résulte de la disposition suivante et conformément à la jurisprudence (par ex. Cass. 1^{re} civ., 21 février 2006, n° 02-14.326, *Bull. civ. I*, n° 100). En effet, le risque de voir germer des clauses de style qualifiant les honoraires de prix forfaitaire et destinées à contourner cette action a conduit les membres de la commission à considérer que l'exclusion des marchés à forfait du champ d'application de l'article 1752 n'était pas souhaitable.

Article 1762

Lorsque le prix a le caractère d'honoraires et qu'il a été convenu avant l'achèvement de l'ouvrage, le juge peut, nonobstant toute clause contraire, en réduire le montant s'il l'estime excessif au regard de l'ouvrage réalisé.

Il en va autrement lorsque les honoraires ont été versés après achèvement de l'ouvrage, en connaissance du travail accompli.

La règle, historiquement dégagée par la jurisprudence pour les mandataires avant d'être étendue à d'autres professions relevant du contrat d'entreprise (Cass. req. 12 décembre 1911, *D.* 1913.1.129 ; Cass. req. 11 mars 1913, *D.* 1913.1.408 ; Cass. civ., 24 avr. 1914, *S.* 1914.1.349 ; Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1998, n° 95-15.799, *Bull. civ. I*, n° 85 ; Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1998, n° 96-14.328, *Bull. civ. I*, n° 168) ne connaissait pas de fondement textuel. La présente disposition entend ainsi la consacrer en lui conférant un caractère impératif.

Celle-ci doit néanmoins conserver son caractère exceptionnel : la règle ne s'applique pas à tous les contrats d'entreprise onéreux, mais seulement à ceux dont le prix peut

s'analyser comme des honoraires. Ce dernier terme n'est pas défini en raison de l'absence d'accord entre les membres de la commission relativement à la délimitation de la règle.

Selon certains, sa principale justification tient à la relation de confiance qui unit les membres des professions libérales à leurs clients et à la situation de vulnérabilité dans laquelle ceux-ci se retrouvent souvent à l'égard de leur cocontractant.

Pour d'autres, une donnée d'ordre économique spécifie les prestations auxquelles correspond la pratique des honoraires. Elle tient à la difficulté à prendre en compte le coût de réalisation de l'ouvrage comme paramètre d'évaluation, compte tenu de sa spécificité. En effet, le terme d'honoraires n'est généralement pas employé à propos de la réalisation d'ouvrages principalement matériels alors que, pour ceux-ci, le coût des matériaux, d'amortissement des moyens de production et de la main d'œuvre peuvent servir de points de référence pour situer le prix. Quand l'ouvrage est essentiellement intellectuel, c'est la formation et le talent de qui le réalise qui est valorisé. Or, l'estimation objective du « coût » de ces acquis dans la réalisation de l'ouvrage est irréalisable.

Enfin, il a été ajouté que cette donnée économique doit se cumuler avec un critère d'ordre éthique ou déontologique, dont le terme même d'« honoraires » est issu.

Comme il a été écrit, « cette faculté accordée au juge s'enracine dans l'histoire des professions libérales et, plus généralement, des *arts libéraux* qui, dans la cité grecque comme romaine, ne relevaient pas de l'ordre marchand. Pour Aristote, le savoir ne se monnayait pas. Mis en œuvre au service d'autrui et du bien commun par le philosophe, le pédagogue, l'avocat ou le médecin, il assurait à ces hommes de l'esprit une notabilité qui était leur récompense. Il s'agissait d'activités nobles, propres aux hommes libres, relevant en principe d'une logique de don et de contre-don. Les activités laborieuses appliquées à la matière, celles de l'artisan ou du commerçant, s'inscrivaient en revanche dans une logique marchande (v. notamment, G. Chantepie, *La lésion*, préf. G. Viney, LGDJ 2006, n° 476 s). Elles appelaient une rémunération, un salaire, là où les premières ne permettaient qu'un *hommage*. La rétribution des arts libéraux se situait donc dans les honneurs que la cité comme le client accordaient à ceux qui les pratiquaient. La société chrétienne poursuivra cette opposition entre les activités de l'esprit et le travail physique ou de la matière physique (C. Noblot, « L'opposition des activités matérielles et intellectuelles en droit privé », JCP G 2010.69) » (Le contrôle judiciaire du prix, Rapport du club des juristes, Septembre 2021, p. 25.). Même si ces professions sont progressivement absorbées par l'ordre marchand depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle, elles continuent à se prévaloir d'un supplément éthique qui les singularisent au regard de la logique d'une économie de marché. Dès lors, un supplément d'ordre moral est donné à la relation qu'elles instituent avec le client, qui justifie que l'on tempère la force obligatoire du contrat. La définition légale actuelle des professions libérales recueille cet héritage (L. n° 2012-387 du 22 mars 2012, art. 29 : « Les professions libérales regroupent les personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle, sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres

formes de travail indépendant ».). La question de la pertinence de ce critère à l'époque contemporaine a toutefois été débattue.

Dans le fil de ces observations, la Commission a discuté de la proposition consistant à restreindre le champ de la réduction judiciaire aux seules professions libérales, telles que définies par l'article 29 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012. Du point de vue d'une majorité de la Commission, ses critères sont cependant apparus trop fuyants.

S'agissant du critère d'ordre intellectuel, il a semblé trop délicat à pratiquer à l'égard des ouvrages hybrides impliquant une création matérielle. Par ailleurs, toutes les prestations intellectuelles ne justifient pas l'application de la règle. Ainsi en est-il des créations de l'esprit, œuvres littéraires et artistiques (contrats de command, création de logiciels...), des contrats de services numériques (téléphonie mobile, accès à internet, contrats de maintenance informatique, etc.).

S'agissant du critère éthique, certains risques ont également été identifiés : ainsi le cas d'une entreprise qui se donnerait un code d'éthique et de bonne conduite tomberait-elle dans le champ de la règle ?

L'ensemble de ces considérations a donc conduit à la proposition retenue, qui laisse à la jurisprudence le soin de fixer au cas par cas ce qui mérite d'être qualifié d'honoraires. Se formera ainsi la liste des entrepreneurs auxquels la règle doit être appliquée et ceux qui y sont soustraits.

Le pouvoir de réduction judiciaire des honoraires est soumis à des conditions empruntées à la jurisprudence. Il faut que le prix ait été convenu avant l'achèvement de l'ouvrage et que le maître de l'ouvrage ne l'ait pas payé en connaissance du travail accompli, ce critère étant, semble-t-il, celui de la jurisprudence (Cass. 1^{re} civ., 2 avril 1997, n° 95-17.606, *Bull. civ. I*, n° 113). Les discussions furent néanmoins assez vives sur le critère du versement ou du paiement, par opposition à l'acceptation, ainsi que sur la condition de « connaissance de cause » ou « connaissance du travail accompli ». Certains estimèrent notamment que, pour mettre la règle à l'écart, il n'était pas nécessaire que le prix fût « versé » en connaissance de cause mais simplement « consenti » par le client en connaissance de cause, en tous les cas après exécution de l'ouvrage.

Enfin, le juge doit apprécier le caractère excessif du montant convenu au regard du résultat du travail. Cette dernière condition inclut deux aspects qui peuvent justifier la mise en œuvre de la réduction des honoraires : d'une part, l'importance du travail fourni d'un point de vue quantitatif, d'autre part, l'importance du travail fourni du point de vue qualitatif.

Section II - Des effets du contrat d'entreprise

La Commission a choisi d'écarter la distinction entre les obligations de l'entrepreneur et celles du maître de l'ouvrage en raison de leur forte imbrication. Par exemple, l'entrepreneur a l'obligation de proposer l'ouvrage à la réception et le maître de l'ouvrage est tenu de réceptionner. Il a semblé plus cohérent de retenir une approche chronologique (réalisation de l'ouvrage – réception de l'ouvrage) laquelle correspond en outre à la dualité d'objet du contrat d'entreprise (fourniture du travail – fourniture du résultat du travail).

§ 1 - De la réalisation de l'ouvrage

Article 1763

L'entrepreneur est tenu de réaliser l'ouvrage convenu et de le délivrer au client dans le délai fixé ou, à défaut, dans un délai raisonnable.

La Commission a choisi de ne pas faire apparaître la distinction entre obligations de moyens et de résultat. Bien que celle-ci soit abondamment utilisée par la jurisprudence relative au contrat d'entreprise, il a semblé que chercher à la systématiser causerait davantage de difficultés qu'elle n'en réglerait. En outre, celle-ci relève avant tout du droit commun. Le recours à la notion de délai raisonnable sous-entend, quant à lui, le renvoi à l'actuel article 1231 du Code civil.

Article 1764

Si plusieurs entrepreneurs concourent à la réalisation de l'ouvrage, chacun est tenu envers le client de coopérer avec ceux dont l'intervention s'imbrique avec la sienne.

Sauf clause de solidarité, la cotraitance oblige conjointement les entrepreneurs à l'égard du client.

Le texte proposé vise l'hypothèse des co-entrepreneurs : lorsque plusieurs entrepreneurs interviennent dans une opération d'ensemble et qu'un lien d'interdépendance unit leurs interventions, ils sont tenus de coopérer entre eux, alors même que chacun n'est lié contractuellement qu'avec le maître de l'ouvrage. Il ne peut s'agir toutefois que d'une obligation de moyen, de nature contractuelle, qui pèse sur chaque co-entrepreneur à l'égard du client. Dès lors, il reviendra à ce dernier de mettre en demeure l'entrepreneur défaillant de coopérer avec les autres. La règle présente une vocation prophylactique : encourager les entrepreneurs à se coordonner, s'informer, ne pas s'entraver les uns les autres, etc. en dépit de leur éventuelle situation concurrentielle ou autres incompatibilités d'humeurs.

Le critère de l'imbrication, terme emprunté à Carbonnier, fit l'objet de longues discussions. Il implique que la coopération ne puisse être exigée que lorsqu'elle est nécessaire ou *a minima* utile pour la réalisation de l'ouvrage d'ensemble auquel chacun contribue, parce que les activités des co-entrepreneurs sont directement liées, ce qu'il reviendra au juge d'apprécier. Le critère recouvre une idée d'interdépendance qu'un auteur a estimé caractérisée entre deux contrats quand, d'une part, aucun n'a d'intérêt pour le client commun sans l'achèvement de l'ouvrage auquel ils contribuent, et que, d'autre part, l'achèvement de l'ouvrage ne peut se passer d'aucun des deux (S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle*, préf. J. Foyer et M.-L. Demeester, Dalloz, 2007, n° 189 et n° 557).

Les co-entrepreneurs ne sont toutefois pas tenus solidairement entre eux de répondre des obligations auxquelles ils se sont individuellement engagés vis-à-vis du maître de l'ouvrage, sauf clause contraire. Il s'agit du rappel du droit commun.

Article 1765

Lorsque le contrat d'entreprise est conclu à titre gratuit, la **responsabilité** de l'entrepreneur est appréciée moins rigoureusement que s'il est onéreux.

De ce texte émane la même logique de rigueur atténuée dans l'appréciation de la responsabilité, en chacun de ses éléments, lorsque l'activité à l'occasion de laquelle elle a été commise était animée d'un esprit de bienfaisance que celle qui a été consacrée dans les autres contrats spéciaux concernés (art. 1886-3 et 1891 pour le commodat ; art. 1925 pour le dépôt ; art. 1997 pour le mandat). La règle apparaît toutefois en décalage avec la jurisprudence relative à la convention d'assistance bénévole qui retient toute faute de l'assistant, fût-elle d'imprudence (Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 2022, n° 20-20.331, PB).

Article 1766

En cas d'immixtion du client dans la réalisation de l'ouvrage, l'entrepreneur, s'il estime inappropriées les instructions reçues, doit, s'il accepte de s'y conformer, émettre des réserves par tout moyen. A défaut, il ne peut s'en prévaloir pour diminuer ou exclure sa responsabilité.

En droit commun de la responsabilité contractuelle, la faute de la victime ayant contribué à la réalisation de son propre dommage est un fait partiellement exonératoire pour le responsable. Le texte proposé y déroge sensiblement en rappelant que l'entrepreneur doit émettre des réserves et faire toutes les mises en garde qui s'imposent lorsque les instructions du client lui paraissent inadaptées, à défaut de quoi il ne pourrait s'en prévaloir pour s'exonérer d'une éventuelle action en responsabilité ultérieure exercée contre lui par ce dernier. La règle se conçoit comme un corolaire de l'indépendance de l'entrepreneur à l'égard du client. Celui-là devra se ménager la preuve des réserves qu'il a émises, laquelle pourra être rapportée par tous moyens.

L'hypothèse de la compétence notoire ou manifeste du client dans le domaine concerné par les instructions qu'il donne a été envisagée. Il est néanmoins apparu que, même en pareil cas, l'entrepreneur doit rester tenu de la même responsabilité.

Article 1767

Sauf **clause** contraire, l'entrepreneur peut recourir à la sous-traitance.

Il répond du sous-traitant vis-à-vis de son client.

L'alinéa 1^{er} constitue un rappel du droit positif. La sous-traitance est autorisée par principe, sauf à être prohibée par le contrat.

L'alinéa 2nd précise qu'en cas de dommage imputable au sous-traitant, l'entrepreneur principal en est garant. Cet article instaure une responsabilité contractuelle du fait d'autrui, comme en matière de mandat (art. 2002). Conformément à la jurisprudence, le client peut agir contre l'entrepreneur à titre principal pour le garantir des dommages causés par le sous-traitant.

Article 1768

Le maître de l'ouvrage peut exercer contre le sous-traitant toute action née du contrat de sous-traitance.

Le sous-traitant peut opposer à l'action formée contre lui les exceptions qu'il pourrait opposer à son cocontractant direct.

L'alinéa 1^{er} rompt avec la jurisprudence *Besse* (Cass. Ass. Plén., 12 juillet 1991, n° 90-13.602, *Bull. A.P.*, n° 5) en consacrant l'action directe de nature contractuelle du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant. Sont visées toutes les actions ouvertes à l'entrepreneur principal, c'est-à-dire toutes celles découlant du contrat liant le sous-traitant à l'entrepreneur principal. C'est que le client a un intérêt direct à contrôler la manière dont le sous-traitant agit, voire à forcer l'exécution. Il ne s'agit donc pas, par définition, de lui offrir une sûreté monétaire, mais de lui permettre de conserver, par l'établissement d'un rapport direct avec le sous-traitant, la maîtrise de l'ouvrage. De ce point de vue, et contrairement à la situation du bailleur à l'égard du sous-locataire, l'analogie est permise avec le droit du mandat, l'avant-projet proposant également une action directe en faveur du mandant (art. 2002).

Réciproquement, l'alinéa 2nd prévoit que le sous-traitant peut opposer au client, maître de l'ouvrage, toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer à l'entrepreneur principal. La règle favorise la prévisibilité contractuelle du débiteur en lui permettant d'opposer les moyens de défense qu'il aurait pu opposer à son cocontractant direct (rapp. art. 1603 -1 en matière de vente ; comp. option art. 1737 en matière location).

En revanche, le sous-traitant ne peut pas se prévaloir des exceptions que l'entrepreneur principal pourrait opposer au maître de l'ouvrage. Au terme de vives discussions, la commission a fait le choix de ne pas consacrer la « double limite » de l'arrêt *Clic Clac photo*, considérant que le point nodal de l'action directe reposait sur les prévisions que pouvait faire la partie atraite en justice. Dès lors, seul le contrat par lequel cette dernière s'est engagée doit être pris en compte.

Pour autant, certains membres de la Commission s'opposaient à ce que le maître de l'ouvrage dispose de plus de droits que ce que son propre contrat lui octroie. Plusieurs séries d'arguments ont toutefois emporté la solution actuelle. Tout d'abord, l'action directe se résume à une économie de moyens ; or, il serait injuste que le sous-traitant soit exonéré par la faillite de l'entrepreneur principal. Ensuite, il paraît plus difficile d'admettre que le sous-traitant puisse invoquer un contrat qui lui étranger, que d'admettre que le maître de l'ouvrage puisse se voir opposer les clauses d'un contrat qui ne lui est pas étranger puisqu'il a laissé son cocontractant libre de le passer pour réaliser la mission qu'il lui avait confiée. Enfin, la « double limite » n'a pas été retenue en matière de vente. Or, le régime de l'action directe en cas de sous-traitance doit être cohérent avec celui retenu dans ce domaine car rien ne justifie une différence de traitement entre les sous-traitants entrepreneurs et les sous-traitants fabricants/vendeurs (sous-traitance industrielle). Les premiers sont de vrais sous-traitants tandis que les seconds sont des fournisseurs, des vendeurs. Selon les cas, s'appliqueront donc les articles 1603 et s. ou les dispositions ci-dessus. La Commission a eu le souci de veiller à la cohérence des solutions d'un contrat à l'autre, d'autant que celle-ci n'est pas toujours vérifié en droit positif.

Article 1769

Le maître de l'ouvrage comme l'entrepreneur dispose contre le fournisseur du sous-traitant de toute action née du contrat de vente conclu avec celui-ci.

Le vendeur peut opposer à l'action formée contre lui les exceptions qu'il pourrait opposer à son cocontractant direct.

L'alinéa 1^{er} réaffirme, en filigrane, la jurisprudence *Résidence Brigitte* (Cass. A.P., 7 févr. 1986, n° 84-15.189, *Bull. A.P.*, n° 2) qui permet au maître de l'ouvrage d'agir sur le terrain contractuel contre le fournisseur de l'entrepreneur principal et brise la jurisprudence plus récente qui retient la nature extracontractuelle de l'action exercée par le maître de l'ouvrage contre le fournisseur du sous-traitant. Rien ne justifie en effet la différence de nature de l'action, contractuelle lorsqu'elle est exercée contre le fournisseur de l'entrepreneur principal, délictuelle lorsqu'elle est exercée contre le fournisseur du sous-traitant (par ex., Cass. 3^e civ., 28 nov. 2001, n° 00-13.559, *Bull. civ. III*, n° 137). Le texte consacre également la jurisprudence qui retient la nature contractuelle de l'action exercée par l'entrepreneur principal contre le fournisseur du sous-traitant (Cass. 3^e civ., 26 nov. 2014, n° 13-22.067, *Bull. civ. III*, n° 159 ; Cass. 2^e civ., 26 oct. 2017, n° 16-18.151).

Le fondement de ces différentes actions directes a divisé la Commission.

Dans une première conception, l'action directe dont disposent le client et l'entrepreneur principal contre le fournisseur du sous-traitant repose sur une logique différente de celle dont dispose le client contre le sous-traitant : l'action de l'article 1768 est une action *intuitu operi*, qui se justifie par l'unité de l'œuvre à réaliser ; tandis que l'action prévue par le présent texte est relative au transfert de propriété et relève à ce titre de *l'intuitus rei*, de sorte que la chose passe de mains en mains et avec elle les actions qui y sont liées. Selon l'autre conception, ces actions directes reposent sur un mécanisme similaire, celui de la transmission des droits et actions à titre accessoire du bien vendu ou de l'ouvrage réalisé.

Sans trancher ces questions au fond, la Commission a opté pour une identité de régime afin de tarir le contentieux qui risquerait de se créer pour jouer sur la qualification exacte du sous-traitant, vendeur ou entrepreneur.

Article 1770

Si l'action contre le sous-traitant ou son fournisseur a été exercée par le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur et le sous-traitant conservent leur droit d'agir contre le défendeur, pour autant que leur action soit compatible avec celle du maître.

Ils peuvent toujours agir en vue d'être garantis des condamnations susceptibles d'être prononcées à leur encontre au profit du maître de l'ouvrage.

Le texte proposé a vocation à régler les éventuels concours d'actions qui pourraient survenir dans les chaînes de contrats précédemment traitées. Les contractants intermédiaires (entrepreneur principal ou sous-traitant) ne peuvent agir contre les intérêts du maître de l'ouvrage auquel ils ont transmis leurs droits et actions, ce

dernier ayant un intérêt prioritaire à agir. Ils ne peuvent donc agir qu'à titre subsidiaire et à condition de ne pas lui nuire.

L'alinéa 2nd consacre la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 20 mai 2010, n° 09-10.086, *Bull. civ. I*, n° 119).

Article 1771

Sauf si la sous-traitance est interdite, le sous-traitant dispose d'une action directe en paiement contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur ne paie pas, après une mise en demeure infructueuse, les sommes qui lui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance et correspondant aux ouvrages réalisés au profit du maître de l'ouvrage.

Le maître de l'ouvrage n'est toutefois tenu que dans la limite des sommes qu'il doit encore à l'entrepreneur à la date à laquelle il a reçu la copie de la mise en demeure prévue à l'alinéa précédent.

La constitution sur la créance de l'entrepreneur principal de droits concurrents à ceux du sous-traitant en vertu de l'action directe sont inopposables à celui-ci.

Le maître de l'ouvrage peut toujours opposer au sous-traitant les exceptions qu'il pourrait opposer à l'entrepreneur ou que celui-ci pourrait opposer au sous-traitant.

La question de la bilatéralisation de l'action directe a été abondamment discutée. La Commission a toutefois estimé utile de proposer un régime général de la sous-traitance, sous réserve de son articulation avec la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975.

L'alinéa 1^{er} s'inspire donc des articles 12 et 13 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975. Il instaure une action directe en paiement au bénéfice du sous-traitant pour les ouvrages réalisés au profit du client s'il n'est pas payé après une mise en demeure infructueuse dirigée contre l'entrepreneur principal. Il supprime en revanche la condition liée à l'agrément du sous-traitant par le maître qui constitue aujourd'hui le principal obstacle à l'effectivité de l'action directe.

En revanche, aucune action directe en paiement ne saurait être reconnue au sous-traitant si le maître de l'ouvrage avait interdit à l'entrepreneur de recourir à la sous-traitance.

Le deuxième alinéa pose la même limite que celle dont dispose l'article 13 précité : le client n'est tenu que des sommes qu'il doit encore à l'entrepreneur à la date de réception de la copie de la mise en demeure. La mise en demeure fige ainsi la situation et le sous-traitant devient prioritaire par le jeu de l'action directe.

Le troisième alinéa est inspiré de l'article 13-1 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 et propose une sanction tirée du régime prétorien : celle de l'inopposabilité au sous-traitant des droits qui lui sont concurrents.

Le dernier alinéa prévoit les exceptions que le maître de l'ouvrage peut opposer à l'action directe en paiement du sous-traitant. Il n'est tenu que dans la limite de la créance du sous-traitant et de sa dette à l'égard de l'entrepreneur principal. Il semble également naturel qu'il puisse opposer les vices, malfaçons ou défauts de conformité de l'ouvrage quel que soit le contrat de référence, contrat principal ou contrat de sous-traitance.

Article 1772

Une fois l'ouvrage achevé, l'entrepreneur est tenu de le présenter à la réception au client.

La présentation de l'ouvrage achevé au client oblige celui-ci à le réceptionner.

Le texte proposé est conçu comme une disposition de transition vers le régime de la réception.

L'obligation de présenter l'ouvrage à la réception n'a d'existence juridique que lorsque celui-ci est achevé. Dans le cas inverse, l'entrepreneur n'y est pas tenu. Il reviendra alors au client de déclencher la réception, amiable ou judiciaire.

Pour sa part, le client est tenu de réceptionner l'ouvrage dès lors que celui-ci est achevé, sans préjudice de sa faculté d'émettre des réserves.

Article 1773 (réservé)

§ 2 - De la réception de l'ouvrage

La réception de l'ouvrage a donné lieu à de nombreux débats au sein de la Commission, tant sur le fond que sur la présentation formelle des dispositions. Il a été décidé de consacrer un article à sa définition puis de distinguer la réception expresse, la réception tacite et la réception judiciaire. Enfin, un dernier article est consacré à ses effets.

Article 1774

La réception est l'acte juridique par lequel le client déclare accepter l'ouvrage, avec ou sans réserves.

Elle est expresse ou tacite.

La définition de la réception reprend celle de l'actuel article 1792-6. Il avait été proposé d'ajouter que, par la réception, le client reconnaît la conformité de l'ouvrage réalisé à celui commandé. C'est en effet la réception qui donne juridiquement vie à l'ouvrage et autorise notamment son transfert au client ; tant que l'ouvrage n'est pas réceptionné, il demeure en cours de réalisation, à l'état de projet. Mais la référence à la « conformité » a paru difficilement compatible avec la formulation de réserves.

Article 1775

La réception expresse est contradictoire.

Quand la réception est expresse, les réserves doivent l'être aussi.

Conformément à la jurisprudence, l'exigence de respect du contradictoire est consacrée dans le cas de la réception expresse (Cass. 3^e civ., 20 oct. 2021, n° 20-20.428, PB). Celle-ci ne suppose toutefois que la convocation régulière de toutes les parties à la réception, non leur présence effective.

Le formalisme instauré quant aux réserves implique que le maître de l'ouvrage ne pourra plus, une fois la réception opérée, émettre de nouvelles réserves. Ce parallélisme des formes a vocation à tarir le contentieux qui peut survenir en ce domaine.

Article 1776

La réception peut être tacite si est caractérisée une volonté non équivoque du client d'accepter l'ouvrage.

La prise de possession de l'ouvrage et le paiement du solde du prix font présumer la volonté non équivoque du client de le recevoir, avec ou sans réserves.

Ces dispositions consacrent la jurisprudence de la Cour de cassation sur la volonté non équivoque d'accepter l'ouvrage (not. Cass. 3^e civ., 16 févr. 2005, n° 03-16.880, *Bull. civ.* III, n° 36) et les conditions de la présomption simple de réception tacite (Cass. 3^e civ., 18 mai 2017, n° 16-11.260, PB ; Cass. 3^e civ., 18 avr. 2019, n° 18-13.734, PB ; Cass. 3^e civ., 25 juin 2020, n° 19-15.780).

Article 1777

La réception peut être prononcée judiciairement, avec ou sans réserves, si l'ouvrage satisfait à sa destination.

La réception judiciaire est prononcée par le juge au regard de l'aptitude de l'ouvrage à sa destination. L'expression a été empruntée au projet Capitant, de préférence à celle, plus imprécise, utilisée par la jurisprudence : « si l'ouvrage est en état d'être reçu » (Cass. 3^e civ., 12 oct. 2017, n° 15-27.802, PB).

Cette référence à la destination explique que la réception judiciaire puisse comporter des réserves. Par exemple, la construction d'un immeuble ne comportant pas le nombre de fenêtres stipulé au contrat pourra faire l'objet d'une réception judiciaire eu égard à son caractère habitable tout en comportant une réserve relative aux fenêtres manquantes.

Article 1778

La réception couvre tout vice ou défaut de conformité apparents n'ayant pas fait l'objet de réserves.

Elle marque le point de départ des garanties dues par l'entrepreneur et fait courir les délais des actions en responsabilité contre lui.

Sauf stipulation contraire, elle emporte transfert de propriété et des risques de l'ouvrage.

Sans réserve, elle rend le prix, ou le solde du prix, exigible.

L'alinéa 1^{er} consacre l'effet premier de la réception (Cass. 3^e civ., 27 mars 2012, n° 11-15.468 ; Cass. 3^e civ., 25 mai 2022, n° 21-13.441).

L'alinéa 2 est emprunté à la jurisprudence en distinguant formellement les actions en garanties et celles en responsabilité, tout en excluant le point de départ glissant de l'article 2224.

L'alinéa 3 consacre le transfert des risques et, dès l'instant qu'il est admis que le contrat d'entreprise peut être translatif de propriété, lie le transfert de la propriété à celui des risques.

L'alinéa 4 reprend également la jurisprudence.

Section III - De l'extinction du contrat d'entreprise

Article 1779

Le contrat d'entreprise prend fin par le décès ou l'incapacité de l'entrepreneur **ou, s'il s'agit d'une personne morale, par sa dissolution.**

Le client est tenu de payer à l'entrepreneur ou à **ses ayants-cause** la valeur de l'ouvrage accompli, en proportion du prix convenu, dès lors qu'il lui est utile.

Ce texte reprend en substance l'actuel article 1796 du Code civil. En cas de décès ou d'incapacité de l'entrepreneur, le client est tenu de lui payer, ou à sa succession, un prix proportionnel à la valeur de l'ouvrage accompli, en contemplation du prix qui était convenu au contrat. Dès lors, la fourchette contractuelle s'impose comme référentiel au juge, indépendamment de la qualité de l'ouvrage réalisé et de sa valeur objective. La valeur de l'ouvrage s'apprécie à la date du paiement.

Article 1780

Le client peut résilier, par sa seule volonté, le contrat d'entreprise, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise.

Le texte propose de généraliser la faculté de résiliation unilatérale offerte au maître de l'ouvrage au-delà du seul marché à forfait (actuel article 1794 du Code civil). La Commission a estimé que le coût de mise en œuvre de ce droit pour le client empêchait les dérives, cette faculté n'étant alors exercée que lorsqu'il apparaît que la réalisation globale de l'ouvrage s'avère trop coûteuse ou de si mauvaise qualité que son arrêt s'impose.

CHAPITRE II - Dispositions propres à certains contrats d'entreprise

Article 1786

Si les biens nécessaires à la réalisation de l'ouvrage périssent par cas de force majeure, avant que le client ne fût en demeure de réceptionner l'ouvrage, la perte en est pour la partie qui les a fournis. L'entrepreneur perd tout droit à rémunération.

Inspiré du Code civil québécois, le texte reprend, par une formulation plus condensée, l'état du droit positif sur la théorie des risques (C. civ., art. 1788, 1789 et 1790). La perte de la matière est supportée par celui qui l'a fournie. Quant à la rémunération du travail, elle est subordonnée à la réception de l'ouvrage.

Section I - Le contrat d'entreprise mobilière

Article 1787

Le contrat d'entreprise mobilière est celui par lequel l'entrepreneur fabrique ou produit un bien meuble conçu pour répondre aux besoins spécifiques du client.

Le texte reprend en substance le critère jurisprudentiel de la spécificité du travail ou de l'ouvrage pour distinguer les contrats de vente et d'entreprise (Cass. 3^e civ., 5 février 1985, *Spaba*, n° 83-16.675, *Bull. civ.* III, n° 23). La spécificité doit s'apprécier en contemplation de la conception de l'ouvrage, indépendamment d'éventuels ajustements propres au client une fois la conception du bien réalisée de façon standardisée.

Le critère de la spécificité ne trouve à s'appliquer que lorsque le contrat d'entreprise a pour finalité de créer un bien nouveau, corporel ou incorporel. En revanche, lorsque le contrat a pour finalité, non la création d'un bien, mais la fourniture d'un service, il reçoit la qualification de contrat d'entreprise indépendamment du caractère spécifique ou standardisé des biens fournis. Cette différence fondamentale explique que cette disposition soit inscrite dans le Chapitre 2 relatif à « certains contrats d'entreprise ».

Article 1788

Sauf **clause** contraire, le transfert de propriété s'opère au jour de la réception de l'ouvrage par le client.

Ce texte porte l'affirmation selon laquelle le contrat d'entreprise mobilière est un contrat translatif de propriété, au même titre que la vente. Le transfert de propriété s'opère en principe au jour de la réception de l'ouvrage (rappr. art. 1767), date à laquelle celui-ci accède à l'existence juridique et peut être identifié comme un bien nouveau. Les règles de l'accession mobilière, supplétives de volontés, n'ont aucune vocation à s'y appliquer (Cass 1^{re} civ., 16 mars 2022, n° 20-13.552, PB).

La « clause contraire » vise notamment l'hypothèse de la clause de réserve de propriété jusqu'au complet paiement du prix.

Article 1789

L'entrepreneur a, comme le vendeur, l'obligation de délivrer l'ouvrage au client ~~et de répondre de son défaut de sécurité.~~

De même, il répond des vices ou défauts de conformité affectant l'ouvrage, soit qu'ils aient été cachés lors de la réception, soit qu'ils aient fait l'objet de réserves de la part du client.

Il doit, également comme le vendeur, garantir le client contre l'éviction.

L'entrepreneur répond de tous les vices et défauts de l'ouvrage au même titre qu'un vendeur. Ainsi, les règles qui gouvernent, dans la vente, le transfert de propriété et ses suites s'appliquent au contrat d'entreprise mobilière une fois intervenue la réception de l'ouvrage. Il n'en demeure pas moins qu'en amont de cette étape, donc lors de la fabrication du bien, le transfert de propriété n'ayant pas encore eu lieu, l'entrepreneur est soumis au régime du contrat d'entreprise quant à l'obligation de fabriquer la chose et à la théorie des risques.

Pour les mêmes raisons qu'en matière de vente, la référence à une obligation de sécurité a été supprimée pour le contrat de fabrication d'un bien meuble. L'ombre de la réforme de la responsabilité civile et le caractère exclusif du régime de responsabilité du fait des produits défectueux inclinent à laisser à la jurisprudence le soin de dire dans quels cas ou pour quels types d'ouvrages mobilier une obligation de sécurité peut exister, et d'en préciser la nature. Cette obligation prétorienne de sécurité est d'ailleurs vivace quand le contrat d'entreprise porte sur de simples services.

Section II - Le contrat de construction

Article 1790

Le contrat de construction est celui par lequel l'entrepreneur se charge de la construction d'un ouvrage immobilier.

Il apparaît utile de proposer une définition du contrat de construction immobilière, à l'instar de la fabrication d'un meuble.

La construction d'un ouvrage suppose l'immobilisation ou l'incorporation de matériaux dans le sol au moyen de techniques de construction (V. récemment, Cass. 3^e civ., 10 nov. 2021, n° 20-20.294, PB, qui exclut la qualification d'ouvrage à des travaux de terrassement et d'aménagement d'un terrain sans incorporation de matériaux dans le sol). La notion de construction d'un ouvrage inclut, conformément à la jurisprudence, les travaux de rénovation, de surélévation ou de réhabilitation.

En principe, le client est propriétaire du sol. Mais la définition initialement proposée incluait également les hypothèses dans lesquelles, sans être propriétaire, le client dispose du droit de construire sur ce terrain (usufruit, bail emphytéotique, bail à construction, VEFA...).

Après discussion, la Commission a estimé opportun de supprimer cette condition car la construction sur le terrain d'autrui ne cesse d'être un contrat de construction du

seul fait que le maître de l'ouvrage ne dispose pas du droit de construire (par ex. un locataire ou encore le propriétaire du terrain ayant subi une action en revendication de la part d'un tiers après la construction).

Article 1791

Sauf clause contraire, le transfert de propriété de la construction s'opère au fur et à mesure de l'incorporation des matériaux dans le sol.

Les parties peuvent notamment convenir de retarder le transfert de la propriété jusqu'à la réception de l'ouvrage ou jusqu'au paiement du prix. La propriété retenue n'est opposable aux tiers qu'à compter de son inscription au fichier immobilier.

La Commission a choisi de faire produire au contrat de construction un effet translatif de propriété, rompant avec la conception traditionnelle de l'accession conçue comme un mode d'acquisition originaire. Il s'agit de considérer que l'accession emporte, lorsqu'elle s'épanouit au sein du contrat d'entreprise, non une acquisition originaire de propriété, mais une acquisition dérivée de celle-ci. Cette accession contractualisée permet notamment d'expliquer l'action directe dans les chaînes hétérogènes de contrats (par ex. Cass. A. P., 7 févr. 1986, *Résidence Brigitte*, *op. cit.*) et de justifier l'abandon de la jurisprudence *Besse*. Le contrat d'entreprise devient ainsi translatif de propriété tant en matière mobilière qu'en matière immobilière.

Le moment du transfert reste, en principe, celui de l'incorporation des matériaux dans le sol. La règle n'est donc pas modifiée. Mais une clause peut prévoir de différer le transfert au moment de la réception de l'ouvrage, voire à celui du complet paiement du prix afin d'offrir à l'entrepreneur une garantie de paiement. Celui-ci acquiert ainsi la propriété temporaire de la construction à titre de garantie. Cette « propriété retenue » est originale en ce qu'elle permet à l'entrepreneur de se réserver une propriété immobilière qu'il n'a jamais eue, au moyen d'un droit de superficie qui doit, pour son opposabilité aux tiers, être publié au Service de la publicité foncière.

Article 1792

Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination.

Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère.

Reprise à droit constant de l'actuel article 1792 dont la numérotation, emblématique, a été conservée.

Article 1792-1

Est réputé constructeur de l'ouvrage :

1° Tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage ;

2° Toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire à titre professionnel ;

3° Toute personne qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage ;

4° Tout vendeur d'immeuble à construire ou à rénover, même s'il vend après achèvement ;

5° Tout constructeur de maison individuelle, avec ou sans fourniture du plan ;

6° Tout promoteur immobilier.

Est assimilée à un constructeur, toute personne profane qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a fait construire si elle ne communique pas à l'acquéreur, dans l'acte de vente, l'identité des constructeurs et de leurs assureurs.

L'actuel article 1792-1, 2°, du Code civil réputé constructeur le vendeur, y compris profane, qui a construit ou fait construire l'ouvrage. Sont donc visés :

- Les « vendeurs-constructeurs » : celui qui construit l'immeuble lui-même avant de le vendre. Il peut s'agir de l'entrepreneur qui édifie un immeuble ou y réalise des travaux de rénovation avant de le commercialiser. Il peut également s'agir du « castor » qui vend après l'avoir habité le pavillon qu'il a édifié ou rénové lui-même.

- Les « vendeurs-maîtres d'ouvrage » : la référence à la personne qui a « fait construire » l'immeuble vise le vendeur qui était maître d'ouvrage dans l'opération de travaux réalisée avant la vente. Cette catégorie englobe par exemple tant le promoteur qui vend un immeuble neuf, clé en main, après son achèvement, le marchand de biens (ou le promoteur) qui vend l'immeuble après achèvement des travaux de rénovation qu'il a fait réaliser ou le maître de l'ouvrage profane qui vend sa maison dans le délai de dix ans suivant la réception des travaux.

Il s'ensuit que ces vendeurs réputés constructeurs doivent avoir souscrits, dès avant l'ouverture du chantier, une assurance dommage-ouvrage (C. assur., art. L. 242-1) et, surtout, une assurance de garantie décennale (C. assur., art. L. 241-1).

A l'instar du groupe de travail Capitant, la Commission estime que cette exigence est particulièrement sévère pour les particuliers profanes qui vendent leur maison dans les dix ans de son achèvement. N'ayant pas nécessairement eu l'intention de vendre au moment de la réalisation des travaux, ils n'ont pas souscrit l'assurance responsabilité décennale puisqu'ils n'avaient alors aucune raison de le faire. Au surplus, ils n'ont pas toujours conscience de la responsabilité qui pèse sur eux lors de la revente.

Pour autant, certains membres de la Commission ont justement fait valoir que la règle actuelle protège l'acheteur en lui offrant une garantie importante pour les ouvrages (ou parties d'ouvrage) réalisés depuis moins de dix ans. Il ne faut pas non plus oublier que le vendeur, condamné à garantie sur le fondement de ces

dispositions, peut exercer une action récursoire sur le même fondement contre les constructeurs auxquels il a fait appel et leurs assureurs garantissant leur responsabilité décennale. Il n'est en principe qu'un patrimoine-relais.

Si cette assimilation venait à être supprimée, il ne resterait plus à l'acheteur que la garantie des vices cachés de droit commun dont son vendeur non professionnel sera le plus souvent exonéré par une clause de l'acte de vente.

En cet état, la Commission a tenté de trouver un équilibre entre les intérêts de celui-ci, souvent ignorant de sa qualité de constructeur et de son obligation de souscrire une assurance de responsabilité décennale, et les intérêts de l'acquéreur, lequel n'a pas nécessairement connaissance de l'identité des constructeurs et de leurs assureurs et qui risquerait, en outre, de se voir opposer une clause évasive de garantie des vices cachés.

Il est apparu que la clef de voûte de l'équilibre entre ces divers intérêts reposait sur l'information de l'acquéreur, celui-ci devant disposer des éléments nécessaires pour agir directement contre les véritables constructeurs et leur assureur. Dès lors, le vendeur profane n'est « assimilé à » un constructeur qu'à titre subsidiaire, s'il a manqué à communiquer ces informations ou s'il a contracté avec un constructeur en connaissance de l'absence d'assureur. Il appartiendra à la pratique notariale de veiller au respect de cette obligation et d'en informer les parties.

Les 4°, 5° et 6° de l'article ajoutent à la liste des constructeurs le vendeur d'immeuble à construire, le constructeur de maisons individuelles et le promoteur qui sont tous soumis à la garantie décennale

Article 1792-2

La présomption de responsabilité établie par l'article 1792 s'étend également aux dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement d'un ouvrage, mais seulement lorsque ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert.

Un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage.

Reprise à droit constant.

Article 1792-3

Les autres éléments d'équipement de l'ouvrage font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de sa réception

Reprise à droit constant.

Article 1792-4 (réservé)

La Commission propose l'abrogation de l'actuel article 1792-4 du Code civil sur les EPERS. L'imprécision du texte, son faible intérêt pratique, la possibilité pour le

constructeur mettant en œuvre des matériaux défectueux d'agir sur d'autres fondements (droit de la vente, responsabilité du fait des produits défectueux...) et l'objectif de simplification du droit et d'intelligibilité de la norme plaident pour la suppression de ce texte.

Article 1792-4-1

Toute personne physique ou morale dont la responsabilité peut être engagée en vertu des articles 1792 à 1792-3 est déchargée des responsabilités et garanties pesant sur elle, en application des articles 1792 à 1792-2, après dix ans à compter de la réception des travaux ou, en application de l'article 1792-3, à l'expiration du délai visé à cet article.

Reprise à droit constant.

Article 1792-4-2

Les actions en responsabilité dirigées contre un sous-traitant en raison de dommages affectant un ouvrage ou des éléments d'équipement d'un ouvrage mentionnés aux articles 1792 et 1792-2 se prescrivent par dix ans à compter de la réception des travaux et, pour les dommages affectant ceux des éléments d'équipement de l'ouvrage mentionnés à l'article 1792-3, par deux ans à compter de cette même réception.

Seul le maître de l'ouvrage ou l'acquéreur de l'ouvrage a qualité pour exercer ces actions.

Ce texte reprend l'actuel article 1792-4-2 du Code civil et ajoute un second alinéa qui consacre la jurisprudence récente en réservant ces actions au maître de l'ouvrage ou à l'acquéreur, à l'exception des tiers à l'opération de construire (Cass. 3^e civ., 16 janv. 2020, n° 18-21.895, PB). Les autres recours sont soumis au délai quinquennal de l'art. 2224 C. civ.

Article 1792-4-3

En dehors des actions régies par les articles 1792-3, 1792-4-1 et 1792-4-2, les actions en responsabilité dirigées contre les constructeurs désignés aux articles 1792 et 1792-1 et leurs sous-traitants se prescrivent par dix ans à compter de la réception des travaux.

Seul le maître de l'ouvrage ou l'acquéreur de l'ouvrage a qualité pour exercer ces actions.

Les actions d'un constructeur contre un autre constructeur ou son sous-traitant relèvent des dispositions de l'article 2224.

Ce texte reprend l'actuel article 1792-4-3 du Code civil et ajoute deux alinéas qui, comme le précédent, réservent ces actions au maître de l'ouvrage ou à l'acquéreur. Dès lors, les actions entre constructeurs et sous-traitants sont soumises au droit commun de la prescription (Cass. 3^e civ., 16 janv. 2020, n° 16-24.352, PB).

Article 1792-5

Toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2, soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée, est réputée non écrite.

Reprise à droit constant.

Article 1792-6

La garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception.

Les délais nécessaires à l'exécution des travaux de réparation sont fixés d'un commun accord par le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur concerné.

En l'absence d'un tel accord ou en cas d'inexécution dans le délai fixé, les travaux peuvent, après mise en demeure restée infructueuse, être exécutés aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant.

L'exécution des travaux exigés au titre de la garantie de parfait achèvement est constatée d'un commun accord, ou, à défaut, judiciairement.

La garantie ne s'étend pas aux travaux nécessaires pour remédier aux effets de l'usure normale ou de l'usage.

Le constructeur de maison individuelle, avec ou sans fourniture du plan, est tenu de cette garantie.

Le texte reprend à droit constant les alinéas 2, 3, 4, 5 et 6 de l'actuel article 1792-6 du Code civil, l'alinéa 1^{er}, relatif à la réception, ayant été supprimé au vu des articles 1764 et suivants de l'avant-projet.

Le dernier alinéa consacre le droit positif en ajoutant le constructeur de maison individuelle, avec ou sans fourniture de plan, comme débiteur de la garantie de parfait achèvement.

Article 1792-7

Ne sont pas considérés comme des éléments d'équipement d'un ouvrage au sens des articles 1792, 1792-2 et 1792-3 :

1° les éléments d'équipement, y compris leurs accessoires, dont la fonction exclusive est de permettre l'exercice d'une activité professionnelle dans l'ouvrage ;

2° les éléments d'équipement installés sur existant.

Depuis un spectaculaire revirement de jurisprudence, relèvent de la responsabilité décennale les désordres affectant des éléments d'équipement, dissociables ou non, d'origine ou installés sur existant, dès lors qu'ils rendent l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination (Cass. 3^e civ., 15 juin 2017, n° 16-19.640, PB).

De nombreux éléments d'équipements qui autrefois relevaient, soit de la garantie biennale, soit de la garantie des vices cachés de droit commun, relèvent désormais de la garantie décennale et de son assurance obligatoire (Cass. 3^e civ., 26 oct. 2017, n° 16-18.120, PB).

Le but de cette extension repose sur la protection des maîtres de l'ouvrage contre des désordres graves provenant d'un élément d'équipement qui porterait atteinte à la destination de l'existant. Mais cette jurisprudence est quasi unanimement critiquée par la doctrine aux motifs qu'il en résulte une extension discutable des domaines de la responsabilité décennale et de l'assurance obligatoire qui en est le corollaire, des risques pour les professionnels ainsi que des inconvénients pour les assureurs. En outre, cette jurisprudence apparaît *contra legem* en ce qu'elle a pour effet de réputer l'installateur de l'élément d'équipement « constructeur » au sens de l'article 1792-1 du code civil, alors que l'objet du contrat d'entreprise le liant au maître de l'ouvrage ne peut conduire à cette qualification, sa prestation ne consistant pas en la construction d'un ouvrage immobilier au sens de l'article 1792 dudit code.

Article 1793

Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire.

Reprise à droit constant.

Article 1794

Le maître de l'ouvrage qui conclut un marché de travaux privé avec un constructeur doit garantir à l'entrepreneur le paiement des sommes dues lorsque celles-ci dépassent un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat.

Lorsque le maître de l'ouvrage recourt à un crédit spécifique pour financer les travaux, l'établissement de crédit ne peut verser le montant du prêt à une personne autre que les constructeurs tant que ceux-ci n'ont pas reçu le paiement de l'intégralité de la créance née du marché correspondant au prêt. Les versements se font sur l'ordre écrit et sous la responsabilité exclusive du maître de l'ouvrage entre les mains de la personne ou d'un mandataire désigné à cet effet.

Lorsque le maître de l'ouvrage ne recourt pas à un crédit spécifique ou lorsqu'il y recourt partiellement, et à défaut de garantie résultant d'une stipulation particulière, le paiement est garanti par un cautionnement solidaire consenti par un établissement de crédit, une société de financement, une entreprise d'assurance ou un organisme de garantie collective, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. Tant qu'aucune garantie n'a été fournie et que l'entrepreneur demeure impayé des travaux exécutés, celui-ci peut surseoir à l'exécution du contrat après mise en demeure restée sans effet à l'issue d'un délai de quinze jours.

Les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas lorsque le maître de l'ouvrage conclut un marché de travaux pour son propre compte et pour la satisfaction de besoins ne ressortissant pas à une activité professionnelle en rapport avec ce marché.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux marchés conclus par un organisme visé à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation, ou par une société d'économie mixte, pour des logements à usage locatif aidés par l'Etat et réalisés par cet organisme ou cette société.

| **Reprise à droit constant de l'actuel article 1799-1**

[Articles 1795 à 1831: réservés]

Les contrats de prêt

PRÉSENTATION

Tournés vers la mise à disposition temporaire des utilités d'une chose, les prêts sont traversés par l'opposition entre les biens que l'usage consomme et ceux qui survivent à cet usage. Imposée par la nature des choses, cette distinction échappe à l'arbitraire du législateur. Elle restera donc, aujourd'hui comme demain, l'épine dorsale du droit des prêts.

Le prêt à usage, celui de la chose qu'on nous remet et que l'on rend après s'en être servi, est cette opération élémentaire à laquelle la sociabilité humaine conduit. Le droit civil l'a recueilli de toute éternité et l'avant-projet lui conserve le nom de « commodat », terme technique bref et précis, qu'il y a tout lieu de conserver pour la commodité des praticiens.

I. LE COMMODAT

Le prêt à usage porte sur des biens mais, plus généralement encore, sur toute espèce de chose. Dans le Code Napoléon, c'est, selon l'expression consacrée, un « petit contrat ». Il n'excite pas d'affaire d'argent car il est par essence gratuit ; l'esprit de bienfaisance en est le ressort ordinaire. Toutefois, cette gratuité est parfois intéressée, et l'opération vient alors plus aisément au contentieux. Le monde des affaires a ainsi fait un usage particulier et croissant du commodat, quelque peu éloigné de l'esprit d'aimable service dans lequel il s'inscrivait. L'avant-projet en tient compte pour nuancer le régime du contrat. Il vise ainsi à le moderniser, tout en clarifiant certains de ses aspects.

A) Modernisation : l'opposition des prêts intéressés et désintéressés

Le prêt gratuit mais tourné vers l'obtention par le prêteur d'un gain futur, émanant de l'emprunteur ou d'un tiers, est devenu banal. Ainsi, la technique commerciale sait utiliser le prêt d'une chose pour favoriser la conclusion d'un contrat rémunérateur pour le prêteur (mise à disposition de la version d'essai d'un logiciel, véhicule de courtoisie prêté par le concessionnaire le temps des travaux sur le véhicule de l'emprunteur, etc.). Le prêt de matériel est aussi employé pour faciliter l'accomplissement par l'emprunteur d'une activité bénéficiant au prêteur (cuves de la station-service, caddies du supermarché, véhicule de fonction, etc.). Ce peut également être le masque d'un avantage en nature (logement de fonction).

Ces prêts ne sont pas des baux, faute de loyer versé par l'emprunteur en contrepartie de sa jouissance. Ils ne sont pourtant pas les contrats de l'ami visés par le Code de 1804. Nombre d'auteurs soulignent cette dualité.

La Commission a estimé souhaitable de tenir compte de cette réalité pour deux raisons. D'une part, l'intérêt qu'a évidemment le prêteur à l'opération crée chez son bénéficiaire une attente analogue à celle d'un créancier, alors que dans l'épuration traditionnelle du commodat, l'opération paraît non

seulement gratuite mais gracieuse, de sorte que l'emprunteur ne saurait beaucoup opposer son intérêt à celui de son bienfaiteur. D'autre part, comme le constatait Carbonnier, la bienfaisance atténue la rigueur du droit strict, ce qui peut se traduire par un allègement de la responsabilité du prêteur désintéressé mais aussi sur d'autres plans.

Pour autant, les débats au sein de la Commission ont été vifs, notamment en raison de la difficulté à cerner un critère de distinction opératoire. A cet égard, il faut que le prêteur ait agi, au su de l'emprunteur, en vue de l'obtention d'un avantage de nature économique. La proposition initiale était plus étroite et visait un avantage « pécuniaire ». Le Notariat a relevé que cette restriction se justifiait mal. Il est vrai qu'était alors exclu des prêts intéressés le prêt, par exemple, d'un logement de fonction, ce qui se comprenait mal. Le problème sera d'abord de preuve. Elle pèsera sur celui qui se prévaut de la nature intéressée du commodat – en principe l'emprunteur – et s'établira le plus souvent au vu des apparences, notamment de l'insertion du prêt dans une opération plus vaste. Pour objectiver cette preuve, l'article 1876 pose que le prêt en rapport direct avec l'activité professionnelle du prêteur est présumé intéressé. C'est effectivement le cas dans le cours ordinaire des choses.

Cette distinction entre prêts intéressés et désintéressés rejaillit sur plusieurs aspects du régime du contrat.

Tout d'abord, là où le prêt désintéressé demeure un contrat réel, le prêt intéressé se forme par le seul échange des consentements, en reflet de l'attente particulière que crée légitimement cet engagement. La remise de la chose devient alors une obligation à la charge du prêteur. Pour autant, l'emprunteur n'est pas tenu d'aller la retirer ni d'en user : pris en lui-même le contrat reste tourné vers son seul intérêt, contrairement à ce qu'on rencontre dans un contrat de sponsoring ou dans le « prêt » d'œuvres en vue de leur exhibition. Si l'emprunteur se désintéresse de la chose et manque à venir la retirer, le prêteur peut se libérer unilatéralement de cet engagement, qui n'a visiblement plus d'utilité (Article 1877-2).

Ensuite, les contraintes du contrat restent plus fortes à l'égard du prêteur si ce dernier a agi de manière intéressée : il doit respecter le terme convenu, en dépit du besoin pressant et imprévu qu'il aurait de la chose (Article 1879-1) ; il est exposé au droit de rétention de l'emprunteur là où le prêteur désintéressé en est affranchi, comme l'article 1885 le soulignait déjà hier et le ferait encore demain. Sa responsabilité s'apprécie plus rigoureusement (Article 1891), ce qui signifie notamment qu'il sera plus facilement censé connaître le vice de la chose (Article 1890).

Symétriquement, la responsabilité de l'emprunteur au titre de la conservation de la chose sera plus aisément engagée si le prêt est désintéressé. L'équité exige, par exemple, qu'il fasse sur ce point passer l'intérêt de son bienfaiteur avant le sien s'il doit en sacrifier un (Article 1886-3).

La Commission s'est également attachée à clarifier plusieurs aspects du régime commun à tous les prêts à usage.

B) Clarification

La plupart des règles du commodat n'ont eu qu'à être conservées. Leur traversée des siècles était signe de leur valeur, non du besoin d'en changer. Pour autant, quelques ajouts ont semblé utiles.

S'agissant de la durée, tout d'abord, le commodat est un contrat généralement tourné vers la satisfaction d'un besoin déterminé. Il paraît donc cohérent d'articuler sa durée sur cette donnée. Si le besoin est permanent, comme le prêt d'appartement l'illustre, une difficulté se présente évidemment si les parties ont omis de convenir d'un terme extinctif. La jurisprudence l'a réglé en offrant une faculté de résiliation unilatérale au prêteur. La Commission reprend l'idée. Le principe est donc la possibilité de résilier. Si l'emprunteur veut le renverser, il lui appartiendra d'établir qu'était « ponctuel et déterminé » le besoin en contemplation duquel le commodat fut formé. Alors, il pourra conserver la chose mais seulement pour un temps raisonnable : « jusqu'à l'expiration du temps normalement nécessaire pour y satisfaire » (Article 1879). La règle vise un équilibre plus fin qu'une faculté de résiliation unilatérale systématique, mais laisse apparaître qu'il appartient à l'emprunteur de veiller à ce que la durée du prêt soit précisée. A défaut, le risque de la preuve est pour lui.

S'agissant de la preuve de l'état originaire du bien, une solution analogue à celle adoptée pour le bail est retenue : un état contradictoire s'impose, à défaut de quoi la chose sera réputée avoir été remise en bon état apparent (Article 1886). A nouveau, il appartiendra à l'emprunteur de veiller ici à ses intérêts.

La cession du bien est une autre question commune avec le bail et réglée à l'identique : le contrat passe à l'acquéreur et cette cession légale libère le cédant, c'est-à-dire le prêteur originaire (Article 1879-3). S'il y a quelque *intuitus personae* dans le commodat, il se concentre dans la personne de l'emprunteur, non dans celle du prêteur. L'article 1879-2, repris de l'avant-projet Capitant, l'annonçait en indiquant que le décès du prêteur n'éteignait pas le commodat, alors que celui-ci ne passait pas aux héritiers de l'emprunteur. En effet, c'est bien l'emprunteur qui incarne le risque que court le prêteur, et qu'il court gratuitement ; c'est donc en considération de sa personne qu'il est calculé. Par-là se justifie aussi que l'emprunteur ne puisse en principe louer ou prêter la chose ; ce qui règle pour partie la question des fruits de la chose (comp. avant-projet Capitant, Article 101).

S'agissant de la restitution, la Commission a envisagé la difficulté posée par le prêt de choses fongibles. Il ne s'agit pas nécessairement d'un prêt de consommation, car on peut user de choses de genre sans les consommer, comme en cas de prêt de chaises ou de tables pour le temps d'une soirée. Mais si ces choses ont été confondues avec d'autres pareilles, comment les restituer exactement ? S'inspirant des solutions adoptées en matière de réserve de propriété ou de gage, la Commission propose que le prêteur puisse alors revendiquer tout bien de même espèce et qualité détenu par l'emprunteur (Article 1883).

La règle se retrouvera naturellement dans le prêt de consommation.

II. LE PRET DE CONSOMMATION

Comme si l'espèce avait absorbé le genre, le prêt de consommation paraît dominé par la figure gigantesque du prêt d'argent. Son amplitude est théoriquement plus large, mais sa réalité pratique ne donne à voir que les questions monétaires. Or, le prêt d'argent n'est lui-même devenu qu'une province du crédit et une large part de sa réglementation relève de lois spéciales, particulièrement du Code monétaire et financier. Face à ce paradoxe, la Commission a choisi de s'en tenir à l'essentiel et de ne

pas aller au-delà de l'exposé des grands principes, conformément à la vocation du Code civil. Il en résulte un apport des plus modestes.

Tout d'abord, la possibilité établie de rémunérer le prêt de consommation rend peu utile de répliquer ici la distinction introduite en matière de commodat entre prêts intéressés et désintéressés. Elle serait également de peu de portée. Les choses sont donc simples : soit le prêt est gratuit, soit il est onéreux.

S'il est onéreux, il est consensuel. La Commission généralise donc la solution adoptée par la jurisprudence à l'égard des professionnels du crédit. En effet, la stipulation d'un intérêt rend l'engagement du prêteur suffisamment crédible pour que l'emprunteur puisse s'y fier tel un créancier, ce qui lui donne qualité à en réclamer l'exécution forcée. Pour autant, ses propres obligations supposent que la chose promise lui ait été remise. A défaut, il pourrait brandir l'exception d'inexécution. Enfin, si jamais l'emprunteur ne vient pas retirer la chose, le prêteur peut résilier unilatéralement le contrat comme en matière de commodat. Cette disposition ne paraît pas devoir concerner les prêts de monnaie fiduciaire, mais peut s'avérer précieuse dans les autres cas.

Dans la foulée de cette extension du consensualisme, la promesse de prêt onéreux oblige le promettant à remettre les biens concernés si le bénéficiaire lève l'option. En matière financière, cette promesse a un nom déterminé que l'article 1893-3 reprend : c'est l'ouverture de crédit. La Commission profite de cette consécration pour régler un problème pratique gênant lié à la cession de participation à une telle opération. Cette cession est une cession de contrat. Or, s'il est clair qu'une telle cession peut être consentie par avance, il est moins évident que la partie restante, ici l'emprunteur, puisse décharger par avance la partie sortante, ici le promettant originaire. L'avant-projet clarifie cette question et précise que la décharge expresse qu'exige l'article 1216-1 peut être donnée par avance. La raison en est que l'ouverture de crédit est un contrat où, pris en la personne du promettant, l'intuitus personae est par nature faible, s'agissant d'une dette de somme d'argent, c'est-à-dire du moins personnel de tous les biens. En revanche, il y aurait un inconvénient considérable à exiger une réitération de la décharge qui soit contemporaine de la cession. Cette exigence rendrait illiquide la participation à une opération de financement, nuisant au développement d'un marché secondaire de la dette. Ces justifications ont donné lieu à de vifs débats tant leur allure bancaire semblait éloignée de l'objet d'un code civil. Toutefois, l'ouverture de crédit étant une matière toute financière, il est finalement apparu que, tant qu'à en traiter, il était logique de régler son problème d'articulation avec la question, très civile, de la cession de contrat.

Pour le reste, l'avant-projet se borne à moderniser les textes de 1804 relatifs à l'intérêt en y incorporant l'apport jurisprudentiel. Dans ce mouvement, les textes relatifs aux rentes constituées sont supprimés comme désuets.

Philippe STOFFEL-MUNCK.

TEXTES

TITRE X- DES PRETS

Article 1874

Il y a deux sortes de prêt :

Celui des choses dont on peut user sans les détruire ;

Et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait.

La première espèce s'appelle " prêt à usage " ou commodat.

La seconde s'appelle " prêt de consommation " et peut donner lieu à la perception d'intérêts.

Comme il a été expliqué dès la présentation des textes sur les prêts, la distinction entre le commodat ou prêt à usage et le prêt de consommation s'infère de la nature de la chose prêtée et a donc vocation à perdurer. Dans le même sens, la Commission a choisi d'inscrire l'avant-projet de réforme dans la continuité du Code civil quant au vocable utilisé. Ainsi, le terme « commodat » est maintenu à sa place actuelle, résultant de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

Le critère de distinction entre les deux espèces de prêts reste la consomptibilité de la chose prêtée. Par conséquent, le commodat peut porter sur une chose fongible, pourvu qu'elle ne se détruise pas par l'usage que l'emprunteur en fait.

CHAPITRE I - Du prêt à usage ou commodat

Article 1875

Le prêt à usage est le contrat par lequel le prêteur remet, à titre gratuit, une chose à l'emprunteur pour s'en servir, à charge de la rendre.

L'emprunteur ne fait pas fruits siens, sauf si la nature du bien le commande ou si le prêteur l'y autorise.

La gratuité est de l'essence du prêt à usage. Elle constitue le critère cardinal de cette qualification par opposition au bail, et renvoie, dans son sens objectif, à l'absence de contrepartie conformément à l'article 1107, alinéa 2, du Code civil. En cela, la summa divisio entre contrats gratuits et onéreux ne se confond pas avec le caractère intéressé ou désintéressé du prêt, subdivision qui s'inscrit au sein même de la catégorie des contrats gratuits. Il faut en effet concevoir le « commodat intéressé » comme le prêt à usage dans lequel l'avantage espéré par le prêteur n'est pas un effet juridique du contrat de prêt : il prête mais ne devient pas, par cela seul, créancier d'autre chose que de la restitution. Le contrat reste donc gratuit.

Parce qu'il est gratuit, il ne tombe pas sous le sens que l'emprunteur puisse faire les fruits siens, comme le fait le locataire. C'est encore moins le cas à propos de certains fruits civils, tels que les loyers, car leur production porte atteinte au principe selon lequel la jouissance de l'emprunteur doit être personnelle (v. Article 1880 plus loin). Pour autant, si on prête un verger, l'emprunteur peut consommer les fruits des

arbres. De même, en cas de prêt de titres sociaux, l'emprunteur bénéficie des dividendes : le renvoi que l'article L. 211-22 du code monétaire et financier fait aux dispositions du code civil relatives au prêt de consommation sert à justifier cette appropriation, quoique des titres ne soient en rien consommables. Il a donc été envisagé une distinction consistant à dire que le commodataire faisait les fruits siens si le prêteur l'y autorise ou « si la nature du bien le commande », ce qui renvoie à une autorisation implicite. La question qui reste à fixer en jurisprudence est de savoir si cette autorisation emporte donation de fruits.

Article 1876

Ce prêt peut être intéressé ou désintéressé.

Le prêt est intéressé lorsque le prêteur agit, au su de l'emprunteur, en vue de l'obtention d'un avantage économique.

Le prêt **fait par le prêteur dans le cadre de** son activité professionnelle est présumé intéressé.

L'observation de la réalité contemporaine a fait émerger la sous-distinction, devenue banale, entre le commodat désintéressé – forme historique du prêt à usage – et le commodat intéressé, tourné vers l'obtention par le prêteur d'un gain futur, soit qu'il émane de l'emprunteur (exemple du prêt d'une chose en vue de son acquisition par l'emprunteur d'une chose semblable ou de la commande de la prestation de service qui la met en œuvre), soit parce qu'il émanerait d'un tiers (exemple du prêt de bijoux à une personne célèbre lors d'un événement médiatisé dans le but d'augmenter les ventes de la marque).

Commodat intéressé et commodat désintéressé engendrent des attentes dissemblables chez les parties qui n'appellent pas le même regard du législateur. Carbonnier observait « une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique » en présence d'un esprit de bienfaisance. Toutefois, si l'amitié éloigne le droit et si la bienfaisance en atténue la rigueur, il s'agit de deux opérations intrinsèquement identiques, ce qui justifie leur union sous la bannière unique du prêt gratuit.

Ainsi réside, aux côtés de la gratuité bienfaisante, la gratuité d'affaire ou « gratuité à but lucratif ». Si la distinction n'est pas nouvelle en doctrine (V. not. F. Grua, *L'acte gratuit en droit commercial*, thèse Paris 1, 1978 ; F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, n° 616 ; D. Guevel, « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », *Mélanges Goubeaux*, 2009, coéd. LGDJ, Lextenso et Dalloz, p. 229 ; C. Benos, « L'altruisme dans le contrat de prêt à usage », D. 2013. 2358 ; Garance Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, LGDJ, 2015). En outre, l'opposition des contrats intéressés et désintéressés se retrouve chez Domat, par préférence à celle des contrats à titre gratuit et onéreux. Des auteurs contemporains approuvent encore l'opinion, comme F. Chénéde, (*Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, n° 209). Son critère est toutefois plus incertain.

Pour le cerner, la Commission a, d'abord, estimé que l'intérêt du prêteur au contrat doit être d'ordre économique. Par conséquent, l'intérêt ne se suffit pas de cette logique du don et du contre-don inhérente à la sociabilité humaine. Le prêt intéressé participe d'un projet économique. En discutant cette distinction, des membres de la

Commission ont relevé la possibilité que le prêt s'analyse comme un contrat accessoire d'un ensemble contractuel, permettant son rattachement à d'autres qualifications juridiques. Cependant, le prêt intéressé n'est pas toujours partie d'une opération globale, celle-ci n'ayant aucune garantie de se réaliser (exemple du prêt effectué en vue d'une acquisition que n'aboutit pas) ; d'où l'utilité de conserver une qualification autonome. Ensuite, la connaissance qu'a l'emprunteur du caractère intéressé du prêt est déterminante dans la mesure où c'est au vu de ses attentes légitimes que le régime du commodat mérite d'être adapté. Il lui revient la charge d'en rapporter la preuve lorsqu'il s'en prévaut.

Ainsi, pour qualifier un prêt d'intéressé, il faut caractériser le projet économique dans lequel le prêteur l'inscrit et la conscience qu'en a l'emprunteur. A défaut, la qualification de prêt désintéressé s'impose. Par suite, il ne sera pas plus nécessaire demain qu'hier de sonder le cœur du prêteur pour y rechercher un esprit d'altruisme. Le prêt à usage est désintéressé par principe.

Au demeurant, l'essentiel des hypothèses de prêts intéressés seront couvertes par la présomption établie au dernier alinéa. Il ne s'agit cependant que d'une présomption simple qui pourra être renversée par le prêteur, par exemple en cas de mécénat.

Section I - De la formation du prêt à usage

Article 1877

Le prêt intéressé est consensuel.

Le prêt désintéressé est réel. Sa formation requiert, outre l'accord des parties, la remise de la chose à l'emprunteur. Quand l'emprunteur se trouve déjà en possession, à quelque titre que ce soit, de la chose prêtée, le consentement des parties vaut remise.

La première différence de régime entre les prêts à usage intéressé et désintéressé réside dans leur mode de formation.

Le commodat intéressé est un contrat consensuel : dès lors que l'emprunteur sait que le prêt ou sa promesse s'inscrit dans une opération à but lucratif, il est fondé à croire en sa fermeté et à attendre une protection par le droit plus forte qu'en matière de prêt d'amis. Dans le cadre professionnel, en particulier, l'emprunteur doit pouvoir compter sur la promesse. A l'inverse, le commodat désintéressé reste un contrat réel eu égard à la nécessité de protéger le consentement du prêteur. Engager ce dernier sur la seule expression de sa parole permettrait de lui imposer un sacrifice alors qu'il entend agir par altruisme. Cela paraît d'autant moins justifié que la confiance que l'emprunteur a pu nourrir dans la portée contraignante de cette parole ne peut être raisonnablement forte, puisqu'il sait que son interlocuteur n'aura aucune contrepartie, ce qui n'est pas conforme à ce que la justice (commutative) commande. Or, il s'agit d'une hypothèse susceptible d'enjeux pratiques importants (promesse de prêt d'un appartement ou d'une maison de vacances dans un cadre familial ou amical par exemple).

La dualité du régime s'explique ainsi par la dualité de situations contractuelles : deux réalités coexistent et la commission a fait le choix de ne pas négliger l'une au profit de l'autre.

Article 1877-1

L'inexécution de la promesse de prêt désintéressé se résout en dommages et intérêts.

Le caractère réel du prêt désintéressé fait obstacle à l'exécution forcée de la promesse. La promesse unilatérale d'un contrat réel ne peut se résoudre qu'en dommages-intérêts. La commission a estimé qu'en décider autrement serait non seulement inopportun pour les raisons rappelées sous l'article précédent, mais également contraire au principe - cardinal - selon lequel on ne peut pas forcer un consentement. En effet, la remise est un élément du consentement ; forcer la remise serait forcer le consentement. L'article 1877-1 ne déroge donc qu'en apparence à l'article 1124 du Code civil puisque, dans l'hypothèse contemplé par ce dernier texte, le promettant a déjà exprimé un consentement au contrat promis. Enfin, la règle n'est pas une licence donnée au promettant de changer d'avis puisque l'irrespect de la promesse reste sanctionné.

Article 1877-2

La promesse d'un prêt intéressé oblige le promettant à mettre la chose et ses accessoires à la disposition du bénéficiaire dès que celui-ci a levé l'option.

Si, après avoir levé l'option, l'emprunteur manque à retirer la chose, le prêteur peut, après mise en demeure, **mettre fin au** prêt sans formalité.

Le caractère consensuel du prêt intéressé permet à l'emprunteur, une fois levée l'option, d'agir contre le prêteur en exécution forcée de la promesse unilatérale. Il existe donc une obligation à la charge du prêteur de remettre la chose - et ses accessoires, afin que l'emprunteur puisse en jouir (V. article 1888) - lorsqu'il s'y est engagé, à la différence de la promesse de prêt réel.

La question s'est alors posé de savoir si pouvait exister, à la charge de l'emprunteur, une obligation corrélative de retirer la chose. La réponse a paru ne pouvoir être que négative. Le prêt reste un contrat unilatéral : le commodat, qu'il soit intéressé ou désintéressé, est une opération tournée vers la commodité de l'emprunteur. Par conséquent, ce dernier n'est pas fautif s'il manque à retirer la chose. Mais si l'emprunteur a levé l'option puis reste inerte, le prêteur se trouve devoir réserver une chose pour quelqu'un qui s'en désintéresse. La situation paraît antiéconomique (rapp. Article 1656 projeté et Article 1657 actuel). Le second alinéa de la disposition permet ainsi au prêteur de la débloquent, en mettant fin au contrat, après une mise en demeure dont le caractère infructueux aura permis de confirmer que l'emprunteur se désintéresse de l'opération.

L'hypothèse d'une promesse synallagmatique de prêt a été laissée de côté, en ce qu'elle supposerait un engagement de l'emprunteur à emprunter. On ne serait plus dans l'unilatéralisme propre au commodat. La contrainte que cette opération ferait peser sur l'emprunteur paraît discordante avec l'épuration du prêt, technique tournée vers la commodité de l'emprunteur. En cela, la promesse synallagmatique de commodat n'est pas un commodat ; c'est un avant-contrat spécifique que les solutions du droit commun offertes au juge devraient suffire à régler. Il se peut, en outre, que l'engagement de l'emprunteur débordé de l'obligation de retirement (un peintre

prête ses tableaux à un galeriste qui s'engage à les exposer, par exemple). Dans ce cas, le contrat semble devoir s'analyser comme un contrat complexe et pas simplement comme un prêt.

Article 1878

Tout ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme pas par l'usage convenu, peut être l'objet d'un prêt à usage.

Il peut porter sur une chose corporelle ou incorporelle.

On peut prêter des choses incorporelles (fonds de commerce, titres, etc.). Les modalités de la remise de la chose doivent s'y adapter, comme dans d'autres contrats. On peut aussi prêter des choses fongibles (cf. Article 1883), aussi longtemps que l'emprunteur n'a pas la faculté de les consommer.

Section II - De la durée du prêt à usage

Article 1879

Le prêt prend fin au terme convenu.

A défaut de terme convenu, et si la chose a été prêtée en vue de répondre à un besoin ponctuel et déterminé, le prêt a pour terme l'expiration du temps normalement nécessaire pour y satisfaire.

Dans les autres cas, le prêt s'éteint par sa résiliation par l'une ou l'autre des parties, sous réserve d'un préavis raisonnable.

Le terme conventionnel peut être exprès ou tacite. Dans ces cas, le prêt est à durée déterminée, que le terme soit lui-même certain ou incertain (décès de l'emprunteur). Hors terme conventionnel, le prêt peut encore être à durée déterminée s'il est affecté d'un terme naturel, corrélé à la fin de l'usage pour lequel le bien a été prêté. Encore faut-il que cet usage s'ordonne à un besoin concrètement identifié, comme le souligne dans une dimension temporelle l'exigence qu'il soit ponctuel. Tel n'est pas le besoin de se loger (prêt d'un appartement), par exemple, ou celui de se déplacer (prêt d'un véhicule). Ces solutions reprennent celles dont dispose l'actuel article 1888 du Code civil.

Lorsqu'il n'y a ni terme conventionnel ni naturel, le contrat est à durée indéterminée, chaque partie bénéficie d'un droit de résiliation unilatérale dans les mêmes conditions que celles du droit commun (article 1211 du Code civil). Il a toutefois semblé utile de rappeler cette possibilité, la règle ayant été élaborée par la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. 1re civ., 3 févr. 2004, n° 01-00.004, Bull. civ. I, n° 34) et ne relevant pas de l'évidence dans le droit spécial du commodat.

Article 1879-1

Si le prêt est désintéressé, il prend également fin, même avant terme et nonobstant toute clause contraire, par notification motivée, s'il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose.

Le juge peut cependant accorder un délai à l'emprunteur, suivant les circonstances.

L'article 1889 du code civil est modernisé mais son esprit est conservé. Le besoin pressant et imprévu du prêteur doit lui permettre de récupérer son bien sous réserve que le commodat soit désintéressé.

Il n'est plus nécessaire, en revanche, d'en passer par le juge. Un droit de résiliation unilatérale anticipé est reconnu au prêteur, subordonné à l'existence d'un besoin pressant et imprévu. Tel est ce à quoi renvoie l'obligation de motivation dans son contenu. Si le prêteur manque à motiver la résiliation, l'emprunteur pourra s'opposer à la restitution. S'il la motive, l'emprunteur pourra toujours agir ensuite en réparation s'il apparaît que les motifs sont dépourvus de pertinence ou de sérieux. Au surplus, le juge – en particulier le juge des référés – saisi en amont de la restitution pourra suspendre les effets de la résiliation, de la même façon qu'il en suspend les effets en cas de rupture brutale des relations commerciales.

Article 1879-2

Le prêt prend fin par le décès de l'emprunteur, non par celui du prêteur.

Si l'emprunteur est une personne morale, sa dissolution met pareillement fin au prêt.

L'avant-projet maintient la règle selon laquelle « les engagements qui se forment par le prêt à usage passent aux héritiers de celui qui prête ». En revanche, la jouissance du bien par l'emprunteur doit en principe lui être personnelle. C'est une présomption raisonnable de volonté dans la mesure où les risques que court la chose ont été estimés par le prêteur en fonction de la personne de l'emprunteur. En cela, le prêt est a priori doté d'un certain intuitus personae à l'endroit de l'emprunteur qui a conduit la Commission à modifier la règle énoncée par l'actuel article 1879 du Code civil. Reposant sur une présomption de volonté et sur la préservation de l'intérêt du prêteur, le texte est supplétif. La clause contraire est donc valable, et pourra s'avérer utile dans le cas d'un prêt intéressé entre personnes morales, face à une transmission universelle de patrimoine de l'emprunteur.

Article 1879-3

La cession de la chose prêtée emporte transfert du contrat à l'acquéreur, dès lors que ce prêt a date certaine ou que l'acquéreur avait connaissance de son existence.

A l'égard de l'emprunteur, le cédant est libéré pour l'avenir.

En cas de cession du bien, la Commission a fait le choix d'aligner le régime du prêt sur celui du bail, en dépit de la différence qui résulte de l'absence de loyer pour le cessionnaire. La cession du bien ne pourra donc pas permettre de contourner le terme dont le prêt était affecté.

Comme en matière de bail, l'exigence d'une date certaine ou d'une connaissance de l'existence du prêt par l'acquéreur subordonne néanmoins ce transfert intuitu rei du commodat. On prévient ainsi une fraude aux droits de l'acquéreur.

Dans le cas où l'emprunteur ne peut pas exciper d'une date certaine et où l'acquéreur n'avait pas connaissance du prêt, ce dernier aura le choix d'agir en garantie d'éviction contre le cédant ou d'exiger de l'emprunteur la restitution du bien, détenu sans droit qui soit opposable à son propriétaire.

Section III - Des effets du prêt quant à l'emprunteur

Article 1880

L'emprunteur doit user personnellement de la chose empruntée.

Toutefois, s'il y a été expressément autorisé, il peut la prêter ou la louer.

Le texte est repris en substance de l'article 106 du Projet Capitant et s'inscrit dans la continuité du droit positif. Eu égard à l'intuitus personae du commodat, l'emprunteur ne peut conclure un sous-contrat sur le bien prêté qu'avec l'autorisation expresse du prêteur.

L'alinéa 2 est à mettre en rapport avec le principe énoncé à l'article 1875 selon lequel l'emprunteur ne fait pas les fruits siens. En exigeant en autorisation expresse pour pouvoir sous-louer, l'article 1880 se fait plus exigeant que l'article 1875 qui n'exige en général qu'une autorisation, laquelle peut être implicite.

Article 1881

L'emprunteur ne peut se servir de la chose qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention.

Il est tenu de veiller à sa conservation et à sa garde comme le ferait une personne raisonnable.

Le texte est une reprise de l'actuel article 1880 du Code civil. L'ordre des dispositions a simplement été inversé pour plus de logique.

La conservation vise le maintien du bien en lui-même, tandis que la garde suppose de le surveiller pour éviter que d'autres ne lui causent un dommage. L'emprunteur est tenu de l'une et l'autre, ce qui peut lui imposer de prendre des mesures préventives.

Le régime de responsabilité est celui de la faute présumée. Il appartient donc à l'emprunteur d'établir son absence de faute. Comme celle-ci s'apprécie in abstracto, il lui appartiendra donc de prouver qu'il a conservé et gardé le bien en personne raisonnable.

Article 1882

Toutes les dépenses nécessaires à l'usage et à la conservation de la chose sont à la charge de l'emprunteur.

Toutefois, si la conservation suppose une dépense manifestement disproportionnée à la valeur actuelle de la chose, l'emprunteur n'en est pas tenu. Il doit notifier sans délai la nécessité de cette dépense au prêteur.

L'alinéa 1er du texte reprend en substance l'actuel article 1886 du Code civil pour en élargir le domaine : en sus des dépenses nécessaires à l'usage, celles qui sont nécessaires à la conservation du bien « sont à la charge de l'emprunteur », ce qui implique qu'il ne peut ni réclamer l'exécution de cette obligation au prêteur, ni agir en restitution.

L'alinéa 2nd vise à la fois à simplifier l'actuel article 1890 du Code civil et à élargir son domaine. Il suffit à l'emprunteur de démontrer la disproportion manifeste entre la dépense et la valeur actuelle de la chose pour qu'il n'en soit pas tenu.

Article 1883

L'emprunteur rend la chose même qui lui a été remise.

Si la chose est fongible et que, sans y avoir été autorisé, l'emprunteur l'a confondue avec les siennes propres, le prêteur peut, à défaut de restitution, revendiquer toute chose de même espèce et de même qualité détenue par l'emprunteur.

Si la chose est fongible et que la convention a autorisé l'emprunteur à la confondre avec les siennes, il y a prêt de consommation.

Le prêt à usage d'une chose fongible est envisageable (exemple du prêt de chaises d'un modèle standard, transposable pour des biens d'une valeur plus considérable, notamment dans un contexte industriel : cf. l'affaire des cuves). Pour respecter l'obligation de restitution de la chose elle-même, qui s'infère de l'esprit du commodat, le principe est que cette chose ne doit pas être confondue avec celles, identiques, de l'emprunteur (rapp. Article 2341 en matière de gage).

Si l'emprunteur confond la chose avec les siennes propres sans y avoir été autorisé, le texte ouvre la possibilité pour le prêteur d'agir en revendication d'une chose semblable à celle qu'il a prêtée, par analogie avec l'actuel article 2369 du Code civil relatif à la réserve de propriété. C'est là une consécration de l'idée de propriété à assiette flottante. La confusion autorisée entraîne, en revanche, la qualification de prêt de consommation.

La Commission a, en outre, relevé la possibilité de conclure un prêt à usage d'une chose consommable sans faculté d'être consommée. C'est l'exemple romain du prêt « ad pompam et ostentationem », qui peut avoir son pendant actuel (prêt d'une bouteille d'un grand vin dans un millésime exceptionnel en vue de son exposition). L'usage prévu n'impliquant pas la consommation, il n'a pas semblé nécessaire d'introduire cette précision dans le Code civil.

Article 1884

Sauf stipulation contraire, la restitution se fait là où la chose a été remise à l'emprunteur et à ses frais.

La question de principe se passe de commentaires : les frais de la restitution incombent naturellement à son débiteur. La question, d'ordre pratique, du lieu de restitution étant inévitable, une règle supplétive est nécessaire. Il a paru qu'en le fixant au lieu où la chose avait été remise, on retenait au moins un lieu qui avait le mérite d'être à coup sûr identifié des parties.

Article 1885

Quoi que lui doive le prêteur, l'emprunteur n'a pas de droit de rétention sur la chose, sauf si le prêt est intéressé.

L'actuelle formule de l'article 1885 du Code civil a paru devoir être abandonnée tant elle est source de confusion avec le mécanisme de la compensation des articles 1347 et suivants du même code.

Cette dérogation au droit commun de la rétention (Article 2286) est une faveur faite au prêteur, laquelle se justifie en écho au caractère non seulement gratuit mais surtout désintéressé du contrat, dans le prolongement de la conception du contrat d'ami qui prévalait en 1804. Dès lors, son fondement se dérobe quand le prêteur est intéressé. Le droit commun doit alors reprendre son empire et l'emprunteur peut opposer un droit de rétention sur la chose dans les conditions prévues par l'article 2286 du Code civil.

Article 1886

L'emprunteur répond de la dégradation comme de la perte de la chose, sauf à démontrer son absence de faute.

Cette présomption est écartée si le prêteur a continué à user de la chose, en même temps que l'emprunteur.

S'il n'a pas été établi un état contradictoire du bien lors de la remise de la chose, l'emprunteur est présumé l'avoir reçu en bon état apparent.

Sur l'alinéa 1

La perte comme la dégradation du bien sont soumis au régime de responsabilité de faute présumée, établi par la jurisprudence (Cass. 1^{re} civ., 6 février 1996, n° 94-13.388). Les notions de dégradation et de perte de la chose peuvent être distinguées, la première pouvant être totale et la seconde seulement partielle. Toutefois, la distinction n'exprime qu'une gradation et en l'absence de critère permettant d'identifier un seuil qui justifierait des règles de responsabilité différentes, la Commission a été conduite à réunir les deux hypothèses sous l'égide d'un seul et même texte. La flexibilité de la notion de faute permettra à la jurisprudence d'admettre d'autant mieux l'absence de faute que la dégradation est si mineure qu'elle doit être rattachée à l'usage normal et au passage du temps (cf. Article 1886-1).

Il n'a pas paru souhaitable de donner effet à la distinction entre prêt intéressé et prêt désintéressé sur ce point, bien que la Commission se soit interrogée à ce sujet. S'il a un temps été envisagé de prévoir un régime spécifique pour le cas du prêt désintéressé - l'emprunteur n'étant alors libéré que par la force majeure -, cette

disposition a été abandonnée car considérée comme trop sévère pour celui-ci. En revanche, la proposition d'article 1886-3 supposant d'apprécier sa responsabilité avec plus de rigueur quand le prêt est désintéressé, le seuil de l'exonération pour absence de faute est alors moins accessible à l'emprunteur.

Sur l'alinéa 2

Cette disposition entend consacrer une jurisprudence constante (Cass. 1re civ., 29 avril 1985, n° 84-13.286 ; Cass. 1re civ., 20 mai 2020, n° 19-10.559). La règle n'est que supplétive néanmoins : les parties sont libres de l'écarter si elles l'estiment opportun.

Sur l'alinéa 3

Il n'a pas semblé nécessaire d'exiger un état contradictoire du bien établi en double original dans la mesure où cette formalité semble obsolète dans la civilisation du smartphone. En outre, la présomption de bon état apparent est une présomption simple, qu'il reviendra à l'emprunteur de renverser.

Article 1886-1

L'emprunteur n'est pas tenu de la dégradation qui résulte de l'usage pour lequel la chose a été empruntée, sous réserve d'en avoir usé raisonnablement.

Ce texte est une reprise de l'actuel article 1884 du Code civil. La détérioration du bien qui résulte de l'usage raisonnable du bien prêté ne peut suffire à engager la responsabilité de l'emprunteur.

Article 1886-2

Si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, il sera tenu de la perte comme de la dégradation survenue, même par cas de force majeure.

Ce texte est une reprise de l'actuel article 1881 du Code civil, la notion de « force majeure » ayant néanmoins été substituée à celle de « cas fortuit », dans la foulée de la réforme du droit commun des contrats.

Article 1886-3

Lorsque le prêt est désintéressé, la responsabilité de l'emprunteur est appréciée avec plus de rigueur qu'en cas de prêt intéressé.

Si la chose prêtée périt par un cas de force majeure dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre.

Sur l'alinéa 1 :

La distinction entre commodat intéressé et désintéressé trouve ici une nouvelle application, quant à l'appréciation de la faute de l'emprunteur. Ayant bénéficié d'un acte gratuit et désintéressé, l'emprunteur doit prendre un soin plus particulier de ce qu'il a reçu. C'est équitable, et l'alinéa 2 exprime la même idée à un degré moindre.

Sur l'alinéa 2 :

Le texte reprend l'actuel article 1882 du Code civil. En dépit de l'absence de contentieux, l'hypothèse étant d'école, la Commission a choisi de le conserver pour sa vertu pédagogique : celui qui reçoit à titre gratuit, même intéressé, doit prendre un soin particulier de celui qui l'a gratifié. C'est une leçon élémentaire de justice et de sociabilité et, à ce titre, la règle exprime un certain degré de civilisation. En outre, l'idée exprimée par le texte permet de raisonner par analogie et de diriger l'appréciation du juge quant au degré des fautes.

Article 1886-4

En tout état de cause, si la chose a été perdue ou détériorée par force majeure et que l'emprunteur a reçu un prix ou quelque chose à la place, il doit remettre au prêteur ce qu'il a reçu.

La règle est inspirée du régime du dépôt. En particulier, l'indemnité d'assurance que touche l'emprunteur devra être reversée au prêteur le cas échéant.

Article 1887

Si plusieurs personnes ont conjointement emprunté la même chose, elles en sont solidairement responsables envers le prêteur.

Le texte est une reprise de l'actuel article 1887 du Code civil.

Section IV - Des effets du prêt quant au prêteur

Article 1888

La remise de la chose emporte l'obligation d'en délivrer les accessoires, notamment tout bien ou information que requiert son usage.

La Commission a un temps envisagé d'ajouter les « autorisations » à la liste des accessoires. Toutefois, l'institut d'études juridiques du Conseil Supérieur du Notariat a fait valoir que nombre d'autorisations administratives d'usage étaient personnelles, de sorte qu'elles ne pouvaient être délivrées. La catégorie des accessoires restant ouverte, il a donc semblé préférable de ne pas faire mention des « autorisations » afin qu'elles puissent, selon leur nature, être ou non inclus par la jurisprudence dans le champ de la délivrance.

Article 1889

Le prêteur est tenu de laisser l'emprunteur user de la chose ainsi qu'il a été convenu, mais il n'est pas obligé de lui en conférer la jouissance paisible.

La jouissance paisible charrie des obligations variées et exigeantes à la charge du bailleur dont l'existence se justifie par la contrepartie monétaire qu'il reçoit : le paiement du loyer. C'est pourquoi la proposition, envisagée pendant un temps, de mettre à la charge du prêteur intéressé les mêmes obligations a finalement été

repoussée. La gratuité du prêt, même intéressé, fait ainsi obstacle à la consécration d'une obligation générale de jouissance paisible à la charge du prêteur.

Article 1890

Lorsque la chose prêtée comporte des vices tels qu'elle puisse causer un dommage à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable si le vice était caché, qu'il le connaissait ou aurait dû le connaître et n'en a pas averti l'emprunteur.

La commission a envisagé puis écarté l'idée d'une obligation de sécurité à la charge du prêteur pour les mêmes raisons qu'en matière de vente ou de bail. Reste la question des vices.

Lorsque le défaut est apparent à l'emprunteur, il accepte le risque en empruntant la chose. Les vices apparents excluent donc l'action en responsabilité contre le prêteur.

La connaissance du vice caché exprime la mauvaise foi du prêteur qui, en dépit du risque qu'il savait faire courir à l'emprunteur, a néanmoins prêté le bien sans en informer ce dernier.

La formule selon laquelle le prêteur « aurait dû connaître le vice » de la chose est volontairement vague pour laisser à la jurisprudence la souplesse nécessaire. Dès lors, si tout prêteur semble devoir être tenu des vérifications élémentaires ou d'usage, le prêteur qui a des compétences techniques particulières devrait être tenu à davantage de diligences que le prêteur qui rend un service du quotidien. Plus généralement, le prêteur désintéressé ne devrait pas se voir découragé par le risque de responsabilité encouru. À l'inverse, le prêteur intéressé est tenu à davantage de diligences (V. infra, Article 1891). Il n'a toutefois pas paru souhaitable qu'une distinction stricte de régime soit introduite sur ce point entre prêt intéressé et prêt désintéressé dès lors que, même désintéressé, il est des cas où le prêteur aurait dû connaître le défaut affectant son bien et en avertir le prêteur.

Article 1891

Lorsque le prêt est intéressé, la responsabilité du prêteur est appréciée avec plus de rigueur.

Dès lors que le prêteur prête en vue d'en retirer un avantage économique, l'intérêt qu'il a au contrat justifie de le tenir plus sévèrement que le prêteur qui prête par altruisme. En particulier, l'appréciation des diligences qu'il aurait dû effectuer pour connaître le vice de la chose devrait être plus rigoureuse.

CHAPITRE II - Du prêt de consommation

Article 1892

Le prêt de consommation est le contrat par lequel le prêteur remet à l'emprunteur une chose fongible, telle qu'une somme d'argent, avec faculté d'en disposer, à charge pour l'emprunteur d'en rendre une autre de même espèce et qualité.

Dans le silence du contrat, le prêt est présumé être de consommation s'il est dans la nature de la chose prêtée d'être consommée dès le premier usage.

Il y a également prêt de consommation si l'emprunteur s'est vu remettre une chose fongible sans être tenu de la garder séparée des choses pareilles en sa possession.

Le prêt de consommation se distingue du prêt à usage. Tandis que le premier a pour objet un corps certain ou un bien fongible demeuré séparé des biens de même nature dont l'emprunteur est propriétaire (V. Article 1878 et 1883 de l'avant-projet), le second porte sur des choses fongibles qui ont été consommées ou confondues.

La présomption prévue au deuxième alinéa a pour but de faciliter la résolution d'un débat probatoire quant à la nature du contrat en cause. En outre, la précision « dès le premier usage » permet d'insister sur le fait que la chose est consommée dès que l'on s'en sert.

Article 1892-1

Le prêt de consommation peut être gratuit ou onéreux.

Il est onéreux quand, outre son obligation de restituer, l'emprunteur s'oblige à verser un intérêt.

Comme indiqué dans la présentation de l'avant-projet, « la possibilité établie de rémunérer le prêt de consommation rend peu utile de répliquer ici la distinction introduite en matière de commodat entre prêts intéressés et prêts désintéressés ».

En présence d'un prêt de consommation l'intérêt est la contrepartie du capital reçu, notamment la rémunération de l'argent. La question s'est posée de savoir si, dans la mesure où l'intérêt serait considéré comme un fruit, il pouvait s'analyser comme un aspect de l'obligation de restitution. Tel serait le cas si l'on considérait que le prêteur prête le capital mais pas les fruits. Toutefois, la Commission a fait le choix de retenir l'analyse classique qui envisage au contraire l'intérêt comme un prix, c'est-à-dire la rémunération du service fourni.

Du reste, la dénomination même d'« intérêt » a suscité le débat au sein de la Commission. En effet, n'aurait-il pas mieux valu parler de « prix » ? Pour autant, si par principe le prix est toujours une somme d'argent, l'intérêt peut ne pas revêtir une expression monétaire. En effet, l'une des spécificités de l'intérêt est de s'exprimer sous forme de taux, c'est un pourcentage de ce qui a été prêté. Par exemple, en matière de prêts de semences, l'agriculteur doit restituer la quantité reçue augmentée d'un pourcentage. En outre, alors que le prix est normalement l'expression d'une obligation principale, en matière de contrats tels que le prêt, l'emprunteur doit d'abord restituer et accessoirement rémunérer.

Section I - De la formation du prêt de consommation

Article 1893

Le prêt de consommation onéreux est consensuel.

Le prêt de consommation gratuit est réel. Sa formation requiert, outre l'accord des parties, la remise de la chose à l'emprunteur.

Quand l'emprunteur se trouve déjà en possession, à quelque titre que ce soit, de la chose prêtée, le consentement des parties vaut remise.

Cette disposition doit être mise en parallèle avec l'article 1877 relatif à la formation du contrat de prêt à usage. En effet, les deux articles ont la même structure.

Afin de permettre l'exécution forcée du contrat de prêt, la Commission a choisi d'étendre à tous les prêts de consommation onéreux la solution jurisprudentielle selon laquelle le prêt consenti par un professionnel du crédit est consensuel (Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000, n° 97-21.422, Bull. civ. I, n° 105). Dans sa majorité, la Commission a considéré qu'une des principales justifications du caractère réel des contrats de prêt tenait à leur caractère désintéressé. Dans cette optique, tous les prêts de consommation onéreux devaient basculer dans les contrats consensuels. En outre, on percevait mal la raison d'isoler sur ce point les professionnels de crédit des autres prêteurs à intérêt.

Seul le contrat de prêt de consommation stipulé avec intérêt est consensuel. En revanche, le contrat de prêt gratuit demeure un contrat réel. Il en va notamment ainsi du prêt d'argent sans intérêt.

Article 1893-1

L'inexécution de la promesse d'un prêt de consommation gratuit se résout en dommages et intérêts.

S'agissant d'un contrat réel et non consensuel, l'inexécution de la promesse d'un prêt de consommation gratuit ne peut conduire à son exécution forcée. Les raisons de décider sont les mêmes qu'à propos de l'article 1877-1.

Article 1893-2

La promesse de prêt à intérêt oblige le promettant à délivrer la chose si le bénéficiaire lui fait connaître, dans le respect des formes et délais éventuellement convenus, sa volonté de lever l'option.

Comme à l'article 1588 relatif à la promesse de vente, la Commission a préféré l'expression « faire connaître », dans les formes éventuellement prévues par le contrat, au verbe « notifie ». La notification suppose, en effet, un formalisme qui n'est pas nécessairement de mise dans les ouvertures de crédit les plus simples, comme l'autorisation de découvert. En revanche, dès que l'ouverture de crédit est un tant soit peu sophistiquée, le mode de tirage, i.e., de levée d'option, est très formalisé. Si rien

n'a été prévu et que le promettant ne s'exécute pas spontanément, le droit commun s'appliquera, ce qui supposera l'envoi d'une mise en demeure.

Article 1893-3

L'ouverture de crédit forme une promesse de prêt d'argent. Les parties peuvent convenir qu'elle sera reconstituable au fur et à mesure des remboursements.

L'ouverture de crédit est cessible, en tout ou partie, avec l'accord de la partie cédée. Cet accord peut être exprimé par avance, de même que la décharge expresse du cédant par la partie cédée.

En matière financière, la promesse de prêt à intérêt consiste en une ouverture de crédit.

La situation envisagée par le second alinéa a donné lieu à débat au sein de la Commission. Ne relève-t-elle pas plutôt du droit bancaire ? Le régime de la cession d'une promesse de prêt d'argent est cependant d'abord une question de droit civil. En outre, un besoin de clarification existe en la matière et la Commission est dans son rôle à y répondre. Ce besoin est spécialement sensible dans les opérations de cession d'une participation dans un crédit syndiqué. En effet, le droit commun en matière de cession de contrat crée une incertitude sur le point de savoir si un des prêteurs peut céder sa participation et sortir du crédit sans un aval de l'emprunteur contemporain de la cession, étant précisé qu'une telle nécessité donnerait à l'emprunteur un moyen de pression sur le prêteur sortant. Cette incertitude est une source d'insécurité juridique qui peut conduire à écarter le choix du droit français dans une opération internationale de financement. La Commission a donc jugé bon de clarifier ce point. Ainsi, quoique la cession d'une ouverture de crédit soit une cession de contrat, il est précisé que la décharge expresse qu'exige l'article 1216-1 peut être donnée par avance, ce qui n'est pas encore complètement clair en droit commun. La raison qui justifie cette précision est que l'ouverture de crédit est un contrat où un promettant est objectivement substituable à un autre, son obligation consistant à verser des fonds, c'est-à-dire à accomplir une prestation qui n'est teintée d'aucun intuitus personae. En revanche, comme indiqué dans le texte de présentation du prêt de consommation, « il y aurait un inconvénient considérable à exiger une réitération de la décharge qui soit contemporaine de la cession. Cette exigence rendrait illiquide la participation à une opération de financement, nuisant au développement d'un marché secondaire de la dette ».

Section II - Des effets du prêt de consommation

Article 1894

L'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée ; et c'est à sa charge qu'elle périclite, de quelque manière que cette perte arrive.

Le transfert de propriété s'opère par la remise du bien.

Cette disposition a suscité d'abondants débats au sein de la Commission en raison des difficultés pratiques qu'elle soulève, aussi bien pour la monnaie qu'en présence d'une chose corporelle. En effet, conditionner le transfert de propriété à la remise de la

chose semble contredire l'article 1893 susmentionné qui dispose que « le prêt de consommation onéreux est consensuel ». Cependant, ce qui détermine la « propriété de la monnaie scripturale » (concept qui se discute, en outre) n'est pas tant l'individualisation sur un compte que la titularité du compte sur laquelle elle est inscrite. Ainsi, si une personne vire une somme d'argent sur son propre compte afin de prêter à intérêt ladite somme à son voisin, l'individualisation de cette somme ne suffit pas à emporter transfert de propriété, quand bien même le contrat de prêt serait déjà formé. En ce qui concerne les choses corporelles, l'individualisation emporte transfert de propriété en matière de vente de choses de genre. Toutefois, le prêt, même de consommation, n'est pas une vente et, quand il porte sur des choses non monétaires, il est toujours resté un contrat dont le réalisme retardait le transfert de propriété à la remise entre les mains de l'emprunteur. La nécessité de ce transfert de maîtrise s'explique par la structure du prêt de consommation : c'est d'abord un contrat de restitution avant d'être un contrat translatif de propriété. Enfin, il n'a pas semblé pertinent de raisonner sur le modèle de la vente de choses de genre non-monétaires dans un contrat qui est entièrement dominé par la figure du prêt d'argent. Pour cette raison, le présent article indique que le transfert de propriété « s'opère par la remise du bien » nonobstant le caractère consensuel du contrat de prêt conclu à titre onéreux. Toutefois, rien ne fait obstacle à l'insertion d'une stipulation contraire.

Article 1894-1

Lorsque le prêt est onéreux, le prêteur est tenu de mettre la chose prêtée à disposition de l'emprunteur, à qui il appartient de la retirer.

Si, après mise en demeure, l'emprunteur manque à retirer la chose le prêteur peut mettre fin au contrat.

L'inutilité de l'alinéa premier a été évoquée par certains membres de la Commission, qui considèrent qu'une fois qu'il est établi que le transfert de propriété s'opère par la remise, tout le reste découle naturellement. Cependant, parce que le prêt conclu à titre onéreux est consensuel, l'emprunteur peut en forcer l'exécution. En outre, d'un point de vue pédagogique, la mention de l'obligation de mise à disposition ne paraît pas dénuée d'intérêt. C'est pourquoi cet alinéa a finalement été maintenu. L'alinéa 2 s'explique pour les mêmes raisons qu'en matière de commodat (Article 1877-2).

Article 1895

L'obligation de restitution qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme énoncée au contrat, quelles que soient les fluctuations du cours de la monnaie dans laquelle l'emprunt doit être remboursé.

La présente disposition reprend à son compte la solution prévue par l'actuel article 1895 du Code civil tout en l'actualisant. En outre, par souci de simplicité, la numérotation est demeurée inchangée.

La Commission supprime la mention selon laquelle l'emprunteur « ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement ». En effet, l'intérêt historique de cette précision – à l'époque de la rédaction du Code civil – ne se retrouve pas de nos jours (rapp. Article 1343-3).

En outre, l'expression « quelles que soient les fluctuations du cours de la monnaie » clarifie l'idée selon laquelle la monnaie garde sa valeur libératoire quelles que soient les fluctuations qu'elle subit. En effet, bien que le principe du nominalisme monétaire puisse sembler évident, son expression peut conserver une vertu pédagogique. Elle peut être pas utile, notamment pour un lecteur qui cherche le droit français à partir du texte de nos lois.

Article 1896

L'emprunteur est tenu de rendre l'équivalent des choses prêtées, en même quantité et qualité.

Il ne doit rendre que cela, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de leur prix.

Le second alinéa de cet article s'inscrit dans la continuité de l'article 1896 selon lequel le prêt doit être remboursé, « quelles que soient les fluctuations du cours de la monnaie ».

Article 1897

S'il est dans l'impossibilité de restituer, l'emprunteur est tenu de payer la valeur de la chose prêtée telle qu'elle peut être appréciée au temps et au lieu où elle devait être rendue.

Sauf en cas de prêt de titres financiers en présence desquels la consommation n'est qu'une fiction légale (CMF, Article L. 211-22), « l'impossibilité de restituer », s'agissant de choses fongibles, ne peut qu'être relative. En effet, celle-ci dépend de l'état du marché pour se procurer un bien semblable. Autrement dit, il s'agit d'une impossibilité au lieu et à l'heure de la restitution.

En raison de son caractère objectif, le mot « valeur » a été préféré à celui de « prix » employé par l'article 1896.

Article 1898

L'emprunteur restitue au terme convenu ou lorsque s'accomplit la condition à laquelle les parties ont suspendu la restitution.

Cet article pose le principe selon lequel la restitution intervient au terme stipulé par les parties. Une exception est néanmoins envisagée par l'article 1901 qui dispose qu'« à défaut de terme convenu, chaque partie peut mettre fin au prêt, sous réserve de respecter un préavis raisonnable ».

Article 1899

Lorsque le terme a été convenu dans l'intérêt exclusif de l'emprunteur, celui-ci peut mettre fin au prêt à tout moment, sauf à respecter un délai raisonnable pour la restitution.

L'article 1899 transpose la règle de l'article 1305-3 du Code civil selon laquelle « la partie au bénéfice exclusif duquel le terme a été fixé peut y renoncer sans le consentement de l'autre ».

En revanche, la présente disposition n'a pas vocation à régler la question de savoir si l'hypothèse visée concerne uniquement les prêts gratuits ou même les prêts onéreux lorsque le prêteur a un intérêt au terme.

Article 1900

Si l'emprunteur ne rend pas l'équivalent des choses prêtées ou leur valeur à l'échéance du terme, il en doit l'intérêt légal à compter de la mise en demeure ou de la demande en justice.

S'il est exact que celui qui reçoit gratuitement doit veiller aux intérêts de celui qui l'a gratifié, il n'en reste pas moins que, spécialement lorsque le prêt est gratuit, l'emprunteur peut facilement oublier le terme. Par conséquent, la nécessité d'une mise en demeure ou d'une demande en justice se justifie afin de ne pas exposer l'emprunteur à une aggravation de sa dette dont il n'aurait même pas conscience. En outre, la mise en demeure préalable est une exigence de droit commun. L'article 1900 vaut donc aussi bien quand le prêt est onéreux que gratuit.

Article 1901

À défaut de terme convenu, chaque partie peut mettre fin au prêt, sous réserve de respecter un préavis raisonnable.

Cet article rappelle la faculté de résiliation unilatérale offerte à chacune des parties lorsque le contrat de prêt ne prévoit pas de terme.

Article 1902

Lorsque la durée du prêt est abandonnée à la survenance d'un événement futur et incertain, la restitution a lieu lorsque le délai accordé pour son accomplissement est achevé.

Lorsqu'il n'y a pas eu de délai fixé pour que la condition s'accomplisse, il revient au juge de le fixer.

Cette disposition envisage la situation dans laquelle les parties ont voulu que le prêt se poursuive jusqu'à l'éventuel accomplissement d'une condition extinctive. Par suite, et quoique le prêt soit techniquement à durée indéterminée, les parties entendent inscrire le prêt dans la durée, ce que la faculté de résiliation unilatérale contredirait. Toutefois, parce que l'existence d'une condition peut donner naissance à un prêt perpétuel dans l'hypothèse où l'événement ne surviendrait jamais, la dissipation de l'incertitude doit être enfermée dans un délai. Si les parties ont négligé

d'en prévoir un, le second alinéa règle le problème en accordant au juge la possibilité de le fixer.

Article 1903

Lorsque la chose prêtée comporte des défauts tels qu'elle puisse causer un dommage à celui qui l'a en sa possession, le prêteur en est responsable envers l'emprunteur si le défaut était caché, qu'il le connaissait ou aurait dû le connaître et n'en a pas averti ce dernier.

Une difficulté d'identification de la chose à l'origine du dommage peut surgir. En effet, dès lors que le prêt de consommation porte sur une chose fongible, comment savoir si la chose prêtée est celle-là même qui a causé le dommage ? Pour autant, la responsabilité du prêteur envers l'emprunteur se justifie à deux égards : d'une part, si la preuve qui incombe au demandeur peut être difficile à rapporter, elle n'est pas non plus impossible ; d'autre part, dans un souci de cohérence, la présente disposition s'aligne en la matière sur le régime du commodat (article 1890).

Article 1904

Lorsque le prêt est onéreux, la faute du prêteur est appréciée avec plus de rigueur.

Cette logique de rigueur atténuée ou augmentée selon que le contrat a été conclu dans un esprit de bienfaisance ou conformément à la poursuite d'un intérêt propre traverse tous les contrats de l'avant-projet (V. Article 1886-3 et 1891 pour le commodat ; Article 1925 pour le dépôt ; Article 1997 pour le mandat)

Section III - De l'intérêt

Article 1905

Il est permis de stipuler des intérêts pour prêt soit d'argent, soit de denrées ou autres choses fongibles que l'emprunteur a la faculté de consommer ou de s'approprier.

C'est la reprise de l'actuel article 1905, légèrement explicité.

Article 1906

L'intérêt est périodique. Il peut aussi être forfaitaire.

S'il est périodique, il peut être acquitté en une ou plusieurs échéances.

La présente disposition met sur un pied d'égalité deux modalités de versement d'un intérêt. L'intérêt forfaitaire consacre l'hypothèse atypique du versement d'un intérêt étranger à l'écoulement du temps.

Article 1907

Le taux de l'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt conventionnel peut excéder celui fixé par la loi, toutes les fois que celle-ci ne le prohibe pas.

Le taux de l'intérêt conventionnel est déterminé ou déterminable.

Il est fixé par écrit. À défaut, le taux légal s'applique.

La présente disposition simplifie la rédaction de l'actuel article 1907 du Code civil en supprimant la précision, jugée évidente, selon laquelle « l'intérêt légal est fixé par la loi ».

En ce qui concerne le deuxième alinéa, un débat existe quant à la possibilité pour le prêteur de fixer le taux d'intérêt conventionnel unilatéralement. Ainsi, deux options étaient envisageables : 1° permettre au prêteur de fixer unilatéralement le taux d'intérêt et offrir à l'emprunteur la faculté de résilier le contrat en cas d'abus ou d'obtenir judiciairement la réduction du taux abusif ; 2° prévoir que le taux d'intérêt doit être déterminé ou déterminable afin de ne pas étendre la solution prévue par l'article 1165 du Code civil au contrat de prêt.

La Commission a finalement conclu que l'article 1165 du Code civil ne pouvait aucunement s'appliquer, le contrat de prêt ne relevant pas de la catégorie des contrats de prestation de service. Il est, en effet, tourné vers la fourniture des utilités d'un bien, et non vers la mobilisation de l'utilité d'une personne. Il n'y a donc aucune raison de s'écarter des solutions retenues en matière de contrat de vente et de contrat de bail pour lesquels la déterminabilité du prix et du loyer a été consacrée. En outre, la solution inverse aurait aussi semblé inopportune car par trop sévère à l'égard de l'emprunteur. En effet, ce dernier, après avoir obtenu un prêt, ne trouvera pas toujours le courage, de le remettre en cause à cause d'une fixation unilatérale du taux qu'il juge excessive.

A défaut de déterminabilité du taux d'intérêt conventionnel, le taux d'intérêt légal trouve à s'appliquer. En effet, la sanction de la nullité du prêt est inadaptée pour l'emprunteur, comme l'a souligné la jurisprudence.

Article 1909 à 1914 : Suppression des règles sur la rente perpétuelle ou viagère

Les règles sur la rente perpétuelle ou viagère n'ayant plus d'objet, la Commission a fait le choix de les supprimer. En effet, ces dispositions étaient conçues pour tourner l'interdiction du prêt à intérêt, datant de l'époque des canonistes. Elle s'avère donc désormais obsolète.

[Articles 1908 à 1914: réservés]

Les contrats de dépôt et de séquestre

PRESENTATION

Petit contrat discret qui ne soulève pas de questions transcendantes, le dépôt a vu sa physionomie générale reconduite par la Commission.

L'approche très éclatée qu'en retenait jusqu'ici le Code civil a été maintenue (Article 1917). On a cependant mis plus nettement à part le dépôt hôtelier, dont il n'a plus paru utile, ni même exact, de faire une variété de dépôt nécessaire.

Sur le fond, la doctrine du *statu quo* prêtait à davantage d'hésitations. D'un côté, le dépôt s'inscrit à bien des égards dans la mouvance du prêt. Certes, à l'inverse du commodat, le contrat ne tourne pas son utilité vers celui qui reçoit la chose et s'oblige à la restituer. Comme le prêt, toutefois, il s'agit essentiellement d'une opération d'aller-retour d'un seul et même bien (ou, si ce bien est fongible, d'un équivalent quantitatif et qualitatif égal), ce qui l'inscrit assurément dans l'orbite des contrats réels. Or, les travaux de la Commission ont conduit à réévaluer en profondeur l'allure générale du prêt, pour en faire en nombre d'hypothèses un contrat consensuel. N'aurait-il pas dû en aller de même pour le dépôt ? Par ailleurs, surtout quand il est conclu à titre onéreux, le dépôt appelle de la part du dépositaire diverses prestations complémentaires, qui contribuent à le rapprocher cette fois du contrat d'entreprise. D'instinct, plutôt que par l'effet d'une conviction définitivement arrêtée, la Commission a, jusque dans ce cas, décidé de maintenir le dépôt dans son quant à soi.

Il reste donc en toute hypothèse un contrat réel (Article 1920) ; beaucoup de dispositions qui le gouvernent actuellement ont été reprises, quitte parfois à être réécrites et, si nécessaire, clarifiées. En constituant, ce nous semble, des exemples caractéristiques :

- La redéfinition du dépôt nécessaire de manière à mieux faire saisir la conjonction entre nécessité et volonté (Article 1924).
- L'articulation entre appréciation *in concreto* et appréciation *in abstracto* des diligences du dépositaire (Article 1925).
- La redéfinition du domaine du dépôt secret et des obligations qui en découlent pour le dépositaire (Article 1929).
- L'imbrication des limitations de réparation dans le dépôt hôtelier (Article 1954 et 1955).

L'avant-projet comporte néanmoins, par rapport au droit actuel du dépôt, diverses innovations d'importances variables, destinées notamment à refléter l'emploi du dépôt dans le monde des affaires et le recours à cette figure dans l'univers numérique. Citons en particulier :

- Le dépôt de choses incorporelles, tels que fichiers informatisés, a été expressément consacré (Article 1918).

- Déjà admis par le Code de 1804, le dépôt de choses fongibles (Article 1919) est désormais assorti d'une règle nouvelle qui oblige en principe le dépositaire à maintenir les choses confiées à part de son patrimoine propre et, si ce n'est pas le cas, qui autorise le déposant à exercer, sur les biens du dépositaire, une action en revendication à hauteur de la quantité des choses confiées. S'illustre ici une idée déjà rencontrée en matière de prêt, de gage ou de réserve de propriété.
- Le domaine des dépôts conclus à titre onéreux a été sécurisé par l'introduction d'une présomption simple d'onérosité lorsque le dépositaire intervient à titre professionnel (Article 1916). Son régime a été assoupli par l'introduction d'une règle de fixation judiciaire du prix analogue à celle qui a été retenue pour le contrat d'entreprise (Article 1923), sauf dans le cas – fréquent – où le dépôt se trouve accessoire à une opération elle-même onéreuse. Dans une telle combinaison, il est raisonnable de présumer que le prix de la prestation principale est fixé en considération de l'accessoire qu'est le dépôt. Il appartient du moins au déposant de s'exprimer clairement si tel n'est pas le cas. La transparence des coûts de l'opération qu'il propose en sort favorisée.
- Des règles inspirées de celles qui ont été retenues en matière de prêt à usage viennent assurer leur effectivité aux promesses unilatérales ou synallagmatiques de recevoir une chose en dépôt, nonobstant le caractère réel du contrat (Article 1922). Le régime des réservations de capacité de stockage, qui constituent une facette importante du dépôt dans le monde des affaires, s'en trouve clarifié.
- Comme il a été fait en matière de bail et de prêt à usage, la détermination contradictoire de l'état de la chose à l'entrée du dépôt a été prévue (Article 1926).
- Ont été introduites des règles relatives à l'obligation de retraitement, par le déposant, de la chose restituée et aux mesures susceptibles d'être prises par le dépositaire en cas de non-respect de cette obligation (Article 1934).
- Le séquestre conventionnel a été clarifié et complété. Si, à la différence du séquestre judiciaire, il ne libère pas le débiteur qui doit restituer la chose, il arrête le cours des intérêts conventionnels dont sa détention pouvait former le prix. Cela incitera ceux qui se disputent la chose à ne pas retarder le règlement de leur différend. Le régime des frais encourus par le séquestre et celui de sa rémunération sont précisés.
- Un nouveau cas de séquestre judiciaire a été envisagé afin de résoudre au mieux la difficulté récurrente qu'éprouvent certains débiteurs à déterminer la personne auprès de laquelle ils doivent s'acquitter de leur dette de restitution (Article 1947).
- Par le biais d'une assimilation légale, a été adoptée une conception plus extensive (quoique prudente) des personnes susceptibles de se voir appliquer le régime particulier du dépôt hôtelier (Article 1951, al. 3).
- Enfin, au titre du dépôt hôtelier encore, la faute de l'hébergé limite ou exclut son droit à réparation en cas de perte ou de vol de ses effets ou de son véhicule quand il stationne dans les dépendances du lieu d'hébergement (Article 1953).

Une toilette et quelques nouveautés, en somme, mais qui devraient être de nature à conserver au contrat de dépôt son éternelle (et insolente) jeunesse!

Philippe STOFFEL-MUNCK, Gwendoline LARDEUX et Alain SÉRIAUX.

TEXTES

TITRE XI - DU DÉPÔT

Article 1915

Le dépôt est le contrat par lequel le dépositaire reçoit une chose du déposant, en vue de la garder et de la conserver, puis de la restituer.

Cette définition insiste sur la finalité économique de l'opération : garder, conserver, restituer. Dans l'esprit de la Commission, garde et conservation ne sont pas redondants. La garde consiste à protéger la chose déposée contre les interventions malfaisantes des tiers ; la conservation cherche surtout à protéger la chose déposée contre sa propre tendance à la détérioration.

À l'instar de ce qui a déjà été fait pour le bail et le prêt, l'emploi du mot « chose » supprime celui de « bien », car le dépôt peut porter sur une chose qui n'est pas appropriée. Par la même occasion, cette disposition admet implicitement que le dépôt puisse porter sur une chose appartenant à un autre que le déposant. Il n'a donc pas paru utile de reprendre l'actuel article 1938 du Code civil.

Article 1916

Le dépôt peut être gratuit ou onéreux.

Est présumé onéreux, jusqu'à preuve du contraire, le dépôt fait entre les mains d'un dépositaire professionnel.

Si le dépôt est accessoire à un contrat à titre onéreux, sa rémunération doit être expressément convenue.

Contrairement au Code civil, la Commission a estimé que le dépôt ne pouvait plus être traité par principe comme un contrat « essentiellement gratuit » (C. civ., Article 1917, actuel). Il est, selon les cas, gratuit ou onéreux. Par rapport au Code civil, la Commission a même renforcé les différences de régimes entre les deux sortes de dépôt. Jusqu'à présent, en effet, la rémunération du dépositaire justifiait uniquement l'application d'une responsabilité plus rigoureuse dans les soins donnés à la chose déposée (C. civ., Article 1928, 2, actuel). L'avant-projet reprend cette solution défavorable au dépositaire rémunéré (Article 1925), mais il en retient de nouvelles qui lui sont cette fois favorables : indemnisation généreuse de celui qui a promis de recevoir une chose en dépôt quand le bénéficiaire de cette promesse ne remet pas cette chose alors qu'il s'y est engagé (Article 1922, al. 2) ; fixation judiciaire de la rémunération à défaut de précision des parties sur ce point (Article 1923). L'intérêt de la distinction entre dépôt gratuit et dépôt onéreux devient donc crucial.

Par application du droit commun de la preuve, la stipulation d'une rémunération doit être prouvée par celui qui prétend être payé (C. civ., Article 1353). La Commission a cependant estimé logique d'inverser le fardeau de la preuve quand le dépositaire est un professionnel. Le dépôt est alors présumé onéreux. Toutefois, cette présomption

ne joue pas lorsque le dépôt n'est que l'accessoire d'un contrat à titre onéreux, comme la remise d'un véhicule à réparer auprès d'un garagiste. L'on peut supposer en effet que, dans ce dernier cas, la rémunération du dépôt est incluse dans la rémunération du contrat principal. Dès lors, si le dépôt doit donner lieu à une rémunération spécifique, il sera nécessaire de la stipuler. De plus, la présomption d'onérosité est une présomption simple, que le déposant peut combattre en démontrant que le dépositaire a entendu renoncer à toute rémunération.

Dès lors, de deux choses l'une :

ou bien une rémunération a été convenue entre les parties et l'on s'en tient là ;

ou bien les parties sont demeurées silencieuses sur ce point et le dépôt est en principe gratuit, sauf si le dépositaire est un professionnel de ce type d'activité. Dans ce cas, sauf si le déposant parvient à démontrer la gratuité, le dépositaire peut se prévaloir de l'article 1923 pour faire établir judiciairement le montant de sa rémunération.

Article 1917

Il y a trois espèces de dépôt régies par le présent code: le dépôt proprement dit, le séquestre et le dépôt hôtelier.

La Commission a envisagé la possibilité de créer un droit commun du dépôt auquel pourraient se référer les multiples hypothèses de dépôts spéciaux, dans et hors du Code civil. Mais le projet a été écarté comme trop complexe et outrepassant le mandat qui a été confié à la Commission. L'on s'est contenté de reprendre la nomenclature du code actuel, tout en détachant le dépôt hôtelier, que le Code civil actuel traite comme une forme de dépôt nécessaire, ce qu'il n'est certainement pas comme on le verra plus loin.

CHAPITRE I - Du dépôt proprement dit

Article 1918

Le dépôt ne peut porter que sur des meubles, corporels ou incorporels.

Lorsque le contrat de dépôt porte sur une chose incorporelle, il en détermine notamment les modalités de délivrance, d'usage et de restitution. À défaut, les règles du présent chapitre s'appliquent autant qu'elles sont compatibles avec la nature de la chose confiée en dépôt.

Cet article détermine les choses qui peuvent faire l'objet de dépôt.

Il écarte les immeubles. La Commission a d'abord songé à les inclure, motif pris que le séquestre d'immeuble, lui, est admis (Article 1941). Mais elle a finalement préféré ne voir dans le séquestre immobilier qu'une exception. En effet, outre le maintien d'une solution traditionnelle, plusieurs arguments militent dans le sens d'une exclusion du dépôt de choses immobilières. D'une part, le dépositaire a un droit de rétention lié à la détention de la chose déposée ; or, la détention d'un immeuble

supposerait d'y être installé (la jurisprudence a exclu que la détention puisse porter simplement sur les clés de l'immeuble : Cass. 1^{re} civ., 11 mai 2017, n° 15-26.646, PB). D'autre part, le « dépôt » d'un immeuble n'est en réalité qu'une variété de contrat de gardiennage, lequel relève du contrat d'entreprise.

Le texte proposé admet en revanche les meubles incorporels, tels les fichiers informatiques. Il incite cependant les parties à déterminer précisément les modalités d'exécution de ce type de dépôt et, à défaut, confère aux juges saisis le droit de procéder à une application flexible de règles principalement conçues pour les choses corporelles. La solution rejoint celle admise par la Commission pour le contrat de bail (Article 1712).

Article 1919

Le dépôt peut porter sur des choses fongibles.

Sauf stipulation ou disposition contraires, celui à qui ces choses sont remises doit les tenir séparées des siennes.

En cas de confusion, le déposant peut agir en revendication. L'action s'exerce comme il est dit à l'article 1931.

Cet article continue le précédent. Il admet que le dépôt puisse porter sur des choses fongibles, telles des denrées ou des sommes d'argent (billets, pièces de monnaie). Il ne concerne pas en revanche la monnaie scripturale. Les inscriptions de sommes d'argent en comptes bancaires échappent largement au droit commun du contrat de dépôt, même si l'on continue parfois à raisonner comme si les banquiers recevaient de la monnaie fiduciaire ou métallique en dépôt, là où ils manipulent des créances en movimentant des comptes.

S'agissant des choses fongibles, il a paru conforme à l'esprit du dépôt d'obliger en principe le dépositaire à tenir les choses déposées séparées des siennes. Il devra donc restituer les choses-mêmes qu'il a reçues, lesquelles se trouvent par ailleurs soustraites aux poursuites de ses créanciers. La règle n'est pourtant que supplétive et réserve les dispositions légales et les stipulations contraires. Dans ce cas, le dépositaire ne sera tenu de restituer que des choses équivalentes à celles qui lui ont été confiées (Article 1931, al. 1^{er}).

Lorsque la confusion a lieu, soit parce qu'elle est permise, soit parce qu'elle est imputable à la faute du dépositaire, le déposant peut, s'il était propriétaire des choses confiées en dépôt, exercer une action en revendication « sur toute chose de même nature et de même qualité, détenue par le dépositaire ou pour son compte » (Article 1931, al. 2). Sinon, il aura une simple créance de restitution sur le fondement du contrat de dépôt et devra éventuellement supporter le concours d'autres créanciers du dépositaire.

Si la confusion opérée par le dépositaire n'était pas autorisée et qu'il ne peut restituer les choses déposées à l'identique, il engagera en outre sa responsabilité contractuelle envers le déposant.

Section I - De la formation du dépôt

Article 1920

Le dépôt requiert pour sa formation la remise de la chose qui en est l'objet.

Quand le dépositaire détient déjà la chose, à quelque titre que ce soit, le consentement des parties emporte remise.

À la différence du contrat de prêt, la qualification traditionnelle de contrat réel a été entièrement maintenue pour le dépôt. Les avis des membres de la Commission ont cependant divergé sur ce point, certains souhaitant traiter le dépôt sur le mode consensuel, comme une variété de contrat de prestation de services. Le maintien de la tradition s'inspire au contraire, de deux considérations. D'une part, le dépôt reste fondamentalement un contrat portant sur une chose qu'il s'agit de restituer et qui, par conséquent, ne prend son essor qu'avec la remise de cette chose au dépositaire. Conforte cette idée l'impossibilité de contraindre le futur déposant à exécuter une promesse de dépôt par la remise forcée de la chose (Article 1921 et 1922). D'autre part, contrairement à une idée répandue, le dépositaire ne se limite pas à rendre un service, gratuit ou onéreux, au déposant ; il est très souvent lui aussi intéressé au dépôt lui-même (comme prélude à des opérations de transports groupés, par exemple).

L'actuel article 1919 du Code civil, dont la rédaction remonte à 1804 (une loi du 12 mai 2009 s'est contentée d'adapter un peu le vocabulaire en remplaçant « feinte » par « fictive »), analyse en une tradition fictive l'interversion de titre qu'il consacre à l'alinéa 2. La Commission n'a pas jugé utile de reprendre explicitement cette analyse. Mais elle a quand même admis l'esprit fictif de cette tradition en indiquant que le consentement des parties « emporte remise ». La même idée se retrouve dans le prêt à usage, avec une expression équivalente (« vaut remise ») (Article 1877, al. 2).

Article 1921

Celui qui a promis de remettre une chose à titre de dépôt n'est tenu qu'à des dommages et intérêts s'il manque à exécuter son engagement.

Article 1922

Celui qui a promis de recevoir une chose à titre de dépôt onéreux ne peut révoquer unilatéralement son engagement.

Si le bénéficiaire de la promesse lève l'option mais manque à remettre la chose, le promettant peut, après mise en demeure, révoquer son engagement et poursuivre l'indemnisation des frais qu'il a engagés, comme de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette affaire.

Il en va de même en cas de promesse synallagmatique de faire et de recevoir un dépôt.

Les articles 1921 et 1922 répondent, en matière de dépôt, aux préoccupations déjà manifestées par la Commission pour le contrat de prêt à usage : l'organisation juridique de contrats préparatoires spécifiques aux contrats réels. Les débats ont été

nourris et les solutions retenues n'ont d'autre prétention que de susciter de nouvelles réflexions, plus approfondies encore. La proposition originelle discutée ne faisait état que d'un texte unique sur la promesse de dépôt. La Commission a cependant conclu à la nécessité de distinguer deux hypothèses principales de promesses.

La première, envisagée par l'article 1921, porte sur le cas où le déposant éventuel est promettant. Dans cette hypothèse, la levée d'option par le bénéficiaire (dépositaire éventuel) ne suffit pas à conclure le contrat de dépôt, dans la mesure où ce contrat est réel. La Commission, raisonnant notamment sur le fondement de la nature réelle du dépôt, et par analogie avec le prêt à usage désintéressé (Article 1877-1), propose comme seule sanction l'octroi de dommages-intérêts. Indépendamment du principe de la sanction, la question du montant des dommages-intérêts a été largement discutée : une première version de l'article 1921 comportait un alinéa second, prévoyant qu'en cas d'inexécution par le promettant, le bénéficiaire pourrait obtenir « tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette affaire ». La Commission a néanmoins fait le choix de supprimer cet alinéa, après avoir considéré que la sanction envisagée était disproportionnée dès lors que le dépôt n'a pas été formé et qu'on ne pouvait donc pas raisonner comme s'il l'avait été et qu'on eût privé le dépositaire de la rémunération à laquelle il avait droit (cf. dans cette hypothèse, Article 1935). La formule finalement choisie, selon laquelle le promettant n'est tenu qu'à des dommages-intérêts « s'il manque à exécuter son engagement », a vocation à privilégier la souplesse pour laisser toute liberté au juge dans l'évaluation de ces dommages-intérêts.

La seconde hypothèse, plus fréquente en pratique, est visée par l'article 1922. Elle correspond aux cas dits « de réservation de capacité », lorsqu'un éventuel dépositaire s'engage à garder une place suffisante dans ses entrepôts, réservoirs ou autres, pour recevoir des choses (notamment grains, hydrocarbures, gaz, matières premières de toute nature) qu'on pourrait lui donner en dépôt. Ce dépositaire éventuel est alors promettant et le déposant potentiel compte sur le sérieux de cette promesse alors qu'il organise l'acheminement de sa production ou de ses stocks vers le lieu d'entreposage. L'article 1922 admet expressément que la promesse puisse faire ici l'objet d'une exécution forcée en nature, conformément au droit commun des promesses unilatérales (Article 1124, al. 2, C. civ., rédac. act).

Cette exécution forcée est cependant réservée aux seuls cas où l'éventuel dépositaire promet à titre onéreux. S'il n'agit qu'à titre gratuit, il n'a pas paru opportun de le contraindre à maintenir sa promesse, ce qui déroge cette fois au droit commun des promesses de contrat. Un article aurait pu manifester expressément cette dernière dérogation ; cette proposition reste ouverte pour la consultation publique.

La Commission souligne que, quand elle est admise, cette exécution forcée en nature de la promesse de dépôt faite par le dépositaire ne revient pas à forcer un consentement. Certes, le caractère réel du contrat fait que la remise participe du consentement, et on forcerait le consentement du déposant si on l'obligeait à remettre. Ce n'est pas possible comme l'article 1921 l'exprime (rapp. obs. sous Article 1877-1 en matière de commodat). Mais ceci concerne le déposant. Du côté du dépositaire, son consentement au dépôt est déjà consommé par la promesse qu'il a souscrite.

Dans le cas où l'option est levée par le déposant éventuel sans être suivie de la remise à laquelle il s'est engagé, les mêmes observations expliquent que le dépositaire ne puisse pas contraindre la remise. Parce que le contrat est réel, la levée d'option ne

suffit pas à le former, et on ne peut pas forcer cette formation. En outre, dans la pratique du dépôt rémunéré, le préjudice du dépositaire est principalement pécuniaire ; des dommages-intérêts suffisent à le compenser. Le montant des dommages-intérêts est néanmoins établi à hauteur d'une complète exécution par équivalent. Dans un contexte différent, la solution s'inspire de celle qui est retenue dans le contrat d'entreprise en cas de résolution unilatérale du contrat par le maître de l'ouvrage (Article 1780).

Dans un but de clarté conceptuelle, la Commission a choisi de préciser que le régime était identique que la promesse soit unilatérale ou synallagmatique.

Article 1923

Lorsque le dépôt est onéreux, à défaut d'accord sur le prix, le juge en fixe le montant, en fonction notamment des attentes légitimes des parties, des obligations exécutées et des usages.

Lorsque le dépositaire est rémunéré, la Commission a souhaité faire échapper sa rémunération à l'application de l'article 1165 du Code civil en ce qu'il prévoit, lorsque les parties n'ont rien fixé au moment de la formation du contrat, la faculté pour un prestataire de services de fixer unilatéralement le montant de sa rémunération, sous réserve de l'intervention du juge en cas d'abus. De manière générale au demeurant, la Commission est favorable à l'abrogation de l'article 1165 du Code civil et a prévu également d'en écarter l'application pour le contrat d'entreprise (Article 1760) et le contrat de mandat (Article 1991). Dans la rédaction ici proposée, dans le silence des parties sur la somme initialement convenue, seul le juge est à même de déterminer cette somme selon les critères énumérés. Ces critères sont destinés à encadrer la mission du juge, tout en étant suffisamment souples pour lui laisser une marge importante d'appréciation. On les comparera avec ceux de l'article 1760, al. 2, qui puisent, en matière de contrat d'entreprise, à des sources analogues d'inspiration.

Cet article a une double utilité : éviter la requalification d'un dépôt onéreux en dépôt gratuit si aucune rémunération n'a été déterminée lors de la conclusion du contrat alors que l'accord des parties sur le principe d'une rémunération a été établi ; permettre au dépositaire professionnel, dont l'intervention est présumée faite à titre onéreux par l'article 1916, de réclamer une rémunération adéquate une fois le contrat exécuté ou même en cours d'exécution.

Article 1924

En cas d'impérieuse nécessité, le seul fait de recevoir d'autrui une chose qui, autrement, serait menacée de disparition ou de destruction, suffit à former le dépôt.

La figure tutélaire du dépôt nécessaire est susceptible de s'appliquer encore de nos jours à maintes situations : guerres, inondations, mais aussi hospitalisation d'urgence ou même, semble-t-il, remorquage de voitures sur l'autoroute puisqu'aussi bien le conducteur du véhicule en panne dans ces circonstances n'a d'autre remède que de se laisser remorquer. Toutefois, de l'article 1949 du Code de 1804 au texte proposé, les conditions de ce dépôt ont été mieux définies. L'article 1949 met seulement l'accent sur la contrainte qui pèse sur le déposant et laisse, en revanche, dans l'ombre la question du consentement du dépositaire. Le texte proposé aborde

au contraire ces deux aspects. En consonance avec la jurisprudence (Cass. Req. 17 juillet 1923, DP 1923. 1. 203), la contrainte pesant sur le déposant a d'abord été mieux définie : « impérieuse nécessité » liée à des circonstances qui risquent d'entraîner la perte irrémédiable d'une chose. En parallèle, le consentement du dépositaire a été amoindri : il n'est pas requis qu'il consente expressément ou même tacitement au dépôt ; il suffit qu'il ne s'y oppose pas en recevant la chose qui lui est présentée. Cet amoindrissement se justifie par la solidarité humaine qui est de mise en pareilles circonstances.

La qualification de dépôt nécessaire a, dans le Code civil actuel (Article 1950), pour vertu d'autoriser exceptionnellement la preuve du dépôt par témoins, même si la valeur de la chose confiée justifierait l'exigence d'une preuve écrite ou, à défaut, d'une déclaration du dépositaire (C. civ. Article 1924,). Le projet ne reprend pas ce texte car il n'est que le rappel du droit commun de la preuve qui, à l'article 1360 du Code civil, écarte l'exigence d'un écrit à titre probatoire en cas d'impossibilité matérielle de s'en procurer un. Or, l'hypothèse de « l'impérieuse nécessité » visée à l'article 1924 proposé met le déposant dans une telle situation d'impossibilité.

A ce sujet, la Commission n'a pas repris non plus l'article 1924 actuel du Code civil qui pose une règle probatoire spécifique au dépôt : l'absence d'écrit peut être palliée par la simple déclaration du dépositaire. Cette règle anachronique est abandonnée.

Section II - De l'exécution du dépôt

Sous-section 1 - Des obligations du dépositaire

§ 1 - L'obligation de conservation et de garde.

Article 1925

Le dépositaire apporte, dans la conservation et la garde de la chose déposée, les diligences qui sont les siennes dans la conservation et la garde de ses propres biens.

Toutefois, une diligence raisonnable est pour le moins requise de lui, si le dépôt a été fait également dans son intérêt, s'il est onéreux ou si les parties en sont ainsi convenues.

L'alinéa 1^{er} reprend une solution traditionnelle en matière de dépôt : l'appréciation des diligences du dépositaire par rapport aux soins qu'il a de ses propres biens. L'alinéa 2nd requiert en revanche au minimum une diligence raisonnable (qui peut varier selon que le dépositaire est ou non un professionnel du dépôt) dans trois séries de cas : le dépositaire est intéressé au dépôt ; il est rémunéré ; les parties en ont ainsi convenu. Comme dans la liste proposée par l'actuel article 1928 du Code civil, l'énumération est limitative, même si elle est suffisamment souple pour laisser au juge une certaine marge d'appréciation.

Article 1926

S'il n'a pas été établi un état contradictoire de la chose lors de sa remise, le dépositaire est présumé l'avoir reçue en bon état.

Le dépositaire répond des dégradations ou de la perte de la chose, sauf à prouver son absence de faute.

L'alinéa 1^{er} de cette disposition entérine pour le dépôt une solution déjà retenue pour le bail (Article 1722, al. 2) et pour le commodat (Article 1886, al. 3). Ça et là, cette solution se justifie par d'importantes raisons pratiques. C'est l'état de la chose objet du contrat lors de la formation de celui-ci qui servira ultérieurement de référence pour décider de la bonne exécution des obligations d'entretien (bail) ou de conservation (commodat, dépôt) propres à ces contrats. C'est encore cet état qui, lors de la restitution, permettra de déterminer si celle-ci est complète.

L'alinéa 2nd prolonge l'article 1925 en présument la faute de conservation du dépositaire lorsque la chose a subi des dégradations ou des pertes par rapport à son état tel qu'il a été décrit ou tel qu'il est présumé avoir été lors de la conclusion du contrat de dépôt. Le droit du commodat comporte une disposition analogue (Article 1886, al. 1).

Article 1927

Si le dommage survient après que le dépositaire a été mis en demeure de restituer la chose déposée, il en répond même en cas de force majeure.

Article 1928

Le dépositaire ne peut se servir de la chose à lui confiée qu'avec la permission expresse ou tacite du déposant. À défaut, il répond de la perte ou des dégradations consécutives à cette utilisation même en cas de force majeure.

Les articles 1927 et 1928 ont pour point commun de renforcer la responsabilité du dépositaire dans certaines hypothèses de dégradation ou de perte de la chose déposée. Dans chacun des cas qu'ils envisagent, le dépositaire devient un véritable garant de la restitution due au déposant, puisqu'il ne peut même pas se libérer par la preuve de la force majeure, qui se situe pourtant un cran plus haut que la preuve de l'absence de faute.

L'article 1927 fait peser les risques de perte ou de dégradation sur le dépositaire quand il a été mis en demeure de restituer la chose déposée. La solution rejoint le droit commun des obligations (C. civ., Article 1351.). À son tour, ce même droit commun permet de lui apporter un complément, puisque l'article 1351-1 accepte de libérer le débiteur d'une obligation dont l'exécution est impossible, malgré le fait qu'il ait été auparavant mis en demeure, dès lors que « la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée ».

L'article 1928 fait peser les risques de la perte ou de la dégradation sur le dépositaire qui s'est servi de la chose à lui confiée sans l'autorisation expresse ou tacite du déposant. Une solution analogue se retrouve en matière de commodat (Article 1886-2).

Article 1929

Le dépositaire ne doit point chercher à connaître quelles sont les choses qui lui ont été remises, sauf si les circonstances lui permettent d'établir qu'il était autorisé à ce faire.

Sauf une telle autorisation, les diligences du dépositaire s'apprécient au regard des seules informations qui lui ont été fournies ou dont il a pu se convaincre lui-même.

L'article 1929 s'inspire de l'actuel article 1931 du Code civil, qu'il modernise et complète. Il n'est plus fait référence au « coffre fermé » ou à « l'enveloppe cachetée », formules d'un autre temps qui ne pourraient par exemple s'appliquer telles quelles à un fichier informatique. Ce sont désormais, de façon plus générale, les « circonstances » qui justifient que le dépositaire puisse ou ne puisse pas chercher à connaître ce qui lui a été remis en dépôt, l'alinéa 1^{er} posant comme principe une obligation de discrétion. Par ailleurs, il a paru légitime d'adapter les diligences attendues du dépositaire : ne pouvant connaître directement la chose même, son obligation de garde et de conservation se règle sur les seules informations qu'il a pu en avoir. Tel est l'objet de l'alinéa 2nd.

§ 2 - L'obligation de restitution

Article 1930

Le dépositaire doit rendre la chose même qu'il a reçue, dans l'état où elle se trouve au moment de la restitution, sans préjudice des règles relatives à sa responsabilité en cas de perte ou de détérioration.

Si **la chose** a été **perdue** ou **détériorée** par force majeure et que le dépositaire a reçu une somme d'argent ou tout autre bien de remplacement, il doit restituer ce qu'il a reçu.

Toutes ces solutions sont classiques en matière de dépôt et plus généralement de restitution de corps certains (cf., pour le prêt à usage, Article 1883 et Article 1886-4).

Article 1931

Si la chose confiée est fongible, le dépositaire doit restituer une chose de même nature et de même qualité, nonobstant toute augmentation ou diminution de sa valeur.

En cas d'inexécution, le déposant peut, s'il était propriétaire de la chose remise, revendiquer toute chose de même nature et de même qualité, détenue par le dépositaire ou pour son compte.

Lorsque les choses confiées en dépôt sont fongibles (choses de genre), la restitution porte sur un équivalent quantitatif et qualitatif. Si le dépositaire ne restitue pas, l'alinéa 2 autorise alors le déposant à exercer une action en revendication sur toutes autres choses de même nature détenues par le dépositaire ou par d'autres pour son compte. Inspirée de l'actuel article 2369 du Code civil sur la propriété réservée, cette extension de l'action en revendication, exercée alors sur une assiette flottante, ne vaut que si le déposant était propriétaire des choses de genre confiées en dépôt. Face à d'autres déposants qui, eux, ne sont pas propriétaires et ne peuvent invoquer qu'une simple créance de restitution, elle instaure une sorte de droit de préférence.

En revanche, face à d'autres déposants propriétaires, cette règle aboutit à consacrer la loi de la course. La Commission s'est alors interrogée sur l'utilité d'améliorer ce dispositif en prévoyant que le dépositaire pourrait avoir, en cas de revendication, à prévenir les autres créanciers. Il n'est pas sûr cependant que cette communication résolve quoique ce soit : les déposants informés pourraient rompre aussitôt unilatéralement le dépôt et récupérer leur bien (cf. Article 1935), ce qui induirait nécessairement une nouvelle concurrence entre eux. Une alternative a alors été proposée : soit ne rien prévoir, en spéculant sur la jonction des affaires au niveau procédural ; soit prévoir une règle organisant la répartition au prorata en cas de revendications concurrentes sur la même chose (rapp. Cass. civ., 7 déc. 1948, Bull. civ. I, n° 328 ; RTD civ. 1950.201, obs. J. Carbonnier). La Commission s'est volontairement abstenue d'apporter une réponse. Elle a considéré que cette question concernait surtout le cas d'un dépositaire en cessation des paiements et relevait par conséquent davantage du droit des procédures collectives. En matière civile, chaque créancier devra donc veiller seul à ses propres intérêts.

Article 1932

Sauf clause contraire, le dépositaire doit restituer les fruits ou les intérêts qu'il a perçus.

Si le dépôt porte sur des choses fongibles dont la confusion a été autorisée, le dépositaire ne doit restituer les fruits ou les intérêts qu'à compter de sa mise en demeure.

Cette disposition s'inspire de l'actuel article 1936 du Code civil, tout en l'adaptant quelque peu au contexte du dépôt tel que le projet l'envisage. La chose déposée n'étant pas la propriété du dépositaire et ce dernier n'ayant pas vocation à en jouir, il est normal qu'il ne fasse pas les fruits siens et restitue ceux qu'il a perçus. La règle s'applique aussi à certains intérêts, comme par exemple dans le dépôt de titres financiers, où le dépositaire doit logiquement restituer les dividendes ou intérêts versés sur des coupons obligataires. La Commission a estimé toutefois opportun d'autoriser la stipulation d'une clause contraire. En pareil cas, le fait que le dépositaire puisse conserver les fruits perçus est susceptible de s'analyser soit en une rémunération de son activité, soit en une libéralité à lui faite par le déposant.

Lorsqu'on a affaire à des choses fongibles, une distinction s'impose selon que le dépositaire était ou non autorisé à confondre celle-ci avec les choses pareilles de son patrimoine. S'il devait tenir séparées les choses reçues et qu'il l'a fait, l'identification de celles-ci et l'absence d'appropriation qui résultent de la séparation justifient l'application de la règle générale formulée par l'alinéa 1^{er}. S'il devait les tenir séparées mais y a manqué, la solution devrait a fortiori être la même : il doit restituer les fruits depuis l'origine, tels qu'on peut estimer leur production. Quand, en revanche, la confusion a été autorisée, les fruits ou intérêts ne sont dus qu'à compter de la date où le dépositaire a été mis en demeure de restituer. Le transfert de propriété ayant été admis par le déposant, le dépositaire fait les fruits siens comme tout propriétaire. La restitution ne concernera que les fruits produits depuis que le déposant a exprimé sa volonté de reprendre son dû avec l'énergie juridiquement requise (mise en demeure), et ne concerne donc qu'un dépositaire retardataire.

Article 1933

Sauf indication contraire du déposant, le depositaire ne doit restituer la chose confiée qu'au déposant.

En cas de décès du déposant, ou de dissolution s'il s'agit d'une personne morale, la chose déposée ne peut être rendue qu'à son héritier ou à son ayant-cause universel ou à titre universel.

L'article 1933 reprend, en les complétant un peu, des solutions déjà consacrées par le Code civil (Article 1937 et Article 1939). Est donc ici implicitement reconduite la jurisprudence, qui décide que le depositaire ne peut exiger, à l'heure de la restitution, que le déposant fasse la preuve qu'il est propriétaire de la chose confiée en dépôt (ex : Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2001, n° 98-23.463, Bull. civ. I, n° 290).

Article 1934

Sauf convention contraire, la chose doit être restituée par le depositaire et à ses frais au lieu du dépôt.

Il appartient au déposant de retirer la chose au lieu et au moment où la restitution est opérée.

Si, dans le délai d'un an à compter du terme fixé pour la restitution, le déposant ne retire pas la chose confiée, le depositaire peut, après une mise en demeure restée infructueuse, procéder à sa vente. Déduction faite des frais de conservation et des frais exposés pour la vente, il garde le prix perçu à la disposition du déposant ou le confie à la Caisse des dépôts et consignations.

Cet article envisage diverses questions relatives au lieu, au moment et aux frais de la restitution, que le Code civil ne traite que partiellement en ses articles 1942 et 1943. L'alinéa 1^{er} récapitule en une seule phrase les solutions retenues par ces deux articles. Le principe est le même : la restitution doit être faite au lieu du dépôt, puisque c'est ce lieu qui sert de référence au contrat. Si le depositaire a emporté la chose en un autre lieu, il doit assumer les frais du retour au point de dépôt. La convention contraire, par laquelle les parties s'entendent sur un autre lieu de restitution et/ou déterminent qui va en assumer les frais, est possible.

La discussion sur cette disposition a été l'occasion pour la Commission d'envisager diverses difficultés concernant le retraitement de la chose par le déposant. Le depositaire est en effet en droit de compter sur ce retraitement, en particulier pour éviter d'avoir à continuer de garder, voire de conserver, le dépôt après sa restitution. Certes, avec la restitution, le contrat de dépôt prend fin. Mais l'ex-depositaire risque quand même de voir sa responsabilité engagée sur un fondement extracontractuel et s'il expose spontanément des frais de garde ou de conservation, il n'aurait de recours contre le déposant que sur la base d'un quasi-contrat. De plus, si la restitution a lieu dans ses locaux, il convient de lui permettre d'éviter que la chose non retirée ne l'encombre. Admettre une obligation de retraitement par application du droit du dépôt conduit à la fois à clarifier la situation et à reporter la fin du contrat au moment du retraitement. La Commission s'est décidée en ce sens.

Normalement, le retraitement est concomitant à la restitution, comme le décide l'alinéa 2, en conformité d'ailleurs avec ce qui a été admis pour la vente (Article 1655, al. 2). Quid si le déposant ne procède pas au retraitement ? Plutôt que d'abandonner cette question aux seules lumières des juges, la Commission a mis au point, non sans quelques tâtonnements, une procédure permettant au depositaire de se libérer de sa

responsabilité vis-à-vis de la chose non retirée. Cette procédure est volontairement simple (comp. avec la procédure prévue par l'actuel Article 2346 C. civ. sur la vente d'un bien gagé) : pas de délai à respecter après la mise en demeure ; pas de vente aux enchères assurant la fixation d'un prix « objectif ». Mais cette simplicité se recommande du souci de ne pas accabler un dépositaire victime de la négligence du déposant.

Article 1935

Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame.

Si le contrat a été conclu également dans l'intérêt du dépositaire, le déposant doit indemniser celui-ci du préjudice subi par la restitution anticipée.

L'actuel article 1944 du Code civil prévoit un principe analogue à celui formulé dans l'alinéa 1^{er} de l'article 1935, tout en admettant qu'une procédure de saisie ou d'opposition bloque le droit de restitution ad nutum du déposant. Cette réserve a été reprise dans l'article 1936.

La Commission a cru bon d'envisager, à l'alinéa 2 de l'article 1935, la question d'une éventuelle indemnisation du dépositaire en cas de restitution anticipée. Cette indemnisation suppose l'existence d'un préjudice, lequel résulte ici du fait que le dépôt a été fait dans l'intérêt du dépositaire, ce dernier trouvant alors un avantage à poursuivre le contrat jusqu'à son terme. Cet avantage peut tenir à la rémunération escomptée, mais encore à d'autres facteurs tels par exemple la possibilité de déplacer les choses déposées en raison d'une activité de transport, ou de les vendre en cas de dépôt-vente. Le montant de l'indemnisation est laissé à l'appréciation des juges, mais cela n'exclut pas qu'il soit calculé en fonction du profit escompté par le dépositaire, comme l'indique, dans une situation du même ordre, l'article 1780 relatif au contrat d'entreprise.

Article 1936

La restitution n'a pas lieu tant qu'il existe, entre les mains du dépositaire, une saisie ou une opposition à la restitution et au déplacement de la chose confiée en dépôt.

Sous-section 2 - Des obligations du déposant

Article 1937

Sauf clause contraire, le déposant est tenu de rembourser au dépositaire les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose déposée.

Il est tenu d'indemniser le dépositaire de toutes les pertes que le dépôt peut lui avoir occasionnées, lorsqu'elles sont intervenues sans faute de sa part.

Ces règles sont reprises, avec quelques précisions conformes à l'esprit du dépôt, de l'actuel article 1947 du Code civil. Elles n'ont pas donné lieu à discussion au sein de la Commission.

Article 1938

Le dépositaire peut retenir la chose jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt.

S'agissant d'une évidence, une référence expresse à l'article 2286 du Code civil sur le droit de rétention a paru peu utile à la Commission. À une époque comme la nôtre, où la numérotation des articles a tendance à changer constamment, le renvoi à un article précis risque fort de se trouver rapidement obsolète.

CHAPITRE II - Du séquestre

Article 1939

Le séquestre, quand il ne résulte pas de la loi, est ou conventionnel ou judiciaire.

Le Code civil ne règle le séquestre qu'à titre supplétif. Il en admet deux formes : le séquestre conventionnel et le séquestre judiciaire.

Section I - Du séquestre conventionnel

Article 1940

Le séquestre conventionnel est le dépôt d'une chose contentieuse, à titre conservatoire, par une ou plusieurs personnes, entre les mains d'un tiers qui s'oblige à la rendre à la personne qui sera désignée pour l'obtenir, une fois réglé le différend.

La définition du séquestre conventionnel a été revue afin de ne pas la limiter, comme c'est le cas actuellement (C. civ., Article 1956), aux seules choses faisant l'objet d'un litige qu'un juge doit trancher. On ne parle plus de « contestation » ni de « personne jugée », mais seulement de mesure conservatoire liée à un différend sur l'attribution d'une chose. Ces expressions permettent d'englober plus facilement les modes alternatifs de règlement des conflits, ainsi que toute mesure destinée à prévenir un litige « pressenti » (ainsi en cas de partage de biens entre héritiers qui ne se sont pas encore mis d'accord, de dépôt d'une chose gagée, dont on ignore si elle va devoir être restituée au constituant ou au gagiste, etc.).

Article 1941

Le séquestre peut avoir pour objet un meuble ou une somme d'argent, et même un immeuble.

Dans ce dernier cas, la remise des clés emporte le dépôt.

Par dérogation au dépôt strictement dit, le séquestre peut porter sur un immeuble. L'article 1941 reprend cette solution traditionnelle et spécifie que, dans ce cas, la remise des clés suffit à emporter la mise sous séquestre. Le mot « clé » doit être pris ici dans un sens métaphorique, en ce qu'il désigne tout mécanisme d'accès à un immeuble (télécommande, code digital, etc.). La formule ne préjuge pas de l'emploi d'autres moyens d'accès – ou d'interdiction d'accès.

Article 1942

Les frais exposés par le séquestre pour la conservation de la chose sont à la charge de la personne désignée comme attributaire.

Si une rémunération a été convenue au profit du séquestre, celui qui en a fait l'avance dispose, s'il n'y a convention en réglant la charge définitive, d'un recours en contribution contre ceux dont il a géré l'affaire. Ce recours s'exerce conformément à l'article 1301-4.

Il a paru légitime de mettre les frais exposés par le dépositaire-séquestre pour la garde et la conservation de la chose, à la charge de celui qui a finalement profité de l'opération. Si le dépositaire-séquestre est rémunéré, il n'y a en revanche pas lieu de mettre cette rémunération au seul compte de l'attributaire final. La rémunération est due par tous ceux qui, en raison de leur différend, ont accepté de recourir au tiers séquestre. Dès lors, celles de ces personnes qui ont fait l'avance des fonds doivent être traitées en gérants d'affaires personnellement intéressés au sens de l'actuel article 1304-1 du Code civil. Conformément à cette disposition, la contribution à la dette de rémunération se règlera, sauf convention contraire intervenue entre les divers intéressés, « à proportion des intérêts de chacun dans la chose commune ».

Article 1943

Les intérêts conventionnels stipulés pour la somme séquestrée cessent de courir.

Il est ici question de conférer au séquestre conventionnel certains avantages de nature à justifier une utilisation plus fréquente. Dans cette optique, il n'a pas paru incongru à la Commission d'admettre que le séquestre conventionnel arrête le cours des intérêts conventionnels. Il est à présumer en effet que celui qui a recours au séquestre conventionnel ne refuse pas, le cas échéant, de s'acquitter de la somme séquestrée : il attend seulement d'avoir le cœur net sur ce qu'il doit et, éventuellement, à qui il le doit. Sa situation est, à bien des égards, comparable à celle d'un débiteur qui met en demeure son créancier de recevoir paiement, mise en demeure dont l'article 1345 du Code civil admet qu'elle arrête le cours des intérêts. En se fondant sur le fait que le séquestre judiciaire peut porter sur des « choses qu'un débiteur offre pour sa libération » (C. civ., Article 1961, 3°), la jurisprudence a de même admis que ce type de séquestre entraînait l'arrêt du cours des intérêts légaux (Cass. 1^{re} civ., 17 février 1998, n° 95-19.305, Bull. civ. I, n° 64).

Article 1944

Le dépositaire séquestre ne peut être déchargé avant qu'ait été désignée la personne qui doit obtenir la chose, si ce n'est du consentement de toutes les personnes intéressées, ou pour une cause légitime.

Ce texte constitue une reprise de l'actuel article 1960 du Code civil, adapté simplement à la nouvelle philosophie du séquestre conventionnel, qui n'implique plus la nécessité d'un contentieux judiciaire préalable : « cause légitime » et non plus « cause jugée légitime ».

Article 1945

Sous réserve des dispositions qui précèdent, les règles relatives au dépôt proprement dit sont applicables au séquestre conventionnel.

Section II - Du séquestre judiciaire

Article 1946

Le juge peut ordonner le séquestre d'un immeuble, d'un meuble ou d'une somme d'argent, s'il existe, entre deux ou plusieurs personnes, un litige né ou à naître sur cette chose ou sur cette somme et que cette mesure est indispensable à la préservation des droits des personnes concernées.

La formule, plus compréhensive, tranche avec l'énumération envisagée par l'actuel article 1961 du Code civil. Elle n'est cependant que la reprise d'un standard prétorien (Cass. 1^{re} civ., 16 novembre 1955, Bull. civ. I, n° 397).

Article 1947

Lorsqu'un débiteur ignore entre les mains de qui il doit acquitter sa dette, la mise sous séquestre de la chose ou de la somme d'argent dues peut être judiciairement ordonnée.

Elle libère le débiteur.

Cette disposition fait écho à celle de l'article 1943, qu'elle prolonge et dont elle renforce les effets en raison de la présence du juge. Le prononcé judiciaire du séquestre entraîne cette fois libération pure et simple de celui dont la dette est hors de discussion mais qui hésite quant au point de savoir entre les mains de qui il doit l'acquitter – hypothèse qui n'est pas d'école.

Article 1948

Le séquestre judiciaire est donné, soit à une personne dont les parties intéressées sont convenues entre elles, soit à une personne nommée d'office par le juge.

Dans l'un et l'autre cas, celui auquel la chose a été confiée est soumis à toutes les obligations qu'emporte le séquestre conventionnel.

Il peut en outre être autorisé à administrer, voire à utiliser la chose selon ce que commande la nature de celle-ci ou l'étendue de sa mission.

Le dernier alinéa reprend une jurisprudence constante. L'autorisation judiciaire donnée au séquestre d'administrer ou d'utiliser la chose confiée a paru s'imposer puisque de tels pouvoirs excèdent ceux d'un dépositaire ordinaire. La publicité du jugement permettra, en outre, d'informer les tiers sur les prérogatives réelles de l'administrateur-séquestre.

Article 1949

Pour le remboursement de ses frais, ainsi que pour le paiement de sa rémunération, s'il en a été fixé une, le séquestre judiciaire est traité comme un auxiliaire de justice.

En cas de difficultés, les règles du Code de procédure civile devraient ainsi trouver à s'appliquer, en particulier les articles 704 et s. et 719.

Article 1950

Sauf disposition contraire, le séquestre judiciaire est soumis aux règles relatives au séquestre conventionnel.

CHAPITRE III - Du dépôt hôtelier

Article 1951

Les hôteliers répondent, comme dépositaires, des vêtements, bagages et objets divers apportés avec eux par les personnes qu'ils hébergent.

Ils répondent également des véhicules de ces personnes et des objets ou des effets qui s'y trouvent, dès lors qu'ils sont stationnés dans les dépendances de l'hôtel.

Est assimilé à un hôtelier quiconque pratique, de manière habituelle et à titre onéreux, l'hébergement de personnes dans ses locaux.

Issues d'une réforme due à une loi du 24 décembre 1973 (Loi n° 73-1141), les dispositions relatives au dépôt hôtelier conservent encore aujourd'hui leur efficacité. Il n'a donc pas paru utile à la Commission de les modifier profondément. L'on s'est principalement efforcé d'améliorer le vocabulaire et de rendre certaines dispositions plus claires. On a ainsi remplacé le mot « voyageur » par celui, plus neutre, de « personnes hébergées » L'article 1951 comporte cependant quelques solutions nouvelles.

L'alinéa 2 étend la responsabilité des hôteliers aux véhicules eux-mêmes (et non plus seulement aux effets qui se trouvent à l'intérieur) dès lors qu'ils sont régulièrement stationnés dans les dépendances de l'hôtel.

L'alinéa 3 propose une extension des règles relatives au dépôt hôtelier sur le mode de l'assimilation. La Commission a conscience de l'audace qu'il y a à procéder ainsi, alors que les cas, semble-t-il assez fréquents, de renvois de nos lois aux dispositions du Code civil sur le dépôt hôtelier ne recourent peut-être pas tout à fait le champ d'application ici défini. L'extension demeure toutefois prudente : elle vise à épouser au mieux, tout en les généralisant, les spécificités des fonctions hôtelières. Ainsi, une résidence de services avec des résidents propriétaires ne paraît pas concernée dans la mesure où les résidents ne sont pas hébergés, mais propriétaires des lieux où ils demeurent. Toutefois, l'aspect hébergement n'est-il pas susceptible de s'appliquer au moins aux parties communes ? De même, les articles 1951 et suivants auraient-ils vocation à régir un pensionnat de lycée ou encore un EHPAD ? Plusieurs membres de la Commission ont estimé qu'une telle application serait trop extensive, quand ces situations cadrent pourtant assez bien avec la définition retenue. La consultation publique permettra d'enrichir la réflexion.

Article 1952

La preuve que lesdits objets, effets ou véhicules ont été apportés par la personne hébergée peut se faire par tous moyens.

Cette disposition, bien que nouvelle, a été admise sans susciter d'objection au sein de la Commission.

Article 1953

Les hôteliers sont responsables en cas de vol, de destruction ou de détérioration des objets et effets ou des véhicules apportés par les personnes hébergées, à moins qu'ils ne prouvent que la destruction ou la détérioration est due à la force majeure, à la nature ou au vice propre du bien.

L'hôtelier est partiellement exonéré quand la personne hébergée a concouru par sa propre faute au vol, à la destruction ou à la détérioration de son bien.

L'exonération est totale si la faute de la personne hébergée est la cause exclusive de son dommage.

L'article 1953 énonce le principe de la responsabilité des hôteliers formulé par l'alinéa 1^{er} de l'actuel article 1954 du Code civil. Il en précise mieux la portée en admettant, au titre de la libération de l'hôtelier, non seulement la force majeure et le vice propre des biens apportés par la personne hébergée, mais encore la faute de la victime. Cette dernière peut conduire, selon les cas, tantôt à une exonération totale, tantôt à une exonération partielle de l'hôtelier. La solution est de toujours, mais curieusement le droit commun du contrat ne la rappelle pas. Il n'est pas mauvais qu'un droit spécial le fasse à sa place.

Article 1954

Les dommages-intérêts dus à la personne hébergée ne peuvent, pour les véhicules, les objets et les effets apportés avec elle, excéder l'équivalent de cent fois le prix du logement par journée et, pour ceux qui ont été laissés dans le véhicule, cinquante fois le prix du logement par journée.

Est réputée non écrite toute clause limitant la réparation à un montant inférieur.

Les dispositions équivalentes du Code civil actuel (Article 1953, al. 1 et 3 ; Article 1954, al. 2) sont assez obscures. Elles ont été réécrites ici afin de mieux souligner l'idée centrale : l'hébergeur profite d'une limitation de réparation (elle-même variable selon le type de dommage subi), mais celle-ci ne peut pas être conventionnellement portée à un montant plus bas ; en revanche, rien n'empêche l'hôtelier de prévoir un plancher plus élevé.

Article 1955

Néanmoins, et nonobstant toute clause contraire, les dommages-intérêts compensent le préjudice effectivement subi par la personne hébergée, quel qu'en soit le montant, lorsqu'il résulte d'une faute lourde ou dolosive de celui qui l'héberge ou des personnes dont il répond.

Il en est de même en cas de vol, de détérioration ou de destruction des effets de toute nature, déposés entre les mains de l'hôtelier ou qu'il a refusé de recevoir sans motif légitime, ainsi que pour les véhicules et les objets qu'ils contiennent quand la clef lui a été confiée par la personne hébergée.

Il s'agit de la reprise des dispositions des actuels articles 1953, al. 2 et 3 du Code civil. En débutant par l'adverbe « néanmoins », l'article proposé se présente comme une dérogation au texte qui le précède. Par ailleurs, la conservation des termes « nonobstant toute clause contraire » fait apparaître le caractère impératif de cette dérogation. Dans les dispositions actuelles, la réparation illimitée est admise dès lors que l'hôtelier ou son personnel a commis une faute, même légère. La mesure a paru trop sévère aux membres de la Commission, qui ont souhaité revenir, sur ce point, au droit commun des contrats : l'exclusion des limitations de réparation seulement en cas de faute lourde ou dolosive.

L'alinéa 2 reprend une solution déjà admise (responsabilité illimitée de l'hôtelier lorsque les objets lui ont été remis en mains propres ou lorsqu'il a refusé de les recevoir sans motif légitime), mais il en ajoute une autre (responsabilité illimitée pour les véhicules et les effets qui s'y trouvent lorsque l'hôtelier s'est vu confier les clés desdits véhicules) qui, pour être nouvelle, participe de l'esprit de la solution déjà consacrée.

Article 1956

Les dispositions qui précèdent ne s'appliquent pas aux animaux vivants.

[Articles 1957 à 1963: réservés]

Les contrats aléatoires

PRÉSENTATION

Le titre consacré aux contrats aléatoires soulève des difficultés spécifiques. Les opérations qu'il recouvre traditionnellement n'ont pas une nature économique homogène. Elles n'ont pas en commun de pourvoir au transfert des utilités d'un bien, ni de se rapporter aux utilités qu'une personne ou une organisation humaine peuvent procurer. Le jeu et le pari ne sont rien de tels. Mais parfois, l'aléa se combine avec ces figures connues. Ainsi la rente viagère consentie à titre onéreux. Ce titre est ainsi le seul qui envisage un ensemble relativement hétérogène de contrats. Une définition commune s'avère alors nécessaire pour justifier le traitement, à l'intérieur de ce titre, de tel ou tel contrat en particulier. Dans le cas des contrats aléatoires, cette définition existe déjà. L'actuel article 1108, al. 2, du Code civil définit le contrat aléatoire comme celui par lequel « les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain ». Due à l'ordonnance du 10 février 2016, cette définition est elle-même reprise à la lettre de l'ancien article 1964 du Code civil qui, depuis 1804, ouvrait le titre relatif aux contrats aléatoires. Tout conduit donc à se satisfaire ici d'un renvoi à la définition donnée par l'article 1108, avant d'envisager la liste des contrats aléatoires susceptibles d'être abordés dans le titre qui leur est consacré.

Malheureusement, il ne peut en aller ainsi. La définition donnée à l'article 1108 est si large qu'elle couvre des opérations qui n'appartiennent pas au même univers économique tant elles servent des fonctions distinctes. Le jeu et le pari exposent chaque contractant au risque d'une perte entière de sa mise, contrebalancé par l'appât d'un gain. Le prêt à la grosse aventure avait la même configuration. Rien de tel dans l'assurance de dommages, qui se borne à couvrir un risque et n'est pas excitée par le même esprit spéculatif ; l'assuré n'est pas un joueur ; au contraire même. En termes fonctionnels, on est plus proche des sûretés que du pari, et la définition de l'article 1108 pourrait d'ailleurs englober les sûretés pour autrui, tant ses termes sont lâches.

Au vrai, c'est toute la catégorie des contrats de couverture d'un risque qui mériterait de relever d'une qualification spécifique (Cf. la thèse de Vincent Mazeaud, *L'obligation de couverture*, Paris 1, 2010, notamment n° 263 s pour le modèle de l'assurance à côté des sûretés et de quelques autres opérations ; et avant cela, N. Kanayama, « De l'obligation de couverture à la prestation de garantir - donner, faire, ne pas faire... et garantir? », *Mélanges C. Mouly, Litec*, 1998, p. 375). L'assuré, tout comme le créancier bénéficiaire d'un cautionnement, ne cherche pas à réaliser un profit par l'effet de ce contrat. Il cherche seulement à neutraliser un risque de perte. L'apparition de la catégorie des contrats de couverture, qui peuvent bien être aléatoires au sens de l'article 1108, permettrait de rendre compte des pactes dits « analogues à l'assurance » par lesquels une personne, qui n'est pas une compagnie d'assurance,

pour convaincre une partie de l'accompagner dans une opération risquée, s'engage à l'indemniser des dommages qu'elle pourrait subir à cette occasion. Telle est la clause de « hold harmless » bien connue des contrats s'inspirant de la pratique de common law (v., par exemple, J. el Ahdab, La prise en charge financière par la société de la responsabilité de ses dirigeants : vers un modèle américain, *Rev. Sociétés* 2008, p. 239). À l'heure actuelle, la force de ces pactes pourrait, quoiqu'ils soient occasionnels, se discuter à cause du monopole des assureurs. Un affinement des arrangements couverts par ce monopole et une consécration corrélative du genre que forment les contrats de couverture d'un risque serait donc souhaitable à l'avenir.

Pour l'heure, l'optique adoptée par la Commission a consisté à faire apparaître la catégorie des contrats « essentiellement aléatoires » au sein de ceux qui s'inscrivent dans la catégorie plus générale de l'article 1108. L'assurance est donc renvoyée au Code des assurances tout en gardant sa qualification de contrat aléatoire au sens du droit commun.

Cette précision faite, le titre déroule les principaux contrats essentiellement aléatoires que sont le jeu, le pari, la rente viagère et le pacte tontinier. La Commission a trouvé pour ce faire un appui précieux dans les travaux de l'association Henri Capitant.

Les observations mentionnées sous chacun des articles se rapportant à ces différents contrats rendent compte des nouveautés et clarifications qu'il a paru utile de proposer, tout comme des points qu'il a semblé sage de conserver.

Dans cette présentation générale, on signalera simplement la conservation de la traditionnelle exception de jeu ou des renforcements ponctuels du régime de la rente viagère à titre onéreux, dans un esprit protecteur du crédientier eu égard à l'usage croissant de cette formule au fil du vieillissement de la population. Ainsi, par exemple, de l'obligation de principe de constituer sûreté pour garantir le paiement de la rente. Réciproquement, la règle selon laquelle la résolution de la rente pour impayé n'affecte pas les arrérages reçus, se voit tempérée dans le cas où l'équité en sortirait manifestement froissée, comme l'avait déjà proposé l'Association Henri Capitant. C'est encore Capitant qui a inspiré l'introduction d'un chapitre sur la tontine. La Commission en a toutefois renforcé l'autonomie du mécanisme en le détachant de celui de la condition et en le réglant spécifiquement sur les causes d'indignité successorale, dans l'hypothèse où un tontinier hâterait à son profit le dénouement de l'opération.

Philippe STOFFEL-MUNCK et Alain SERIAUX.

TEXTES

TITRE XII - DES CONTRATS ALEATOIRES

Article 1964

Sont aléatoires par essence les contrats dans lesquels chacune des parties court une chance de gain en même temps qu'un risque de perte, dépendant en leur totalité d'un évènement incertain.

Tels sont:

Le jeu et le pari;

La rente viagère, quand elle est constituée à titre onéreux;

La tontine.

Le contrat d'assurance est aléatoire soit par essence, soit par détermination de la loi.

A côté de la définition générale des contrats aléatoires donnée par l'article 1108, l'article 1964 offre une définition spéciale des contrats « essentiellement aléatoires » qui couvre les contrats dont le régime est détaillé dans ce titre. Il existe en effet un hiatus assez net entre, d'une part, la définition retenue par l'article 1108 et, d'autre part, la liste restreinte de contrats aléatoires spécialement retenus par le titre XII du Livre III du Code civil : le jeu et le pari ; la rente viagère. Lesdits contrats sont tous des contrats aléatoires purs, qui se caractérisent par le fait que chacune des parties a des possibilités égales de gains ou de pertes, dans la mesure où ces gains et ces pertes dépendent entièrement d'un événement aléatoire pour les deux parties. Cette conception des contrats aléatoires était d'ailleurs remarquablement mise en lumière par l'ancien article 1104, al. 2, du Code civil, selon lequel « lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire ». En d'autres termes, ce n'est pas l'aléa seul qui fait le contrat aléatoire, mais l'égalité des chances de gagner ou de perdre due à l'existence de cet aléa. Cette caractéristique ne se retrouve pas en revanche chaque fois que l'aléa n'affecte que la prestation d'une seule des parties, comme il advient notamment dans certains contrats financiers (l'assurance couvrant le risque de décès pour la vie entière de l'assuré, par exemple, où l'assureur s'engage seulement à gérer et à faire fructifier un capital « placé » par l'assuré-souscripteur jusqu'au décès de celui-ci, à charge d'en reverser aux bénéficiaires désignés le montant final). C'est encore plus vrai pour les assurances mixtes (vie/décès). De telles opérations peuvent bien être aléatoires au sens de la définition assez vague retenue par l'article 1108, comme la Cour de cassation l'a admis en 2004 en s'appuyant sur l'ancien article 1964 (Ch. mixte, 23 novembre 2004, n° 02-11.352) ; elles échappent en revanche à la conception plus stricte des contrats aléatoires que retenait l'ancien article 1104.

Dans ces conditions, il a donc paru opportun de faire précéder la présentation des différents contrats aléatoires traditionnellement envisagés par le Code civil d'une définition qui convienne mieux à leur spécificité. Tel est l'objet de l'article 1964 ici proposé. Il ne vise pas à se substituer à celle, plus large, de l'article 1108, mais

seulement à cantonner les contrats abordés dans le présent titre aux seuls contrats essentiellement aléatoires. Cette définition s'applique sans difficulté au jeu et au pari ; elle vaut aussi pour la rente viagère, dès lors que celle-ci est constituée à titre onéreux. Surtout, elle permet d'englober d'autres cas de figure que le Code civil laissait jusqu'ici de côté. Ainsi de la tontine. Rien n'interdit d'ailleurs de l'employer pour enrichir encore cette liste d'autres opérations contractuelles où la part de spéculation s'avère décisive. En revanche le contrat d'assurance, pourtant mentionné jusqu'ici dans la liste des contrats aléatoires, ne paraît pas toujours remplir ces conditions.

Comme exposé dans la présentation de ce titre, l'assurance s'inscrit généralement dans une autre catégorie des contrats aléatoires, qu'on peut dénommer les contrats de couverture d'un risque (cf. Vincent Mazeaud, *L'obligation de couverture*, thèse Paris 1, préf. P. Jourdain, éd. IRJS, 2010 ; N. Kanayama, « De l'obligation de couverture à la prestation de garantir - donner, faire, ne pas faire... et garantir? », *Mélanges C. Mouly, Litec*, 1998, p. 375). En l'absence, pour l'instant, d'une élaboration suffisante de cette catégorie et pour ne pas heurter les habitudes de pensée ni troubler le monde des assurances, la Commission a ajouté un alinéa final soulignant le maintien de l'assurance dans les contrats aléatoires, soit « par détermination de la loi » (article 1108), soit « par essence ». En effet, certaines espèces d'assurance de personnes sont « essentiellement » aléatoire en plus de l'être au sens du droit commun. Ainsi, les assurances en cas de vie à capital différé, où l'assureur conserve les primes sans devoir rien à personne si l'assuré décède avant le terme du différé.

Article 1965

Est incertain l'événement dont les parties ignorent, lors de la conclusion du contrat, s'il s'accomplira ou même qu'il est déjà accompli.

À défaut d'incertitude, le contrat est nul.

Cet article et le suivant fixent, en s'inspirant de la jurisprudence, quelques règles communes à tous les contrats aléatoires au sens de l'article 1964 proposé. Ces règles sont donc susceptibles de s'appliquer à des contrats aléatoires innomés dès lors qu'ils répondent à la définition retenue ci-dessus.

L'article 1965 précise le sens de la notion d'événement incertain. En écho à une jurisprudence majoritaire (cf. Civ. 1^{re} 19 avril 1882, DP 1883. 1. 77 ; Civ. 3^e, 4 juillet 2007, n° 06-13.275, *Contrats, conc., consom.* 2007. n° 293, obs. L. Leveneur), la Commission a consacré ici une conception subjective de l'aléa : il faut, mais il suffit que les deux parties aient cru en sa réalité, même si cette perception s'est finalement avérée fautive. Cette conception est appelée à s'appliquer aux rentes viagères : les dispositions des actuels articles 1974 et 1975, qui déclarent sans effet tout contrat de rente viagère constitué sur la tête d'une personne déjà morte au jour du contrat ou morte dans les vingt jours suivants, ne sont pas reprises dans les textes que propose la Commission.

La jurisprudence récente penche pour sanctionner le défaut d'aléa par la nullité relative du contrat (Civ. 1^{re}, 9 novembre 1999, n° 97-16.454, *Defrénois* 2000, 250, obs. D. Mazeaud). Ne perdant pas de vue qu'elle a admis la nullité absolue des ventes conclues sans prix déterminé ou déterminable (cf. Article 1604), la Commission a

d'abord envisagé de retenir également ici une nullité absolue. Mais il lui a paru excessif que tout tiers intéressé puisse demander la nullité. S'agissant des héritiers, il existe des dispositifs dédiés de lutte contre les libéralités faites en fraude de leurs droits ; c'est à eux de jouer. S'agissant des créanciers, la fraude paulienne a vocation à s'appliquer, mais aux conditions qui lui sont propres. La Commission a finalement préféré ne pas se prononcer sur la nature de la nullité et abandonner cette question aux lumières de nos magistrats, instruits des cas concrets qui se présenteront à eux.

Article 1966

Ces contrats ne donnent pas lieu à rescision pour cause de lésion, aussi énorme soit-elle.

Toutefois, si la chance de gain de l'une des parties était dérisoire, cette partie peut demander l'annulation de son engagement.

Les contrats aléatoires excluent par définition toute prise en considération de la lésion, aussi importante qu'elle soit. Celle-ci, en effet, est un déséquilibre des résultats obtenus de part et d'autre et ne concerne sous cet angle que les contrats commutatifs. Dans un contrat aléatoire, au contraire, ce déséquilibre est par hypothèse accepté et voulu d'avance par les parties (plus il est fort, mieux c'est). La Commission a néanmoins accepté de retenir ici le correctif prétorien selon lequel si, dès le départ, les chances de gains sont dérisoires pour l'une des parties, celle-ci peut demander la nullité (relative) du contrat. La solution rejoint alors le droit commun des contrats (Article 1169, C. civ., rédac. act.), mais par une voie qui lui est propre : ce n'est pas le caractère dérisoire de la contrepartie fournie qui justifie la nullité, mais le caractère dérisoire de la chance de gains. Par ce biais, les contrats pour lesquels l'aléa auquel ont cru les parties n'existait pas en réalité pourront être annulés à la demande de la partie intéressée.

CHAPITRE I - Le jeu et le pari

Article 1967

Le contrat de jeu est celui qui fait dépendre d'un événement incertain l'attribution à certaines parties des sommes engagées par l'ensemble d'entre elles. Il est dénommé pari lorsqu'aucune des parties ne concourt personnellement à la réalisation de l'événement.

Les dispositions ci-après ne s'appliquent pas aux contrats se rapportant aux instruments financiers régis par le code monétaire et financier.

La Commission a estimé utile de reprendre ici l'excellente définition du jeu et du pari proposée par l'Association Henri Capitant. L'alinéa 2 vise à éviter que des opérations financières à fort caractère spéculatif ne soient qualifiées de jeu ou de pari et ne se trouvent soumises aux exceptions de jeu prévues aux articles 1969 et 1971.

Article 1968

Les jeux et paris sont nuls lorsqu'une des parties est frappée d'une incapacité de contracter ou d'une interdiction.

Il a paru utile de rappeler ici qu'à côté du droit commun des incapacités de contracter, il existe des interdictions spéciales de jouer fulminées à titre préventif ou répressif.

Article 1969

La loi n'accorde aucune action pour le paiement des sommes promises en vertu de ces contrats, ni pour la restitution de celles volontairement versées pour leur exécution loyale et régulière.

Il a paru prudent de maintenir, face aux dettes de jeu, les mesures restrictives adoptées dès 1804 par le Code civil (cf. Article 1969 et 1971). La mise à l'écart des exceptions de jeu a sans doute pour elle des arguments sociologiques (le développement exponentiel de la pratique des jeux dans la société française contemporaine), mais pareille mesure a été jugée trop profondément politique pour que la Commission se décide à l'adopter. Au demeurant, une majorité de ses membres s'est refusée à supprimer ces barrières à la banalisation des jeux d'argent, estimant qu'il est assez sain de laisser par principe les dettes de jeu dans la pénombre des dettes d'honneur.

Article 1970

Les dispositions de l'article précédent ne s'appliquent pas aux paris régulièrement organisés par des opérateurs soumis au contrôle des pouvoirs publics.

Sous réserve que l'enjeu ne soit pas excessif, elles ne s'appliquent pas non plus aux contrats de jeu éprouvant, au moins pour partie, l'adresse physique ou intellectuelle des participants.

Ces exceptions classiques sont désormais officiellement applicables aux jeux d'adresse intellectuelle.

Article 1971

La loi n'accorde aucune action en remboursement des prêts consentis pour servir, au su du prêteur, à des jeux et paris, même autorisés.

Reprise d'une jurisprudence constante (Crim. 22 janvier 1927, DH 1927. 116).

CHAPITRE II - La rente viagère

Article 1972

La rente viagère est le contrat par lequel le débirentier s'engage à verser périodiquement une certaine somme au crédientier jusqu'au décès de celui-ci.

Elle peut être constituée sur la tête d'un ou plusieurs tiers que le crédientier désigne.

Elle peut également être stipulée réversible, après le décès du crédientier, au profit d'une tierce personne et jusqu'au décès de celle-ci.

Quand elle est onéreuse, elle est constituée par le versement d'un capital ou la cession d'un bien.

Cette disposition définit la rente viagère, envisage les différents types de bénéficiaires et précise en quoi peut consister sa contrepartie quand elle est constituée à titre onéreux. Dans la ligne des propositions émanant de l'Association Henri Capitant, la Commission a envisagé d'exiger elle aussi que le tiers désigné pour recevoir la rente soit quelqu'un envers qui le crédientier « est susceptible d'avoir des obligations civiles ou naturelles » (par ex. pour le paiement de soins ou d'une hospitalisation). Mais la justification avancée par la proposition Capitant - le contrat prendrait sinon le tour d'un pari sur la vie d'un tiers au contrat - ne l'a pas convaincue. En effet, l'objection était la même à l'encontre des contrats d'assurance sur la vie constitués sur la tête d'un tiers. Or, ces contrats sont licites et apparemment paisibles. Le votum mortis qu'il s'agit d'éviter n'a donc pas paru redoutable au point devoir interdire une opération qui peut avoir son utilité.

Section I - Des conditions de validité du contrat

Article 1973

La rente viagère constituée à titre onéreux n'est soumise à aucune forme qui lui soit particulière.

Toutefois, le bien fourni en contrepartie doit être évalué dans l'acte.

Il en va de même lorsque la contrepartie est fournie, même à titre gratuit, par un tiers.

L'alinéa 2 est repris d'une proposition de l'Association Capitant, qui la justifie ainsi : l'obligation d'évaluation est tirée de la pratique notariale (pour les besoins fiscaux) ; il a été jugé utile de la consacrer, en vue de permettre une application éventuelle de la nullité pour chance d'un gain dérisoire à côté de celle encourue pour chance dérisoire de gains (Article 1966). C'est une manière de rappeler que la constitution de rente viagère à titre onéreux est accessoire à un contrat qui a ses caractères propres et son régime (vente, par exemple).

L'alinéa 3 contemple le cas où la contrepartie de la rente est fournie par un autre que le crédientier. Si ce tiers intervient à titre gratuit, il y a bien de sa part une libéralité envers le crédientier, mais cette libéralité prend la forme d'une stipulation pour autrui insérée dans un contrat à titre onéreux. Il s'agit alors d'une donation indirecte, régie comme telle par la forme de l'acte dans lequel elle s'inscrit.

Article 1974

La rente viagère peut être constituée au taux qu'il plaira aux parties contractantes de fixer. Elle peut être librement indexée.

Toutefois son montant ne peut être égal ou inférieur à celui des revenus que le débirentier est normalement appelé à retirer du capital ou du bien cédé par le crédirentier.

L'alinéa 2 consacre une jurisprudence bien acquise (Civ. 1re, 15 novembre 1961, n° 60-10.993) qui voit un prix de vente dérisoire et une absence d'aléa dans le fait que la rente stipulée n'excèdera pas, de toute façon, le montant prévisible des revenus tirés du bien vendu. Cette solution aurait pu s'évincer de la disposition de l'alinéa 2 de l'article 1966, mais il paru préférable de la prévoir explicitement, compte tenu du cadre très spécifique dans lequel elle intervient.

Article 1975

Quand elle est constituée à titre onéreux, la rente doit, sauf stipulation contraire, être assortie de sûretés ou de toute autre garantie de paiement qu'il plaira aux parties d'établir.

Dans le Code civil actuel, la constitution de sûretés est facultative. L'actuel article 1977 prévoit simplement que, s'il a été prévu par les parties qu'une sûreté devait être constituée, le fait, par le débirentier, de ne pas mettre à exécution sa promesse, ouvre droit à résiliation du contrat. Les rentes viagères ont cependant souvent un caractère alimentaire. Afin de protéger les crédirentiers âgés – et ils le sont beaucoup plus souvent de nos jours, en raison de l'allongement de la durée de la vie – la Commission a jugé utile de rendre en principe obligatoire la constitution d'une sûreté ou d'une autre garantie, tout en laissant les parties libres de déterminer laquelle. Il ne s'agit cependant que d'une règle supplétive. La convention des parties peut exclure la constitution d'une sûreté. L'attention des notaires est ainsi attirée sur un aspect important de leur devoir de conseil.

Faute pour le débirentier de fournir une sûreté, alors que la convention ne l'en dispense pas expressément, la Commission a envisagé de sanctionner cette défaillance par l'octroi judiciaire d'une sûreté, affranchi de la condition de fond que pose l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution pour l'octroi de mesures conservatoires. Des complications procédurales ont fait abandonner l'idée. L'obligation, supplétive, de constituer sûreté sera donc sanctionnée selon les voies du droit commun, plus particulièrement la résolution si ce manquement est suffisamment grave au cas d'espèce.

Article 1976

Lorsqu'elle est constituée à titre gratuit, soit au profit du crédirentier, soit au profit d'un tiers, la rente viagère est soumise aux conditions de forme et de fond des donations entre vifs ou des testaments, selon les cas.

Les dispositions du présent chapitre lui restent applicables en tant que de raison.

La rente constituée à titre gratuit est une libéralité qui, comme telle, échappe à la qualification de contrat aléatoire. Il en est traité ici par souci de commodité pour ceux qui s'intéressent à la rente viagère en général. La détermination finale du montant de cette libéralité au moment du décès du crédirentier n'empêche nullement l'application des dispositions, de forme comme de fond, prévues par la loi pour les actes à titre gratuit. Incidemment ces rentes peuvent aussi se voir appliquer par analogie certaines des dispositions du présent chapitre : Article 1973, al. 1er, 1974 et 1976, pour la section 1 ; Article 1977, al. 1er, 1978 et 1979, pour la section 2.

Article 1977

Lorsque, constituée par des époux ou l'un d'eux, la rente est stipulée réversible au profit du conjoint survivant, la clause de réversibilité peut avoir les caractères d'une libéralité ou ceux d'un acte à titre onéreux.

Dans ce dernier cas, la récompense ou l'indemnité due par le bénéficiaire de la réversion à la communauté ou à la succession du prédécédé est égale à la valeur de la réversion de la rente.

Sauf volonté contraire des époux, la réversion est présumée avoir été consentie à titre gratuit.

Ces dispositions reprennent mot pour mot, quoique de manière plus aérée, celles de l'actuel article 1973, al. 3, du Code civil. Introduites par la réforme du 23 juin de 2006, elles ne pouvaient être modifiées puisqu'elles concernent le droit des régimes matrimoniaux et celui des successions, toutes questions qui échappent à la compétence de la Commission. Comme elles ne pouvaient pas non plus changer de place, faute d'un lieu d'accueil plus approprié, la Commission a décidé de les conserver dans ce chapitre.

Section II - Des effets du contrat

Article 1978

Le débirentier est tenu d'assurer lui-même le service régulier de la rente.

Toutefois, en cas de cession du bien acquis en contrepartie de la rente, il peut, avec l'accord du crédirentier, transmettre le service de la rente au cessionnaire.

Les dispositions des articles 1327 et suivants sont applicables à cette transmission.

Directement inspirée des propositions faites par l'Association Capitant, cette disposition rappelle d'abord qu'en principe la charge du paiement de la rente pèse sur le seul débirentier, puisque c'est à lui que le crédirentier a accepté de se lier. Elle envisage toutefois le cas, qui n'a rien de théorique, où le débirentier vient à céder le bien meuble ou immeuble qu'il avait acquis en contrepartie du versement de la rente. Moyennant l'accord préalable du crédirentier, le service de la rente peut alors être transmis à titre accessoire en même temps que le bien. Il s'agit d'une cession de dette à laquelle s'appliquent les dispositions des actuels articles 1327 et suivants du Code civil. La proposition vise à dynamiser le marché secondaire de la dette, certains investisseurs pouvant ne pas avoir la même opinion du risque lié à la durée de la rente rapporté aux perspectives de fluctuations de la valeur du bien. Dans cet esprit,

L'existence de sûretés garantissant le paiement de la rente pourrait justifier de ne pas rendre discrétionnaire la possibilité offerte au crédientier de bloquer la décharge du débiteur sortant (Article 1327-2). L'idée n'a toutefois pas été retenue à ce stade.

Article 1979

Si le crédientier cède sa créance cette cession n'affecte pas la durée de la rente, sauf au débirentier à y consentir connaissance prise de la personne du cessionnaire.

Les dispositions des articles 1321 et suivants sont applicables à cette cession.

Toujours dans la ligne des propositions faites par l'Association Henri Capitant, il est admis ici que le crédientier puisse céder sa créance conformément aux règles du Code civil sur la cession de créance. La disposition proposée spécifie seulement que la cession ne saurait modifier la durée de la rente : celle-ci reste constituée sur la tête du cédant et ne devra donc être servie au cessionnaire que jusqu'au décès du cédant et pas au-delà. Rien ne fait obstacle, toutefois, à ce que, avec l'accord du débirentier, la date d'expiration du versement de la rente soit reportée au décès du crédientier cessionnaire. Ce consentement ne peut valablement être donné qu'une fois que le débirentier connaît la personne du cessionnaire de la rente, car c'est de cette personne et de son espérance de vie que dépend l'ampleur du risque pris. S'il en allait autrement, la rente pourrait devenir perpétuelle en étant indéfiniment cessible à de nouveaux crédientiers, et les chances de gain du débirentier seraient dérisoires.

Article 1980

Nonobstant toute clause contraire, en cas de résolution du contrat par suite d'un défaut de paiement de la rente, les arrérages déjà reçus ne sont pas restituables.

Toutefois le juge peut ordonner leur restitution totale ou partielle si leur conservation procure au crédientier un avantage manifestement excessif.

Dans les textes proposés par la Commission, le régime des rentes viagères constituées à titre onéreux se solde par un large retour au droit commun des contrats et des obligations. Les mesures dissuasives posées en 1804 par le Code civil, conduisaient, d'une part, à obliger le crédientier à aller jusqu'au bout du contrat, alors même que le débirentier avait cessé de payer les arrérages de la rente (Article 1978, rédac. act.), et, d'autre part, à interdire au débirentier de revenir sur ses engagements en offrant de rembourser le capital ou en renonçant à la répétition des arrérages payés (Article 1979, rédac. act.). Mais la jurisprudence a systématiquement déconstruit ce dispositif en lui ôtant tout caractère impératif. L'hostilité envers les rentes viagères n'étant plus aujourd'hui de mise, un retour pur et simple au droit commun a paru justifié. C'est d'ailleurs ce retour au droit commun qui fonde la règle proposée à l'alinéa 1er, selon laquelle, en cas de résolution par suite du défaut de paiement de la rente, les arrérages déjà reçus ne sont pas restituables (cf. article 1229, al. 3, C. civ., rédac. act.). La seule différence avec le droit commun réside dans le caractère impératif d'une telle règle. Le but est une fois encore la protection du crédientier, dans une optique finalement assez proche de celle qui inspire l'exigence d'une constitution de sûretés (Article 1975). Par souci d'équité, toutefois, l'alinéa 2,

permet de tempérer ce que cette règle aurait d'excessif dans certains cas. Lorsque, par exemple, le service de la rente a duré de très nombreuses années, procurant au crédentier un enrichissement conséquent, les graves difficultés éprouvées désormais par le débirentier pour continuer à s'acquitter des arrérages dus justifieront peut-être une restitution partielle des arrérages reçus. La règle fait peser un risque sur le crédentier qui, après avoir longtemps profité de la rente, demanderait la résolution pour des impayés tardifs. Comme il est le seul à pouvoir demander la résiliation pour impayé, cela devrait l'inciter à éviter une action qui s'éloignerait trop manifestement des exigences de l'équité.

CHAPITRE III - La tontine

Article 1981

La tontine est le contrat par lequel, lors de la cession d'un bien à deux ou plusieurs personnes en commun, il est prévu que le survivant des cessionnaires est réputé seul cessionnaire depuis le jour de la conclusion du contrat.

Elle prend fin au décès du premier des cessionnaires ou, s'ils sont plusieurs, de l'avant-dernier.

Toutefois, le tontinier qui a commis envers l'autre l'un des actes visés aux articles 726 et 727 est déchu du bénéfice de la tontine. Les dispositions des articles 727-1 à 729-1 lui sont applicables en tant que de raison.

À l'instar de l'association Henri Capitant, la Commission a jugé opportun de faire figurer la tontine (encore appelée pacte tontinier ou clause d'accroissement) parmi les contrats essentiellement aléatoires tels que définis par l'article 1164. Les alinéas 1 et 2 de la disposition proposée donnent une définition de ce contrat, évidemment débarrassée de toutes références aux mécanismes de la condition suspensive et de la condition résolutoire qui servirent un temps aux juges à décrire et valider les pactes tontiniers (cf. Ch. mixte, 27 novembre 1970, n° 68-10.452, D. 1971. 81, concl. R. Lindon).

L'alinéa 3 vient pour sa part régler la difficulté résultant de l'assassinat d'un tontinier par un autre. La Cour de cassation s'étant refusée à fonder la solution sur le mécanisme de la condition (Cass. 3e civ., 5 déc. 2012, n° 11-24448, RDC 2013. 994, obs. A. Bénabent, RDC 2013. 945, obs. M. Latina, RDC 2013.1021, obs. C. Goldie-Genicon), un texte spécifique était nécessaire. Celui-ci renvoie aux différentes causes d'indignité successorale, afin de ne pas traiter différemment la succession tontinière de la succession légale. Quant au régime de la déchéance du tontinier indigne, il est soumis mutatis mutandis aux dispositions du Code civil regardant la procédure et les effets du prononcé de l'indignité de l'héritier légal.

Article 1982

Pendant toute la durée du contrat, les tontiniers ont, sur le bien acquis, les droits et les devoirs de propriétaires indivis. Nul d'entre eux toutefois ne peut provoquer le partage ni, sauf convention contraire, céder ses droits dans la tontine.

La jurisprudence analyse la situation des tontiniers pendant la durée du contrat comme une sorte d'indivision en jouissance. Il paraît dès lors assez opportun de reconnaître aux tontiniers la condition de propriétaires indivis et de leur appliquer, tant pour la gestion que pour la jouissance du bien acquis en commun, les droits et les devoirs de propriétaires indivis tels qu'ils sont déterminés par les articles 815-8 et suivants du Code civil. Une application raisonnée des dispositions des articles 815-2 et suivants qui régissent les actes relatifs aux biens indivis, n'est pas non plus à exclure. En revanche, l'esprit de cette indivision forcée qui résulte d'un pacte tontinier est incompatible avec le droit de demander à tout moment le partage : pour que l'opération conserve son caractère aléatoire, l'indivision doit durer jusqu'au décès de l'avant-dernier des acquéreurs du bien. Cet esprit paraît également peu propice à permettre à l'un des tontiniers de céder à un tiers ses droits. Mais ici la convention contraire peut être acceptée.

Lors de la discussion il a été souligné qu'appliquer à la tontine le droit de l'indivision était un moyen de rendre insaisissable le bien acquis en commun par les créanciers personnels de chacun des tontiniers. Ces créanciers ne peuvent saisir directement le bien (cf. Article 815-17, al. 2, rédac. act.) et ne pourront pas non plus provoquer le partage au nom de leur débiteur (Article 1873-15, al. 2, rédac. act.). Ils pourraient saisir la quote-part indivise (Article 1873-15, al. 2 in fine, rédac. act.), sous réserve que cette procédure soit disponible dans le Code des procédures civiles d'exécution. En dépit des difficultés soulevées, il n'a pas paru au pouvoir de la Commission de revenir sur des questions qui concernent davantage le droit de l'indivision que celui, plus spécifique, de la tontine.

Article 1983

La tontine peut prendre fin de manière anticipée et le partage réalisé selon les modes prévus par la loi, pour les causes que les tontiniers ont stipulées dans le contrat ou sur lesquelles ils se sont accordés en cours d'indivision.

Il est toujours loisible aux parties à un contrat de prévoir des causes de rupture anticipée du lien qui les unit ou de défaire ce lien d'un commun accord au cours de son exécution. L'article 1983 ouvre ces droits aux tontiniers dans le souci de leur permettre de rendre leurs relations moins « mathématiques » et de trouver une issue adaptée aux difficultés qu'ils sont appelés à rencontrer. La tontine qui prend fin de manière anticipée conduit alors logiquement à un partage, qui s'opèrera selon les règles propres à cette matière.

Le mandat

PRÉSENTATION

Le présent titre s'emploie, comme d'autres, à conserver au mieux la tradition transmise par les auteurs du code civil de 1804, qui l'avaient principalement reçue de Domat et Pothier, eux-mêmes continuateurs attentifs des grands juristes romains sur le sujet du mandat (notamment Paul, Gaius, Ulpien et Papinien) dont les écrits furent rassemblés par Justinien et Tribonien dans le Corpus juris civilis (au titre « Mandati », du Digeste).

Dans le même temps, il a été l'occasion de distinguer le mandat d'autres contrats voisins, pour beaucoup constitués par les usages commerciaux et méritant de figurer dans le code civil, par leur généralité, leur variété et leur portée. Ou de rappeler des principes fondamentaux du mandat, comme l'intuitus personae, ou son interprétation stricte. Ou encore, de fixer le vocabulaire juridique.

Ce qui n'a pas empêché d'introduire des nouveautés, inspirées pour certaines par la jurisprudence, pour d'autres, par les usages civils et commerciaux. A cet égard, le contrat d'ami, tel qu'il fut consacré sous Napoléon, est bien éloigné du contexte économique et sociologique au sein duquel prospèrent une foule de mandats contemporains.

C'est ainsi qu'ont été codifiées les règles de base destinées à encadrer l'immense variété des mandats conférés en vue de s'exprimer et voter dans les groupements, avec ou sans personnalité morale, y compris selon de forts usages, par exemple le mandat dit « en blanc ». De même, le mandat ducroire, très présent dans le monde des affaires, constitue désormais une variété nommée de contrats, inscrite dans le code civil et pas seulement les usages professionnels. Ou encore, est énoncée la nécessité pour le mandataire de souscrire une assurance obligatoire de responsabilité civile.

On y retrouve également la qualification et le régime de mandats dégagée par la jurisprudence, ainsi du mandat d'intérêt commun, ou la consécration de certaines clauses, notamment celles portant mandat irrévocable, sans toutefois bouleverser les principes essentiels du droit des contrats.

Les rapports avec le droit commun des obligations contractuelles ont été réglés, soit pour s'y articuler, tout en renforçant les créations prétoriennes (ainsi de l'importante question des conflits d'intérêts, ou encore du mandat apparent), soit pour y porter ponctuellement dérogation. Le mandat électronique, très utile, notamment dans les groupements, mais aussi pour les actions en justice, collectives, à de très nombreux mandants, se trouve consacré, en tant qu'application de l'écrit dématérialisé.

Les règles de révision des honoraires excessifs (ou pas), dégagées par la doctrine et la jurisprudence, ont été codifiées et se trouvent en miroir d'autres contrats spéciaux.

Lorsque la jurisprudence n'était pas claire ou stable, ainsi pour les conditions et les effets de la révocation du mandat à titre onéreux, des règles ont été posées afin d'en rendre le régime plus fluide et sûr (y compris par la généralisation du préavis). La révocation ad nutum n'est pas pour autant

remise en cause dans son principe. De manière exceptionnelle, quelques d'arrêts, au raisonnement prêtant à la discussion et aux conséquences peu justes, ont été démentis par l'avant-projet (ainsi au sujet des effets du dol du mandataire).

C'est au total un équilibre de cet acte juridique de premier plan, tel qu'il foisonne au XXI^e siècle dans tous les aspects des vies domestique et professionnelle de chacun, qu'il s'est agi de maintenir et sécuriser.

Pierre-Yves GAUTIER et Jean-Daniel BRETZNER.

TEXTES

TITRE XIII – DU MANDAT

Article 1984

Le mandat, aussi dénommé procuration, est un contrat par lequel une personne, le mandant, donne à une autre, le mandataire, le pouvoir de souscrire en son nom et pour son compte, un ou plusieurs actes juridiques.

Ces actes peuvent être bilatéraux ou unilatéraux, notamment au sein de groupements, dotés ou non de la personnalité morale.

Sauf disposition particulière, les règles du présent Titre s'appliquent à tous les contrats de mandat.

Le mandat vise à donner à une personne le pouvoir d'en représenter une autre. La définition actuelle du contrat de mandat, inscrite à l'article 1984, précise que ce contrat est l'acte « par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». L'expression « faire quelque chose » est critiquée de longue date pour son imprécision, et son incapacité à permettre une distinction efficace d'avec l'entreprise, qui consiste également en l'accomplissement d'une activité. La Cour de cassation avait précisé cette notion, en affirmant qu'il n'y a mandat que lorsqu'une personne charge une autre d'accomplir pour son compte des « actes juridiques », et non de simples actes matériels. La nouvelle définition inscrirait ainsi dans le Code civil cette jurisprudence.

Le deuxième alinéa apporte des précisions sur la nature de ces actes juridiques, qui peuvent être bilatéraux (par exemple lorsque le mandant charge le mandataire de conclure une vente en son nom et pour son compte), ou unilatéraux (par exemple lorsque le mandant charge le mandataire de formuler une offre en son nom et pour son compte, ou de voter lors d'une assemblée générale de toutes sortes de groupements). Il s'agit d'une précision destinée à codifier la grande variété de mandats dans les mondes économique et associatif. Il s'agit aussi d'annoncer la variété des objets du mandat : être le bras distant du mandant pour lui permettre d'exprimer une décision déjà prise ou se charger d'une mission plus complexe. D'une extrême à l'autre de ce spectre, le rapport des parties n'est pas le même.

Le troisième alinéa précise que les dispositions contenues dans ce titre constituent le droit commun du mandat, et ne font pas obstacle à l'application de règles particulières appelées à régir certaines matières.

Article 1985

Lorsque la mission confiée au mandataire requiert pour sa parfaite exécution des prestations relevant d'autres contrats nommés, elles obéissent, en tant que de raison, aux règles particulières qui les gouvernent.

Parfois, la mission du mandataire suppose d'accomplir des prestations ne relevant pas du droit de la représentation. Lorsque celles-ci relèvent d'un contrat nommé, le régime de ce contrat trouve à s'appliquer *mutatis mutandis*.

Article 1986

Le mandat se distingue du courtage, consistant à rapprocher des parties pour qu'elles concluent directement un acte juridique. Celui-ci est régi par des lois propres, ou par les règles du contrat d'entreprise.

Lorsque le mandataire agit pour le compte du mandant, mais en son nom propre, le contrat prend le nom de commission.

Les règles du présent Titre s'appliquent dans les rapports du commissionnaire et du commettant.

De nombreux arrêts ont eu à distinguer le mandat d'autres contrats qui en semblaient proches.

La jurisprudence a par exemple précisé que le mandat se distinguait du contrat de courtage en ce que ce dernier, dont l'objet est simplement de rapprocher des parties, ne reposait pas sur la technique de la représentation. De même, le mandat doit être distingué de la commission, en ce que le commissionnaire agit en son propre nom, qui n'est pas celui du commettant.

Par cet article la Commission se propose de codifier ces jurisprudences, afin de permettre une meilleure identification du contrat de mandat.

CHAPITRE I - De la conclusion et de l'objet du mandat

Article 1987

Le mandat peut être conclu par acte authentique ou sous seing privé, y compris sous forme électronique. Il peut aussi être verbal.

L'acceptation du mandat peut être tacite et notamment, résulter de son exécution par le mandataire.

Cet article, qui reprend en substance les termes de l'actuel article 1985, vise à préciser que le mandat n'est soumis à aucune condition de forme. La jurisprudence a

déjà eu l'occasion de rappeler que le mandat pouvait n'être que tacite, et résulter de sa seule exécution.

Le premier alinéa précise par ailleurs que le mandat peut être conclu par voie dématérialisée, mode de conclusion aujourd'hui de plus en plus fréquent en la matière. L'intérêt de permettre la conclusion par voie électronique s'illustre notamment lorsqu'il existe un grand nombre de mandants ; dans l'affaire AFER, une association avait reçu mandat individuel spécial et exclusif de 55 114 adhérents, ce que la Cour de cassation a estimé recevable. Dans une telle configuration, le recours à la voie dématérialisée est nécessaire.

Le mandat ayant pour objet l'accomplissement d'actes juridiques, il n'en est pas moins soumis au parallélisme des formes : lorsque le contrat que le mandataire doit conclure est soumis à l'accomplissement de certaines formes, celles-ci devront préalablement figurer dans le mandat donnant au mandataire le pouvoir de conclure cet acte (v. not. mandat de se porter caution ; mandat de constituer une hypothèque ; mandat de faire une donation).

Article 1988

La preuve du mandat verbal peut être rapportée par tous moyens.

Toutefois, s'il s'agit d'aliéner ou de consentir une sûreté, ou quelque autre acte de propriété, la preuve du mandat doit être rapportée par un écrit quelconque.

Le mandat verbal pose aujourd'hui des problèmes de preuves, la jurisprudence ayant simplement affirmé que la preuve d'un mandat verbal ne peut être reçue que conformément aux règles générales de la preuve des conventions. La Commission entend revenir sur cette solution, en posant le principe que le mandat se prouve par tous moyens. Cependant, la preuve devra être rapportée par écrit pour certains actes de disposition, ainsi que le prévoit le deuxième alinéa.

Comme auparavant, les tiers pourront apporter la preuve du mandat par tous moyens.

Article 1989

Un mandataire peut recevoir procuration de chacune des parties au contrat principal, si celles-ci y ont mutuellement consenti.

L'article 1989 évoque l'hypothèse du double mandat, c'est-à-dire la configuration dans laquelle les parties à un contrat sont représentées par un même mandataire. Rien ne l'interdit si les parties y consentent. Toutefois, une telle situation est susceptible de faire naître des conflits d'intérêts. C'est pourquoi le deuxième alinéa de l'article 1996 fait obligation au mandataire de déclarer tout conflit d'intérêts au mandant, qu'ils soient directs ou indirects. Le droit spécial ne trouve pas lieu à s'éloigner ici du droit commun de la représentation (Article 1161) mais il exprime la possibilité du double-mandat de manière positive, étant ajouté que la preuve du consentement mutuel à la double représentation n'exige pas de formalités particulières. Ce principe permissif justifie de ne pas reproduire la distinction entre personnes physiques et morales qu'a suscitée la formulation prohibitive de l'article 1161.

Article 1990

Le mandat est normalement consenti en considération de la personne.

Il peut être confié à un ou plusieurs mandataires, à titre exclusif ou non.

Le mandat est le contrat de confiance par excellence. Ce faisant, il a toujours été admis que le mandat comportait une forte dimension d'*intuitus personae*, ce que le premier alinéa de cet article rappelle.

Pour autant, le deuxième alinéa précise qu'il n'est pas nécessaire que le mandat soit exclusif, quand bien même cette hypothèse semble majoritaire dans la réalité juridique et économique contemporaine. L'exclusivité peut alors concerner un seul mandataire ou une liste – exhaustive – de mandataires ; et porter sur la totalité de la mission ou sur certains de ses aspects seulement, tels qu'une exclusivité territoriale ou une exclusivité relative à certains clients par exemple. Si le mandant entend confier la même mission à plusieurs mandataires, il doit prendre garde à concilier sa démarche avec la règle de l'article 2018.

Article 1991

Le mandat est onéreux ou gratuit.

Il est présumé onéreux lorsque le mandataire est professionnel.

Est un mandataire professionnel celui qui accomplit habituellement des actes de représentation.

Lorsqu'il est conclu à titre onéreux, il est valablement formé, sans accord préalable sur le prix.

A défaut d'accord sur le prix, le juge le fixe notamment au regard des diligences du mandataire et de l'utilité du service rendu.

Dans la tradition romaine, le mandat étant l'archétype d'un contrat d'amis, il était en principe conclu à titre gratuit, ce que rappelle l'actuel article 1986 de notre Code civil. La jurisprudence a cependant inversé le principe et l'exception pour le mandat conclu en faveur des personnes qui font profession de s'occuper des affaires d'autrui. En ce cas, le mandat est présumé salarié. Les trois premiers alinéas de l'article 1991 proposent de consacrer cette solution.

Les deux derniers alinéas codifient une ancienne jurisprudence jamais démentie, qui affirme que le prix n'a pas à être déterminé *ab initio* dans les contrats de service (en ce compris le mandat), le juge se réservant le pouvoir de le fixer à défaut d'accord.

Article 1992

La procuration peut être établie par un écrit ne comportant pas le nom du mandataire, qui sera déterminé par la suite.

Par cet article, la Commission propose d'introduire dans notre droit le mandat « en blanc », hypothèse que notre Code civil ne prévoit pas actuellement. Celui-ci n'en est

pas moins extrêmement fréquent, principalement dans le cadre de groupements (assemblées générales, associations, syndicats...). En ce cas, la « procuration » ne constitue à proprement parler qu'une offre, laquelle ne deviendra réellement un mandat que lorsqu'une personne déterminée aura accepté la mission proposée par le mandant.

Article 1993

Le mandat est ou spécial, pour un ou plusieurs actes déterminés, ou général, pour une ou plusieurs des affaires du mandant.

Cet article reprend en substance le texte de l'actuel article 1987 du Code civil. Il a néanmoins donné lieu à une discussion qui a emporté l'introduction de la référence aux « actes » pour lesquels le mandat est donné en plus des « affaires » pour lesquelles il est confié. Apparaît ainsi la double dimension de l'intervention du mandataire : il peut avoir une mission concrètement déterminée, consistant à conclure tel acte précis, ou abstraitement définie, consistant à gérer telle affaire, et à passer les actes qu'elle exige (v. Article 1995).

Article 1994

Le mandat à durée déterminée prend fin au terme convenu. Il ne donne pas lieu à tacite reconduction, sauf clause contraire.

L'article 1994 prévoit une règle nouvelle : lorsque le mandat est conclu pour une durée déterminée, il n'est en principe pas automatiquement reconduit par tacite reconduction. Cet article constitue donc une exception à l'article 1215 du Code civil, justifiée par la gravité de la technique de la représentation.

Sauf clause contraire, le mandat reconduit couvrira les mêmes actes que ceux stipulés dans le mandat initial.

Article 1995

Le mandat est d'interprétation stricte.

Lorsqu'il est général, il n'embrasse, sauf convention contraire, que les actes d'administration.

Le pouvoir de transiger n'emporte pas celui de compromettre.

L'article 1995 reprend la règle aujourd'hui inscrite à l'article 1988 du Code civil : le mandat permettant à une personne de conclure des actes au nom d'une autre personne, ses dispositions sont d'interprétation stricte. Dès lors, s'il est stipulé en termes généraux, le mandataire ne pourra accomplir que des actes d'administration. L'accomplissement par le mandataire d'un acte de disposition suppose donc un mandat exprès, sauf s'il est dans la nature de l'affaire de nécessiter des actes de disposition pour être correctement administrée (gestion de portefeuille).

CHAPITRE II - Des obligations du mandataire

Article 1996

Le mandataire exécute le mandat dans l'intérêt du mandant, sous réserve des règles propres au mandat d'intérêt commun.

Il est tenu de déclarer au mandant tout conflit d'intérêts, direct ou indirect, qu'il ne peut légitimement ignorer.

Le mandat étant un contrat de service, il est de principe que le mandataire agisse dans l'intérêt du mandant. Ce principe connaît une atténuation en cas de mandat d'intérêt commun, lequel présente un intérêt à la fois pour le mandant et pour le mandataire.

Étant en principe tenu d'agir dans l'intérêt du mandant, le mandataire doit porter à sa connaissance tout conflit d'intérêt de nature à interférer dans sa mission, en particulier en cas de double mandat (cf. article 1989).

Article 1997

Le mandataire est tenu d'exécuter sa mission comme le ferait une personne raisonnable.

Il répond des fautes commises à cette occasion.

La responsabilité du mandataire agissant à titre gratuit est appréciée moins rigoureusement qu'en cas de mandat à titre onéreux.

L'article 1997 reprend pour partie les règles inscrites aujourd'hui aux articles 1991 et 1992 du Code civil. La première obligation du mandataire est d'accomplir sa mission, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable, c'est-à-dire de manière diligente, loyale et honnête. La jurisprudence décide ainsi que toute inexécution du mandat fait, sauf cas fortuit, présumer une faute du mandataire dans l'exercice de sa mission de nature à engager sa responsabilité.

Le troisième alinéa reprend la règle aujourd'hui inscrite à l'article 1992 al. 2 du Code civil: les juges du fond sont fondés à ne pas retenir certains manquements contractuels du mandataire agissant à titre gratuit. L'idée de rigueur atténuée dans l'appréciation de la responsabilité de celui qui agit en étant animé d'un esprit de bienfaisance a été généralisée par l'avant-projet (V. Article 1886-3 et 1891 pour le commodat; Article 1755 pour le contrat d'entreprise; Article 1925 pour le contrat de dépôt). La référence à l'appréciation de la « responsabilité » est destinée à permettre au juge de jouer sur ses différents éléments: non seulement son appréciation de la faute, mais aussi celle du lien de causalité ou sa souveraine évaluation du préjudice.

Article 1998

Le mandataire professionnel est tenu de souscrire une assurance de responsabilité civile.

Il en justifie auprès du mandant, si celui-ci lui en fait la demande.

A défaut, le mandant est fondé à retenir sa rémunération.

L'obligation faite au mandataire professionnel de souscrire une assurance de responsabilité civile, couvrant les fautes dont il serait responsable dans l'exercice de sa mission, est une innovation du projet de réforme. En effet, l'intérêt du recours à un mandataire professionnel est justement sa capacité à répondre économiquement de sa responsabilité, les dommages qu'il peut engendrer sur le patrimoine du mandant étant potentiellement considérables (particulièrement en matière financière).

Cette obligation est assortie d'une sanction incitative : si le mandataire professionnel n'est pas en mesure de présenter au mandant une police d'assurance, ce dernier peut retenir sa rémunération. Cette sanction civile est automatique, et indépendante du point de savoir si un dommage a été causé ou non au patrimoine du mandant.

Celle-ci n'exclut pas que le défaut de souscription, en lui-même constitutif d'une faute dont le mandataire doit répondre, donne lieu à une action en réparation si le mandataire a subi un dommage.

Article 1999

En l'absence d'instruction du mandant, le mandataire est libre d'accomplir sa mission, selon ce qui lui paraît approprié.

Il peut en tout état de cause prendre de sa propre initiative toute décision appropriée au regard de l'urgence, des circonstances et de l'intérêt du mandant.

Cette disposition codifie davantage les usages que la jurisprudence. Le premier alinéa contribue à distinguer le mandat du contrat de travail : le mandataire est ainsi indépendant dans l'exercice de sa mission et, sauf instruction contraire, libre de choisir les moyens à déployer en vue de son accomplissement. Il reçoit ses instructions du mandant en début de mission. Elles en fixent le cadre et il lui revient d'exécuter cette mission comme il lui semble approprié, dans les limites que les instructions reçues lui fixent. Il peut aussi recevoir des instructions en cours d'exécution mais, dans tous les cas, il reste libre de prendre, sous sa responsabilité, la décision qui lui semble s'imposer au regard des intérêts du mandant et des circonstances.

En effet, l'indépendance du mandataire peut parfois l'obliger à prendre des mesures lorsqu'il y a « péril en la demeure » (actuel article 1991 al. 2 du Code civil). En ce cas, le mandataire doit improviser en fonction des circonstances, quand bien même les instructions reçues ne seraient pas en ce sens, dès lors que c'est conforme à l'intérêt du mandant. Si ces décisions ou actes lui coûtent, le mandant devra lui rembourser les sommes dépensées (V. Article 2001).

Article 2000

Le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, notamment par la production des comptes s'y rapportant, soit en cours de mandat, soit à son issue, selon l'objet de la mission qui lui a été confiée.

Lorsque le mandataire est laissé libre de gérer l'affaire qui lui a été confiée, il doit également informer périodiquement le mandant de l'avancement de sa mission.

Le texte proposé reprend, en la développant, l'obligation de reddition des comptes dont dispose l'actuel article 1993 du Code civil. Le mandataire doit informer périodiquement le mandant sur le déroulement de sa mission. Il devra par ailleurs restituer les sommes perçues en vertu du mandat, comme l'article 2004 l'exprime plus loin.

Article 2001

Si le mandataire fait l'avance de dépenses urgentes ou imprévisibles, dans l'intérêt du mandant, il l'en informe par tous moyens et celui-ci devra le rembourser, dans un délai raisonnable, ou conforme aux usages de la profession.

Article 2002

Le mandataire peut, avec l'accord du mandant, se substituer un tiers dans l'exécution de sa mission.

Il répond de celui qu'il s'est substitué.

Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre le tiers que le mandataire s'est substitué.

Réciproquement, le mandataire substitué peut réclamer directement au mandant les sommes qui lui restent dues, à la condition que ce dernier ne se soit pas déjà acquitté entre les mains du mandataire principal.

Le mandat étant marqué par un fort *intuitu personae*, le mandataire doit en principe une exécution personnelle au mandant. Il peut cependant, avec l'accord du mandant, confier sa mission à un tiers. Le deuxième alinéa reprend à cet égard la règle aujourd'hui posée à l'article 1994, selon lequel le mandataire répond du mandataire substitué. Le terme de sous-mandat n'a pas été utilisé car il paraît techniquement inexact dans la mesure où celui que le mandataire se substitue, avec l'accord du mandant, va pouvoir directement engager celui-ci.

En ce cas, le deuxième alinéa de l'article 1994, repris au troisième alinéa de cette disposition, précise que le mandant dispose d'une action directe contre le mandataire substitué. La jurisprudence a par ailleurs précisé que le substitué jouit lui-même d'une action personnelle et directe contre le mandant pour obtenir l'ensemble des sommes qui lui sont dues. Néanmoins l'extinction de la créance par le paiement entre les mains du mandataire principal constitue un obstacle à cette action directe. Le quatrième alinéa de l'article 2002 entend codifier ces deux jurisprudences.

Article 2003

Quand il y a plusieurs mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée, ou résulte des usages.

Cette disposition, qui constitue une application du principe selon lequel la solidarité ne se présume pas, reprend les termes de l'actuel article 1995 auquel est ajoutée la référence aux usages, fréquents en matière commerciale notamment.

Article 2004

Le mandataire, à l'issue de sa mission, remet au mandant tout ce qu'il a reçu en sa qualité de mandataire.

Il lui doit l'intérêt des sommes dont il est reliquataire, à compter du jour où il est mis en demeure.

Cette disposition, qui reprend en substance les termes de l'actuel article 1993, est un aspect particulier de l'obligation de reddition des comptes qui pèse sur le mandataire. En rendant compte de sa gestion au mandant, le mandataire s'oblige également à lui reverser toutes les sommes par lui perçues en vertu du mandat. Plus largement, le mandataire doit remettre au mandant « tout » ce qui lui a été remis en raison de son pouvoir d'engager le mandant, quand bien même cela n'aurait pas été destiné à être transmis au mandant. Une jurisprudence s'est développée en la matière à propos des différents avantages que des intermédiaires recevaient de ceux qui souhaitaient bénéficier d'un marché avec le mandant.

Article 2005

Sauf à s'être engagé personnellement vis-à-vis du tiers-cocontractant, le mandataire n'encourt à son égard qu'une responsabilité extracontractuelle.

Cet article codifie une règle essentielle de la technique de la représentation. En effet, le mandataire accomplit des actes juridiques au nom et pour le compte du mandant. Ce faisant, tous les actes accomplis par le mandataire dans le cadre du mandat seront en principe réputés l'avoir été par le mandant. En conséquence, ce n'est pas le mandataire qui est lié par contrat au tiers-cocontractant, mais le mandant. Le mandataire ne saurait donc engager sa responsabilité contractuelle à l'égard du tiers, tant qu'il ne s'est pas engagé personnellement à son égard. Sa responsabilité pourra néanmoins être engagée en cas de faute notamment, sur le fondement de l'article 1240.

Article 2006

Le mandataire peut se constituer garant du croire au bénéfice du mandant de la bonne exécution du contrat principal par le tiers et des paiements qui s'y rapportent.

Si le mandataire n'est normalement pas lié par contrat avec le tiers-cocontractant, rien ne lui interdit de s'engager personnellement à son égard. C'est la pratique du du croire, que le texte codifie.

CHAPITRE III - Des obligations du mandant

Article 2007

Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné.

L'acte accompli par un mandataire sans pouvoir, ou au-delà de ses pouvoirs, est inopposable au mandant, sauf si le tiers contractant a légitimement cru à la réalité de ces pouvoirs, ainsi qu'il est énoncé à l'article 1156.

Si le mandant ratifie expressément ou tacitement l'acte, celui-ci l'oblige depuis le jour de sa conclusion.

Cette disposition reprend les termes de l'actuel article 1998 du Code civil, et codifie la jurisprudence rendue au visa de cet article. Les actes conclus par le mandataire dans le cadre du mandat sont réputés l'avoir été par le mandant, représenté par le mandataire. Le principe est ainsi celui de la transparence du mandataire : le mandant doit, à ce titre, exécuter toutes les engagements conclus par celui-là.

Le mandant ne sera en revanche pas tenu d'exécuter les actes conclus par le mandataire au-delà du pouvoir qui lui a été donné. Cette règle connaît deux exceptions que l'article 2007 entend codifier : premièrement en cas de mandat apparent, c'est-à-dire si le tiers a légitimement pu croire que le mandataire agissait dans les limites de son mandat. Cette règle essentielle de la représentation est inscrite à l'article 1156 du Code civil depuis l'ordonnance de 2016 mais qu'il semble opportun de retrouver parmi les textes qui gouvernent spécifiquement la représentation contractuelle. Deuxièmement, en cas de ratification de l'acte par le mandant, laquelle agira rétroactivement. La question de savoir s'il y a lieu de définir la ratification, notamment tacite, pourra opportunément être développée dans le cadre de la consultation publique.

Article 2008

En cas de détournement de pouvoir, le mandant peut invoquer la nullité de l'acte, dans les conditions de l'article 1157.

Le mandat étant fondé sur la technique de la représentation, le droit commun de la représentation a vocation à s'y appliquer *mutatis mutandis*. Ainsi en est-il de l'article 1157 du Code civil, qui traite de l'hypothèse du détournement de pouvoir. La règle méritait d'être rappelée dans le corps des textes consacrés à la représentation conventionnelle.

Article 2009

Le mandant répond du dol ou de la violence de son mandataire, commis au détriment du tiers cocontractant.

Par cette disposition, la Commission a entendu revenir sur la « jurisprudence » récente de la Cour de cassation n'engageant la responsabilité du mandant pour le dol

commis par son mandataire que s'il a personnellement commis une faute qu'il revient à la victime d'établir (Cass. Mixte, 29 oct. 2021, n° 19-18.470, PB). La Commission était partagée mais s'est majoritairement orientée vers l'idée que le mandant doit répondre du dol commis par le mandataire dans l'exécution de son mandat (V. déjà Cass. 3^e civ., 29 avr. 1998, n°96-17.540, Bull. III, n°87). Le dol du mandataire se répercute sur le mandant, parce que celui-là le représentait et n'est pas sorti des limites de sa mission. Techniquement, la solution pouvait se discuter mais elle se justifie par des considérations de politique juridique. Il était donc préférable d'adopter une règle spéciale pour créer ce cas de responsabilité. La même solution s'applique également au vice de violence.

Article 2010

Dès lors que la mission a été accomplie, le mandant est, en cas de mandat à titre onéreux, tenu de payer sa rémunération au mandataire, quelles qu'en soient les modalités.

Le premier alinéa de l'article 2011 reprend le premier alinéa de l'actuel article 1999 du Code civil : si une rémunération a été promise au mandataire, le mandant la lui doit une fois la mission accomplie.

Article 2011

La rémunération convenue peut cependant être réduite par le juge, si elle est manifestement disproportionnée, au regard des diligences du mandataire et de l'utilité du service rendu.

La réduction n'a pas lieu si, à l'issue de la mission du mandataire, le mandant accepte en connaissance de cause le montant réclamé par celui-ci.

Lorsque l'urgence a imposé au mandataire des diligences complémentaires, sa rémunération peut être augmentée par le juge, selon les mêmes conditions.

La faculté offerte au juge de réviser les honoraires est née du droit prétorien du mandat. En effet, la jurisprudence admet de longue date que lorsque la rémunération convenue apparaît manifestement disproportionnée au regard du service rendu, le juge peut user de son pouvoir de contrôle et de révision afin de la réduire. Le premier alinéa entend codifier cette jurisprudence. Le deuxième alinéa précise cependant que le juge ne saurait réduire la rémunération si celle-ci a été acceptée par le mandant en connaissance de cause.

Par ailleurs, la rémunération convenue peut également être augmentée par le juge si le mandataire a engagé des frais nécessaires à l'exercice de sa mission. Ces frais nécessaires résultent de dépenses supplémentaires nécessitées par l'urgence. L'urgence relâche la rigueur des règles. Ici, elle justifie de s'écarter de la convention d'honoraires afin de ne pas décourager le mandataire d'agir au-delà de ce qui a été convenu quand la nécessité l'impose et que le temps manque pour consulter le mandant.

Article 2012

Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a déboursés pour l'exécution du mandat, y compris, en cas d'urgence, ceux exposés de sa propre initiative, dans l'intérêt du mandant.

Lors même que l'acte à souscrire ne l'a pas été, le mandant ne peut se dispenser de ces remboursements, ni faire réduire leur montant, au prétexte qu'ils pouvaient être moindres.

L'article 2012 reprend pour partie le texte du deuxième alinéa de l'actuel article 1999 du Code civil, lequel précise que le mandant doit rembourser les avances et frais faits par le mandataire pour l'exécution du mandat, sans pouvoir lui opposer le fait qu'ils auraient pu être moindres. Le deuxième alinéa précise qu'il ne saurait non plus opposer le fait que l'opération envisagée n'a pas pu être menée à terme.

Article 2013

Le mandant doit indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable.

L'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant, du jour où leur remboursement est réclamé.

L'article 2013 reprend les termes de l'actuel article 2000 : le mandant est tenu d'indemniser le mandataire de toutes les pertes par lui subies dans le cadre de sa gestion, sauf imprudence de sa part. La Commission n'a pas souhaité revenir sur le caractère supplétif de cette disposition, affirmé de longue date par la jurisprudence.

Le deuxième alinéa codifie pour partie l'actuel article 2001 du Code civil, ainsi que la jurisprudence selon laquelle le mandant doit les intérêts des sommes dues à compter de la mise en demeure. La Commission a cependant préféré que le calcul des intérêts commence à compter de la réclamation, ce qui dispense de la mise en demeure.

Article 2014

Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes, ensemble, pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat.

L'article 2014 reprend sans modification de fond les termes de l'actuel article 2002 du Code civil, à propos duquel la jurisprudence s'est peu prononcée.

CHAPITRE IV - Des différentes manières dont le mandat prend fin

Article 2015

Le mandat prend fin :

1° Par l'accomplissement de la mission ou l'échéance du terme, s'il est à durée déterminée ;

2° Par la révocation du mandataire ;

3° Par la renonciation de celui-ci au mandat, notifiée au mandant selon un préavis raisonnable.

4° Par la mort ou l'ouverture d'une procédure de protection, soit du mandant, soit du mandataire, personnes physiques, ou par la dissolution, s'il s'agit d'une personne morale.

L'article 2015 reprend pour partie les causes d'extinction du mandat aujourd'hui inscrites à l'article 2003 du Code civil. La Commission a ajouté le cas du terme, et a codifié la jurisprudence relative à la renonciation, qui impose que celle-ci soit portée à la connaissance du mandant dans un délai raisonnable. L'extinction résultant de la mort du mandant ou du mandataire a également été étoffée afin de prendre en compte le cas où l'un ou l'autre est une personne morale.

Article 2016

Lorsque le mandat est gratuit, le mandant peut révoquer le contrat quand bon lui semble et sans préavis.

Lorsqu'il est à titre onéreux, la révocation est précédée d'un préavis raisonnable, ou conforme aux usages, sauf motif légitime, tel qu'une faute grave du mandataire dans l'accomplissement de sa mission.

L'article 2016 reprend le principe de la libre révocabilité du mandat résultant aujourd'hui de l'article 2004 du Code civil. Cette révocation est également possible lorsque le mandat a été conclu à titre onéreux, mais devra cependant être précédée d'un préavis raisonnable, à moins que la révocation soit justifiée par un motif légitime, comme la gravité du comportement du mandataire dans l'accomplissement de sa mission. Sur le principe, il n'a pas semblé possible à Commission qu'une personne puisse être représentée contre son gré. Pour protéger la confiance des tiers, la théorie du mandat apparent porte une atteinte à ce principe mais, dans les rapports entre les parties, la révocation doit pouvoir opérer. Elle est donc toujours efficace, quitte à engager la responsabilité de son auteur si elle est l'occasion d'une faute, notamment par sa soudaineté. L'article 2019 répètera ce point.

Article 2017

La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire.

Cette disposition reprend les termes aujourd'hui inscrits à l'actuel article 2005 du Code civil.

Article 2018

La constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire emporte révocation du premier, à compter du jour de la notification à celui-ci par le mandant.

En ce cas, aucune rémunération n'est due au mandataire révoqué, sauf indemnité en cas de mauvaise foi du mandant.

Cette disposition reprend pour parties les termes de l'actuel article 2006 du Code civil.

Article 2019

Le mandat stipulé irrévocable ne peut prendre fin que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.

La révocation prononcée en dépit de cette stipulation prive néanmoins le mandataire de son pouvoir de représentation, sans préjudice de la responsabilité du mandant.

Quand même le mandat serait-il stipulé irrévocable, le mandataire ne représente la volonté du mandant que parce que celui-ci y consent. Le mandataire représente un absent, et l'autonomie du mandant impose qu'il puisse toujours s'opposer à ce qu'une personne exprime sa volonté à sa place. Ainsi, le principe, régulièrement rappelé par la jurisprudence et auquel l'ensemble des membres de la Commission est attaché, est celui de la révocabilité absolue du mandat. Néanmoins, les circonstances de la révocation peuvent engager la responsabilité de son auteur. La jurisprudence décide ainsi que la révocation est possible mais fautive lorsque le mandat avait été stipulé irrévocable, ce que cette disposition entend codifier.

Article 2020

Le mandat à titre onéreux est d'intérêt commun lorsque le mandataire a créé ou participé de manière significative à la constitution ou au développement d'une richesse commune, notamment la clientèle se rapportant aux activités couvertes par le mandat.

Lorsque le mandant et le mandataire ont un intérêt commun à l'exécution du mandat, il ne peut y être mis fin que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Toute révocation unilatérale produit les effets énoncés au second alinéa de l'article 2019.

Par cet article 2020, la Commission entend faire entrer dans le Code civil la notion de mandat d'intérêt commun, créée par la jurisprudence dès la fin du XIX^{ème} siècle, même si cette figure relève peut-être davantage de la catégorie des « contrats-alliance » que des « contrats-échange », dont il a jusqu'ici été traité. Le mandat est d'intérêt commun lorsque le mandant et le mandataire ont intérêt à sa poursuite, notamment lorsque tous deux participent au développement d'une clientèle. En ce cas, certaines règles spéciales ont vocation à s'appliquer. En particulier, la jurisprudence affirme que le mandat ne peut être révoqué que du consentement mutuel des parties, ou par une cause légitime « reconnue en justice ».

Cependant, le principe de la révocabilité absolue du mandat impose que la révocation du mandat d'intérêt commun soit possible même en l'absence d'une cause légitime, cette révocation fautive exposant néanmoins son auteur à réparer le dommage qui en serait la conséquence. Le troisième alinéa de l'article 2020, procédant par renvoi à l'article 2019, rappelle cette règle.

Article 2021

Si le mandant souffre un dommage par suite de la renonciation du mandataire, celui-ci doit l'indemniser, à moins qu'il se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable.

Cette disposition reprend la règle aujourd'hui posée à l'article 2007 du Code civil.

Article 2022

Le mandataire est tenu d'achever l'affaire commencée au décès du mandant, ou à sa dissolution s'il s'agit d'une personne morale, en cas d'urgence ou de motifs impérieux ; il en avise les ayants cause concernés dans les meilleurs délais, après les avoir identifiés.

Si le mandataire ignore la mort du mandant, la dissolution de la personne morale, ou toutes autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valable et opposable aux ayants-cause concernés du mandant.

En cas de mort du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci. Il en est de même pour les ayants cause de la personne morale, après sa dissolution.

L'article 2022 codifie l'état du droit s'agissant de l'extinction du mandat résultant de la mort ou la dissolution du mandant ou du mandataire. Le principe, rappelé à l'article 2015, est qu'elle entraîne l'extinction du mandat. Pour autant, ce principe connaît une exception classique lorsqu'il y a « péril en la demeure » : le mandataire devra alors achever la chose commencée.

Le deuxième alinéa codifie une jurisprudence qui affirme que si le mandataire ignore la disparition du mandant, ce qu'il a fait dans cette ignorance n'en est pas moins valide pour autant que cette ignorance puisse être prouvée.

La règle selon laquelle la mort du mandataire met fin au mandat peut parfois être à l'origine de nombreux problèmes, particulièrement en matière commerciale. Le troisième alinéa reprend la règle supplétive de l'article 2010, évoquant au surplus le cas où le mandataire est une personne morale pour exprimer que, par exemple, les associés devront prévenir le mandant de la dissolution de la société qui le représente.

ANNEXES



MINISTÈRE DE LA JUSTICE

Paris, le 30 mars 2020

DIRECTION

DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU

LE DIRECTEUR

Monsieur le professeur,

La réforme de la responsabilité civile, dont le Parlement sera saisi prochainement, pourrait être l'occasion de parachever le mouvement de modernisation du code civil qui s'est engagé depuis la célébration de son bicentenaire en 2004.

Le vieillissement du code civil a entraîné non seulement une perte d'attractivité du droit civil français dans le Monde mais également une altération de la sécurité juridique en droit interne. Les carences et le manque d'actualisation des règles écrites ont laissé une grande place aux constructions prétoriennes et ont altéré l'accessibilité et l'intelligibilité du droit civil.

Si la réforme de nombreuses parties du code civil a déjà été réalisée, il n'en va pas ainsi des dispositions relatives à certains contrats, dits spéciaux, régis par le code civil. Ces dispositions datent pour beaucoup de 1804 et ne correspondent plus aux besoins de la vie économique et sociale du XXI^e siècle. Pourtant, ces contrats sont utilisés quotidiennement, pour la pratique des affaires ou pour des besoins d'ordre privé.

Ces dispositions mériteraient dès lors d'être rénovées afin, d'abord, de les mettre en conformité avec le droit positif.

Elles gagneraient en outre à refléter davantage l'importance acquise par certains contrats considérés comme mineurs en 1804, tels les contrats de mandat ou de prestation de service.

Les progrès techniques et technologiques ont également modifié le rapport au temps et la gestion de l'espace, et le développement du numérique et des nouvelles formes de relations contractuelles a fait apparaître de nouvelles pratiques.

Philippe Stoffel-Munck
Professeur à l'Université Paris I (Panthéon Sorbonne)
28 rue Racine
75006 Paris

13, place Vendôme
75042 Paris Cedex 01
Téléphone : 01 44 77 60 60
Télécopie : 01 44 77 62 39
www.justice.gouv.fr

Enfin, il est nécessaire de mettre en cohérence les règles applicables aux contrats spéciaux, avec celles du droit commun des contrats issues de la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, ratifiée par la loi du 20 avril 2018.

Ainsi réformé, le droit des contrats spéciaux pourrait à nouveau être attractif pour l'ensemble des acteurs, au plan national comme international.

Pour mener à bien ces réflexions, j'ai souhaité mettre en place un groupe de travail, composé d'universitaires mais également de praticiens spécialistes de la matière. Je solliciterai à cet égard un magistrat de la Cour de cassation et un avocat.

Ce groupe de travail, dont je vous remercie d'avoir accepté la direction, aura pour mission d'élaborer un avant-projet de texte modernisant, dans le code civil, le droit des contrats spéciaux.

L'objectif sera de codifier le droit existant mais également de l'adapter et de le moderniser pour le rendre à la fois plus lisible et plus attractif pour les praticiens.

Les travaux devront porter en particulier sur les contrats suivants : la vente, l'échange, le louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise, le bail, le prêt, le dépôt et le séquestre, les contrats aléatoires et le mandat.

Sont exclus du champ des travaux les contrats relevant du droit de la famille (mariage, régimes matrimoniaux), le contrat de transaction récemment réformé ainsi que les contrats portant sur la procédure (convention d'arbitrage, convention de procédure participative). La fiducie, issue d'une loi récente, ainsi que le contrat de société, qui ne relève pas *stricto sensu* du droit des contrats, sont également écartés de la présente réforme.

Il vous est loisible d'adopter une autre classification que celle retenue dans le code de 1804 afin de refléter l'importance acquise par certains contrats ou de faire apparaître certaines notions comme celle de contrat de prestation de service par exemple.

Si le champ de la réforme envisagée est circonscrit aux règles relatives aux contrats spéciaux qui figurent dans le code civil, en excluant ce qui relève des codes spéciaux, vous pourrez également inclure dans vos réflexions l'opportunité d'intégrer dans le code civil certaines dispositions législatives non codifiées, par exemple en matière de baux d'habitation ou de sous-traitance, afin que ce code redevienne le siège des règles applicables aux contrats les plus usuels.

La direction des affaires civiles et du sceau apportera son concours à ces travaux et pourra contribuer à la réflexion en apportant le cas échéant son analyse.

Afin que ces propositions puissent être rapidement mises en œuvre, nous ne verrions qu'avantage à ce que votre rapport puisse être remis d'ici le 1^{er} décembre 2020.

Je vous prie de croire, Monsieur le professeur, en l'assurance de ma considération distinguée.

Jean-François de Montgolfier