



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad De Derecho
Departamento De Derecho Privado

**“EL NUEVO DERECHO FRANCÉS DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN VIRTUD DE LA ORDENANZA
2016-133 DE 10 DE FEBRERO DE 2016”**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

MARÍA PAZ LEVY SEPÚLVEDA

Profesor guía: Hugo Cárdenas Villareal

Santiago de Chile

2018

ÍNDICE

RESUMEN.....	3
INTRODUCCIÓN	4
CAPITULO I.....	6
Aspectos Generales Históricos de la Reforma al Código Civil Francés.....	6
CAPITULO II.....	10
TRADUCCIÓN DE LA PUBLICACIÓN: “Remedios al incumplimiento en el proyecto de la ordenanza sobre la reforma al derecho de las obligaciones”, Mustapha Mekki.....	10
TEXTO ORIGINAL. « Les remèdes à l’inexécution dans le projet d’ordonnance portant réforme du droit des obligations » - Mustapha Mekki.	33
TRADUCCIÓN DE LA PUBLICACIÓN: “Para una ratificación minimalista de la ordenanza del 10 de febrero de 2016. Propuestas en derecho contractual: menos es más ...” – Mustapha Mekki.	54
TEXTO ORIGINAL. « Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 Propositions en droit des contrats : less is more... » - Mustapha Mekki.	77
CAPITULO III. CONCLUSIONES	99
I) Los remedios contractuales en general: problema en el Código Civil Chileno.	101
II) Excepción de contrato no cumplido.....	103
III) Fuerza mayor contractual.	107
III) Nuevos Remedios Contractuales.....	111
A) Reducción del precio.....	111
B) Resolución por incumplimiento.....	112
C) Ejecución forzada.....	114
IV) Vigencia de las normas: irretroactividad de la ley.....	115
Bibliografía y obras consultadas.....	119

RESUMEN

En el contexto de una marcada corriente reformista a nivel mundial del Derecho de las Obligaciones y Contratos, influenciada por el Derecho Uniforme y lo que se ha denominado Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, se dio inicio a un necesario y extenso proceso de reforma al Código Civil de Francia, y desde entonces, variados proyectos han tomado forma en la búsqueda de adaptar el derecho civil francés hacia un derecho más contemporáneo y adaptado a la realidad de las relaciones jurídicas actuales. Esta reforma al Derecho Civil Francés se vio concretada a través de la Ordenanza 2016-133 de 10 de febrero de 2016. A través del presente trabajo se traducirá importante literatura analítica relacionada al nuevo derecho de los contratos en Francia y, posteriormente, se realizará unas breves conclusiones en torno a los puntos más importantes de ésta en relación al Derecho Civil Chileno, en especial, los aspectos de remedios contractuales en general, la excepción de contrato no cumplido, el concepto contractual de fuerza mayor, nuevos remedios contractuales establecidos en el derecho francés y la aplicación de la ley en el tiempo.

Palabras clave: Derecho Uniforme, Ordenanza 2016-133 de 10 de febrero de 2016, Código Civil de Francia, nuevo derecho de obligaciones, nuevo derecho de los contratos, remedios contractuales.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es realizar, por un parte, la traducción de dos importantes textos que tratan la reforma al Código Civil Francés; y por otra, unas breves conclusiones en torno a las problemáticas tratadas en éstos en relación al Derecho Civil Chileno.

Para ello, el presente proyecto ha sido estructurado en cuatro capítulos: i) Capítulo introductorio, en el cual se da un breve contexto histórico referente a la reforma del Código Civil Francés; ii) Capítulo Segundo, en el cual se traducen los dos textos; y iv) Capítulo Tercero, relativo a las conclusiones.

La metodología utilizada en la traducción consiste en la traducción literal de ellos para respetar la voluntad del autor pero utilizando, respecto a determinadas palabras y conceptos, una traducción jurídica buscando su símil en el ordenamiento jurídico chileno. Asimismo, con el objeto de respetar el formato de citas del texto original, se ha respetado la inclusión de forma literal de ésta.

Ahora, en lo que se refiere a los textos, éstos fueron escritos por don Mustapha Mekki, agregado y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París 13 - *París Sorbonne Cité*. Actualmente dirige el Instituto de Investigación de Derecho Atractivo (IRDA) en la misma universidad.

Los textos son:

- i) “Remedios al incumplimiento en el proyecto de la ordenanza sobre la reforma al derecho de las obligaciones”. Éste artículo fue publicado como parte del dossier "Crítica constructiva al proyecto de ordenanza que reforma la ley de obligaciones: perfeccionar sin deshacer" de la prestigiosa revista jurídica francesa *Gazette du Palais*, en el año 2015. Esta publicación trata de comentar los aspectos más importantes de la reforma francesa relacionados con los remedios contractuales al incumplimiento. En ese sentido, es importante destacar que este texto realiza importantes análisis en torno a las novedades y problemáticas que se veían en el proyecto de reforma, realizando variadas críticas constructivas a ésta.

- II) “Para una ratificación minimalista de la Ordenanza del 10 de febrero de 2016. Propuestas en derecho contractual: menos es más...” publicado en la revista jurídica francesa *AJ Contrat*, en el año 2017. Este texto es publicado luego de haber transcurrido un año de la publicación de la reforma francesa, por lo cual su visión nos entrega las diferentes problemas generales y específicas que ha llevado la aplicación de la ordenanza por parte de los tribunales y los juristas franceses. En ese sentido, este texto es importante porque entrega un análisis crítico de las disposiciones que finalmente se publicaron, considerando siempre el aspecto práctico observado en el primer año de aplicación.

Por último, en lo que se refiere a las conclusiones se realizará un análisis de los principales temas tratados en ambos textos en relación con la normativa chilena, entre ellos destacamos los siguientes:

- i) Una regulación sistemática y general de todos los remedios contractuales que tiene el acreedor frente al incumplimiento en Francia y cuál es la problemática que ocurre en Chile respecto a este tema.
- ii) La excepción de contrato no cumplido establecida en el Código Francés y las diferencias con las disposiciones chilenas.
- iii) La definición de fuerza mayor contractual en el Código Galo, en relación con la definición legal y general contenida en el Código de Bello, especialmente en cuanto a los requisitos establecidos para cada una de ellas.
- iv) Nuevos remedios contractuales establecidos en Francia y la forma en que éstos se encuentran regulados en Chile, a saber, reducción del precio, resolución por incumplimiento, ejecución forzada.
- v) Aplicación de la ley en el tiempo en relación con el derecho de Contrato de Francia.

CAPITULO I.

Aspectos Generales Históricos de la Reforma al Código Civil Francés.

El Código Civil de Francia, cuya edición original data del año 1804, fue utilizado por el jurista Andrés Bello como modelo para redactar en 1856 la primera edición del Código Civil de Chile. Este Código, ha sido de gran importancia para la codificación a lo largo de numerosas legislaciones en el mundo. Sin embargo, desde entonces y hasta el año 2004 éste habría sufrido escasas modificaciones y reformas.

Es relevante señalar que el Código Civil de Francia de 1804 y sus principios rectores son y han sido ampliamente valorados, tanto por la comunidad europea como latinoamericana, por tanto, la reforma del mismo ha sido llevada a cabo principalmente en pos de una modernización antes que una destrucción de los mismos. Es por lo anterior, que el llamado Código Civil de Napoleón y las soluciones en él propuestas, aún conservan su valor luego de más de dos siglos de aplicación.

Sin embargo, con motivo del bicentenario del mismo, se dio inicio a un necesario y extenso proceso de reforma al Código Civil de Francia, y desde entonces, variados proyectos han tomado forma en la búsqueda de adaptar el derecho civil francés hacia un derecho más contemporáneo y acorde con las relaciones jurídicas actuales.

Así, luego de un trabajo llevado a cabo por connotados profesores, y apoyado por diversas instituciones y grupos de estudiantes, nació el anteproyecto de reforma al Derecho de Obligaciones y de la Prescripción denominado "*Anteproyecto Catala*", nombre que adquiere en honor a quien presidiera su elaboración, el profesor Pierre Catala, el cual data del año 2006. Este Anteproyecto intentó, más que reformar el derecho de obligaciones, llenar numerosas lagunas existentes en el Código Civil francés con soluciones aportadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia francesas.

Con posterioridad, se redactó el denominado “Proyecto Terré”, proyecto encabezado por el profesor François Terré, que reformaba el derecho de contratos, de la responsabilidad civil y del régimen general de las obligaciones. La elaboración del mismo se llevó a cabo con el auspicio de l’Academie des Sciences Morales et Politiques hasta su publicación oficial en el año 2008. Este proyecto, a diferencia del Anteproyecto Catala, quiso romper en cierta medida con la tradición de principios del Código Civil de Napoleón y renovar el derecho civil francés tomando como guía la manera europea actual de desarrollar el derecho de contratos y obligaciones presente en los Principios Unidroit (Derecho Uniforme) o Proyecto Lando y el Draft Common Frame of Reference (DCFR o Marco común de referencia para el Derecho Privado Europeo), entre otros.

De manera paralela, la Chancellerie (Ministerio de la Justicia de Francia), basándose en los proyectos de los profesores antes mencionados, fue redactando un proyecto propio, que de alguna manera resumía las propuestas anteriores (Anteproyecto Catala y Proyecto Terré).

En cada uno de los proyectos, ya fuera el de la Chancellerie como el Anteproyecto Catala y el Proyecto Terré, se hizo de manera activa, por quienes participaron en su respectiva elaboración, una extensa exposición de motivos, los cuales serían esenciales al momento de entender el sentido de la reforma proyectada y las modificaciones que se fueron introduciendo por cada uno de ellos.

Luego de un período de estancamiento del proyecto de reforma por motivos políticos, la Asamblea Nacional y el Senado franceses promulgan la Ley Nº 2015-177 del 16 de febrero de 2015 relativa al proceso de modernización y simplificación del derecho y de los procedimientos judiciales. Esta ley, en su artículo 8 -con el objetivo de fortalecer el derecho de los contratos, el régimen legal relativo al derecho de las obligaciones y la prueba de las mismas- entrega al Presidente de la República la facultad para modificar el Código Civil de Francia, con el fin de que se garantice en mayor medida la seguridad jurídica y se regule de manera más eficaz.

El gobierno obtiene entonces, con gran dificultad, la autorización para legislar por medio de una ordenanza. El primer proyecto de la ordenanza se publica a principios del 2015 para luego ser sometido a consulta pública vía internet. Como se trataba de una materia con reserva constitucional de ley, este es objetado ante el Consejo Constitucional, argumentando que la autorización excede los poderes del ejecutivo y que no se encontraba suficientemente argumentada la urgencia que el

gobierno habría invocado para obtener la misma, siendo entonces incompetente para regular esta materia, tomando en consideración la relevancia jurídica que reviste en el ordenamiento jurídico el régimen general del derecho de las obligaciones y el derecho de los contratos.

No obstante lo anterior, el Consejo Constitucional confirma la constitucionalidad del artículo y *“validó así los poderes otorgados al ejecutivo puesto que si bien los principios fundamentales de las obligaciones civiles son de competencia exclusiva del legislativo, la ley estableció unos límites estrictos de modificación y además porque, en cualquier caso, la norma debía ser ratificada por el legislador el cual tendrá en cuenta que toda modificación de la ley con efectos retroactivos y toda variación del régimen de los contratos debe ceñirse a un objetivo de interés general suficiente y al respecto del imperativo de la cosa juzgada de las decisiones judiciales tomadas bajo el régimen anterior”*.¹

Finalmente, habiéndose validado las competencias del gobierno para legislar y habiéndose introducido a los bosquejos originales un sinnúmero de correcciones, el 10 de febrero de 2016 es promulgada la Ordenanza N° 2016-131 referente al derecho de los contratos, al régimen general de las obligaciones y la prueba de mismas.

“Sin embargo, no todo se ha terminado. El procedimiento, que permite al gobierno legislar en el ámbito reservado normalmente a la ley, le obliga a depositar un proyecto de ley de ratificación en el período fijado por la ley de habilitación, en este caso en los seis meses siguientes a contar de la publicación de la ordenanza. En su defecto, esta última caducaría”.²

Así, dentro del plazo anteriormente señalado el Ministerio de Justicia presenta un proyecto de ley que termina por ratificar la Ordenanza N°2016-131, entrando en vigor el 1 de octubre del año 2016.

¹ CORTÉS, F. T. (2017). La reforma del Código Civil Francés. Un proemio al cambio estructural de los principios de derecho privado del Código Napoleónico. Revista Verba Iuris, 155-169.

² SAVAUX, E. (Julio de 2016). El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos. Anuario de Derecho Civil - Núm. LXIX III.

Esta renovación del Código Civil Francés viene entonces a aclarar el derecho de contratos y a adaptarlo al contexto económico y social del siglo XXI, preservando al mismo tiempo sus principios fundamentales.

Finalmente, cabe mencionar que el cambio en el Derecho Civil Francés es profundo y, sin lugar a dudas, servirá de base para diferentes reformas en todos aquellos países en los cuales éste código sirvió de base para redactar los Códigos Civiles, entre ellos Chile.

CAPITULO II.

TRADUCCIÓN DE LA PUBLICACIÓN: “Remedios al incumplimiento en el proyecto de la ordenanza sobre la reforma al derecho de las obligaciones”, Mustapha Mekki.

Este artículo fue publicado como parte del dossier "Crítica constructiva al proyecto de ordenanza que reforma la ley de derecho de las obligaciones: perfeccionar sin deshacer" de la *Gazette du Palais*.

Las disposiciones relativas a los remedios al incumplimiento contractual son representativas del espíritu de este proyecto de reforma: lo esencial consiste principalmente en la incorporación de los avances jurisprudenciales que el Código consagra (resolución por notificación, cláusula resolutoria, excepción de contrato no cumplido), todo tomando en cuenta ciertas innovaciones de cuestionable pertinencia (excepción por riesgo de incumplimiento, límite a la ejecución forzosa en especie cuando el costo es manifiestamente irrazonable, facultad alternativa del juez...). Este estudio pretende completar el trabajo de calidad ya realizado por la *Chancellerie* (Ministerio de la Justicia) al proponer una redacción revisada de ciertas disposiciones.

Anteproyecto de ordenanza sobre la reforma al derecho de los contratos, al régimen general y a la prueba de las obligaciones.

Nota del editor: las propuestas de redacción aparecen en recuadros. Para facilitar la lectura, las sugerencias de cambios a los textos actuales del proyecto se muestran en negrita.

1. Los remedios al incumplimiento. El proyecto de ordenanza se compone de un capítulo IV sobre "los efectos del contrato" dentro del cual aparece una sección IV dedicada al "incumplimiento del contrato". Los artículos 1217 a 1231-7 del proyecto proponen un conjunto de remedios en caso de incumplimiento. Sin embargo, es necesario añadir a la infracción concebida como un riesgo el artículo 1196 que establece una rescisión por imprevisión en caso de cambio/evolución de las circunstancias. La cuestión de las restituciones, que es más una cuestión vinculada al régimen de las obligaciones y que por lo tanto no se estudiará aquí, está estrechamente relacionada con el tema de la terminación del contrato, establecido en el tercer párrafo del artículo 1229 sobre los efectos de la resolución referente al Capítulo V del Título IV del Código Civil francés. En cuanto a la indemnización de

perjuicios por daños causados con ocasión del contrato, en otras palabras, la responsabilidad contractual, no es tratada por el proyecto de ordenanza, sin que por ello sea posible llegar a la conclusión de haber sido condenado como un "concepto falso"

¹. De hecho, el artículo 1217, que introduce al proyecto de ordenanza, se refiere a "la compensación por las consecuencias del incumplimiento". Una última subsección 5 de la sección IV está dedicada a la "reparación del daño causado por incumplimiento contractual", que retoma en los artículos 1231 y siguientes lo esencial de los artículos 1146 y siguientes de nuestro Código Civil actual². La responsabilidad contractual no está condenada³, pero su reforma será probablemente considerada de manera conjunta con la de la responsabilidad extracontractual. El artículo 1217 del proyecto aparece como una introducción al resto de las disposiciones. Proporciona una lista de remedios: la suspensión de la ejecución de su propia obligación, perseguir la ejecución forzada en especie de la obligación, solicitar una reducción de precio, provocar la resolución del contrato y/o reclamar una indemnización por las consecuencias del incumplimiento.

El último párrafo establece que "los remedios que no son incompatibles pueden acumularse; los daños e intereses se pueden agregar a todos los demás remedios".

2. El vínculo contractual. La preferencia por los remedios al incumplimiento en detrimento de las sanciones refleja una evolución en la filosofía del contrato iniciada por la jurisprudencia. En el Código Civil de 1804, el contrato de compraventa se presenta como el modelo de contrato: el contrato como instrumento de intercambio económico, contrato sinalagmático y de ejecución instantánea. En el proyecto de la ordenanza, el contrato conserva su función de intercambio económico, pero se agrega el contrato que crea un vínculo contractual⁴. Se trata de un contrato a largo plazo, de ejecución

¹ P. Rémy, «La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept»: RTD civ. 1997, p. 323; D. Tallon, «L'inexécution du contrat: pour une autre présentation»: RTD civ. 1994, p. 223.

² Sin embargo, los artículos 1148, 1154 y 1155 se eliminan. El artículo 1231-6 del proyecto repite el contenido del Artículo 1153 y sustituye a "citación a pagar u otro acto equivalente como una carta misiva si aparece una interpelación" la siguiente fórmula "aviso formal". El artículo 1231-5 del proyecto sobre la cláusula penal modifica el actual artículo 1152 añadiendo un tercer párrafo: "Cuando la prestación se haya ejecutado en parte, la sanción acordada podrá, incluso de oficio, reducirse por el juez en proporción al interés que el cumplimiento parcial haya proporcionado al acreedor, sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior."

³ El contrato es una cuestión de reparación y de incumplimiento, en este sentido, v. not. C. Larroumet, «Pour la responsabilité contractuelle», in *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 543; G. Viney, «La responsabilité contractuelle en question», in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 920.

⁴ Sobre esta distinción, J. Mestre, «L'évolution du contrat en droit privé français», in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier (Poitiers, 24-25 oct. 1985), PUF, 1986, p. 41 et s., spéc. p. 55 et s.: «la entidad contractual es un acto 'considerado en sí mismo, como una entidad autónoma, distinta de las personas que la concluyeron'» (p. 56). *Adde*, M.-A. Frison-Roche, «Le contrat et la responsabilité: consentements, pouvoirs et régulation économique»: RTD civ. 1998,

sucesiva (Artículo 1110, párrafo 2 del proyecto) o de ejecución diferida, que produce efectos legales (Artículo 1101 del proyecto) más allá de solo crear vínculos. Apostando para el futuro, como una herramienta de gestión de riesgos, los remedios están en línea con el nuevo modelo de contrato, que tiende a dar más importancia a los datos económicos. Uno puede preguntarse, sin embargo, si el término "remedios" es adecuado. En efecto, la terminación del contrato ¿puede considerarse realmente como un remedio? Además, ¿no se está refiriendo, sin necesidad, a un incómodo anglicismo? El término sanción podría haber sido útil sin sucumbir ante las tentaciones de la "modernidad aguda".

3. Con el fin de responder mejor a las expectativas de la *Chancellerie*, volvamos a los diversos artículos respetando, en la medida de lo posible, el orden del proyecto de ordenanza.

I - La fuerza mayor (artículo 1218 del proyecto)

4. Definición específica de la materia contractual. El párrafo primero del artículo 1218 del proyecto da una definición de fuerza mayor específica en materia contractual: "Hay fuerza mayor en materia contractual cuando un acontecimiento fuera del control del deudor, que no podía ser razonablemente previsto en el momento de la conclusión del contrato y cuyos efectos no pueden evitarse por medidas apropiadas, impide la ejecución de su obligación por el deudor". Es lamentable que la fuerza mayor no se aprecie más bien de una manera bicéfala: esta es a la vez, una causa de exoneración de responsabilidad y una causa de liberación del deudor de sus obligaciones (teoría del riesgo). El artículo no habla de los efectos eximentes de responsabilidad del deudor, lo cual merecería ser agregado. Se debe establecer un evento que no sea razonablemente previsible al momento de la celebración del contrato y cuyos efectos no puedan evitarse, impidiendo el cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor. Esta definición específica en materia contractual es preferible a la definición unitaria que propone la *Cour de Cassation* en dos sentencias dictadas en sesión plenaria el 14 de abril de 2006⁵. La noción de irresistibilidad desaparece de manera relevante. El proyecto de Ordenanza también establece el principio según el cual el riesgo recae sobre el deudor (*res perit*

p. 43 et s., spéc. n° 12, p. 47; Pour une application, P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préface R. Bout, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2000, t. 337.

⁵ Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, n° 04-18902, B. c/ RATP – Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11168, M. c/ L.: Bull. ass. plén., n° 5.

debitori)⁶. El vínculo entre la fuerza mayor y la cuestión de la atribución de riesgos en el contrato⁷ es aún más evidente al leer el artículo 1328 del proyecto al cual se refiere el artículo 1218, párrafo 2: “La imposibilidad de ejecutar la prestación liberará al deudor en la medida en que se deba a un caso de fuerza mayor y que sea irresistible, a menos que haya aceptado hacerse cargo de él o haya sido constituido en mora.” Además, en el caso de que el evento sea previsible al momento de la conclusión, pero el deudor no puede evitar sus efectos, ¿puede el deudor invocar fuerza mayor? Una elección política es necesaria. O consideramos que el deudor a sabiendas aceptó el riesgo al concluir el contrato, o consideramos que sería injusto imponerle una obligación cuando no podía hacer nada para evitar los efectos del evento. En cualquier caso, dicha elección no fue claramente formulada por el proyecto de ordenanza.

5. Suspensión o extinción. El párrafo 2 del artículo 1218 establece que “si el incumplimiento no es irreversible, el contrato puede suspenderse”, versión muy similar al artículo 134, párrafo 2, del proyecto de mayo de 2009⁸. La solución no es nueva, la *Cour de Cassation* la ha consagrado en el pasado⁹. Todos los proyectos coinciden en este sentido. De este modo, el proyecto *Terré* prevé un artículo 101, párrafo 2, que establece que “si la imposibilidad de cumplir es provisional, el contrato queda suspendido, a menos que el retraso resultante constituya en sí mismo un incumplimiento grave”. El proyecto *Catala* vincula esta suspensión a la excepción de contrato no cumplido y limita entonces, a priori, el efecto únicamente a los contratos sinalagmáticos, lo cual es lamentable¹⁰. El artículo 1157, párrafo 2, establece que “cuando la falta de cumplimiento resulta de una fuerza mayor u otra causa legítima, el contrato puede de la misma manera suspenderse en el caso donde el incumplimiento es remediable”. El principio planteado por el proyecto de ordenanza es prometedor, pero la fórmula aún se puede mejorar.

⁶ En el mismo sentido, artículo 109 del proyecto *Terré*.

⁷ Sobre una aplicación jurisprudencial de esta idea, Cass. 3^e civ., 31 oct. 2006, n° 05-19171 : JCP G 2007, I, 115, spéc. n° 13; v. not. M. Mekki, «La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur»: RLDC 2006, p. 17, n° 29.

⁸ La técnica también está inspirada en códigos académicos, v. no. Art. 8.108, párr. 2, CEDP: “Cuando el impedimento sea solo temporal, la exoneración prevista en este artículo tendrá vigencia mientras dure el impedimento. Sin embargo, si la demora es equivalente a un incumplimiento esencial, el acreedor puede tratarlo como tal.”; Principios de Unidroit, art. 7.1.7 (2) “Cuando el impedimento sea solo temporal, la exoneración producirá efectos por un período razonable teniendo en cuenta las consecuencias del impedimento en la ejecución del contrato.”; DCFR (grupo de estudio), art. III-3: 104; principios contractuales comunes AHC-SLC, art. 8: 108 (2).

⁹ Cass. 3^e civ., 22 févr. 2006, n° 05-12032 : D. 2006, p. 2972 et note S. Beaugendre; RTD civ. 2006, p. 764, obs. J. Mestre et B. Fages; RDC 2006, p. 1087, obs. Y.-M. Laithier – Cass. 3^e civ., 31 oct. 2006, n° 05-19171 : JCP G 2007, I, 115, spéc. n° 13.

¹⁰ Como el borrador de julio de 2008 (Artículo 161) que limita esta suspensión sólo al contrato sinalagmático.

6. Un principio prometedor. Prometedor porque al permitir, en caso de un evento de fuerza mayor, suspender la ejecución del contrato, el Código Civil confirma que la fuerza mayor no es solo una causa de exoneración de responsabilidad, sino que también releva de la fuerza obligatoria del contrato. El contrato puede ser una cuestión de reparación o ejecución. El evento de fuerza mayor excluye todo tipo de indemnización y/o ejecución forzada. Principio prometedor asimismo porque el proyecto de ordenanza, a diferencia del proyecto de mayo de 2009, no limitó este efecto suspensivo solo a los contratos sinalagmáticos. La técnica es muy útil en contratos unilaterales. Por último, es prometedor dado que ayuda a mantener una relación contractual que sigue siendo económicamente útil.

7. Una fórmula perfectible. La fórmula, sin embargo, puede mejorarse. Si el contrato "puede ser suspendido", ¿significa esto que la intervención preliminar del juez es necesaria o, por el contrario, es la suspensión automática? A decir verdad, a menudo será necesario ir ante un juez para que éste constate la fuerza mayor y haga que ésta produzca sus efectos. Por otro lado, es cierto que, si se cumplen las condiciones, el efecto suspensivo se produce desde el día del evento de fuerza mayor. Por lo tanto, sería más exacto decir que el "contrato está suspendido", aunque la intervención del juez en la práctica a menudo será necesaria¹¹. Entonces, es menos una cuestión de su carácter irremediable que de su carácter definitivo, término más apropiado.

8. Resolución de pleno derecho. El párrafo 2 finalmente resuelve una importante controversia sobre si la fuerza mayor está o no unida a la resolución judicial. Por un lado, algunos pretenden vincular la fuerza mayor a la resolución judicial del Artículo 1184 del Código Civil lo que requiere la intervención previa del juez. Las sentencias correspondientes a juicios más recientes se manifiestan en este sentido¹². Por otro lado, otros escritores argumentan que la fuerza mayor puede estar basada en una "regla no escrita" según la cual la extinción de la obligación de una parte libera automática y necesariamente a la otra parte de sus propias obligaciones. El proyecto *Terré*, a diferencia del proyecto *Catala* que no lo menciona, defiende la resolución de pleno derecho, inspirado en los principios del Derecho contractual europeo y los principios del *Unidroit*¹³. Sin embargo, a diferencia de los proyectos de armonización que prevén una resolución de pleno derecho sin notificación, el

¹¹ Sobre esta corrección, v. a propósito del proyecto de 2008, P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, spéc. n° 5.

¹² Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2014, n° 13-24633 : D. 2015, p. 542, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki – Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1982, n° 81-10158 : Bull. civ. I, n° 205; RTD civ. 1983, p. 340, obs F. Chabas.

¹³ PDEC, 9:303 (4); Principios Unidroit, art. 7.1.7.

proyecto *Torré* impone una obligación de información al deudor (artículo 101). Es lamentable que el juez haya sido retirado de este mecanismo porque así podría apreciar las características de la fuerza mayor y apreciar la gravedad del incumplimiento. Si se mantiene esta resolución de pleno derecho, debería por lo menos ir acompañada de una obligación de información a cargo del deudor.

Art. 1218: “Existe fuerza mayor en asuntos contractuales cuando un acontecimiento que está fuera del control del deudor, que no podía ser razonablemente previsto en el momento de la celebración del contrato y cuyos efectos no pueden evitarse mediante medidas apropiadas, impide el cumplimiento de su obligación por el deudor. Cuando el acontecimiento es previsible en la etapa de celebración y se han tomado medidas razonables para evitar o limitar sus efectos, el deudor que se ha visto impedido de cumplir con sus obligaciones también se libera a menos que haya aceptado asumir los riesgos.”

II - La excepción de incumplimiento (Artículo 1219 y 1220 del proyecto)

9. La excepción de incumplimiento por anticipación. El proyecto de ordenanza establece en el artículo 1219 que “una parte puede negarse a ejecutar su obligación, aun cuando ésta sea exigible, si la otra no cumple con su propia obligación y si tal incumplimiento es lo suficientemente grave”. Se consagra un principio que, aunque no estaba formalmente presente en el Código Civil¹⁴, era objeto de disposiciones especiales y dispersas. La excepción de contrato no cumplido es una forma de evitar, anticipadamente, que el incumplimiento sea aún más perjudicial¹⁵. Para evitar cualquier interpretación, sería necesario agregar algunas precisiones sobre la naturaleza del incumplimiento y la proporcionalidad de la respuesta al mismo. Sería necesario precisar que el incumplimiento parcial también puede justificar la implementación de la excepción de contrato no cumplido. Un recordatorio del principio de que la ejecución puede ser rechazada dentro del límite de incumplimiento. La

¹⁴ Este recurso se encuentra consagrado dentro de los PDEC (Artículo 9: 201) y el proyecto de reglamento relativo a un derecho común de venta (Artículo 113 (3) y Artículo 133 (2)).

¹⁵ La excepción de incumplimiento debe implementarse con moderación. El anteproyecto requiere un incumplimiento "suficientemente grave" (de la misma forma que el proyecto de la Cancillería de mayo de 2009, artículo 160), mientras que el proyecto *Torré* hace referencia expresa a la condición de proporcionalidad (artículo 103). Rappr. PDEC, art. 9: 201: "como sea razonable en las circunstancias". El artículo 113, párrafo 3, y el artículo 133, párrafo 2, del proyecto de reglamento sobre un derecho común europeo de venta exigen que la suspensión sea "en la medida justificada por el incumplimiento" (párrafo 2).

innovación del artículo radica en la consagración de una suspensión por anticipación incluso antes de cualquier incumplimiento¹⁶. El artículo 1220 establece que "una parte podrá suspender la ejecución de su prestación cuando quede de manifiesto que su contraparte no ejecutará su obligación dentro del plazo establecido y que las consecuencias de esa infracción son lo suficientemente graves para ella. Esta suspensión debe notificarse lo antes posible"¹⁷. Esta excepción por riesgo de incumplimiento no figuraba inicialmente en el proyecto de la *Chancellerie* de julio de 2008 (Artículo 160) y fue ignorada por el proyecto *Catala* (Artículo 1157, primer párrafo). Ésta se ha incorporado en el proyecto de mayo de 2009 en el artículo 136 en términos casi idénticos¹⁸, técnica preventiva que también se ha consagrado en el artículo 104 del proyecto *Terré*.

Esta medida es una recompensa a la eficacia al servicio del acreedor. ¿Por qué esperar hasta que se haga efectivo el incumplimiento cuando es evidente que la otra parte no podrá ejecutar su obligación? Esta anticipación solo será legítima si se supervisa estrictamente para evitar cualquier abuso. No es seguro que las condiciones sustanciales¹⁹ (necesarias para dar lugar a la excepción de contrato no cumplido), como ser "manifiesto" y "con consecuencias (...) lo suficientemente graves", y la condición procedimental en relación a que la "suspensión (...) sea notificada lo antes posible", sean suficientes para evitar tales excesos. Sería apropiado, como contrapartida a tal unilateralismo en beneficio del acreedor, imponer una obligación de motivación, dentro de la notificación, y colocar la carga de la prueba sobre el acreedor en caso de disputa con el deudor²⁰. La noción de "manifiesto"²¹ merece también ser precisada: ¿es la certeza del incumplimiento, como en la Convención de Viena, o uno se puede satisfacer con la probabilidad de incumplimiento, como en los Principios del Derecho contractual europeo? (Artículo 8: 105). Finalmente, hay que recordar que la excepción de contrato no cumplido también es un medio para alentar al contratante a cumplir con su obligación. Puede ser útil

¹⁶ A favor de dicha excepción por riesgo de incumplimiento, A. Pinna, "L'exception pour risque d'inexécution": RTD civ. 2003, p. 31.

¹⁷ Este principio de excepción por riesgo de incumplimiento existe en el CEDP (artículo 9: 201, (2)) y en el artículo 133, párrafo 2, del proyecto de reglamento sobre un derecho común europeo de ventas.

¹⁸ El proyecto de mayo de 2009, sin embargo, no hace referencia al período de tiempo dentro del cual debe hacerse una notificación.

¹⁹ Condiciones sustanciales también exigidas por el Proyecto *Terré*. En el memorándum explicativo del proyecto *Terré*, c. D. Fenouillet, "La excepción del incumplimiento", en "Pour une réforme du droit des contrats", Dalloz, 2008, p. 275.

²⁰ Por otro lado, debe excluirse la resolución por riesgo de incumplimiento, el borrador de 2013 no lo previó, v. infra.

²¹ V. la proposición hecha por Th. Genicon que evoca a "razones justas", el Artículo 160-1 revisado del proyecto de julio de 2008: "La ejecución también puede igualmente ser rechazada mientras el acreedor tenga razones justas para temer que el deudor no ejecutará (párrafo 2). Esta denegación debe cesar tan pronto como el deudor brinde garantías suficientes de ejecución, como la provisión de una seguridad." Th. Génicon, Observations, in J. Ghestin (dir.), Observations sur le projet de réforme du droit des contrats, n° spécial, LPA, 12 févr. 2009, spéc. p. 81 et s.

agregar en el texto que, si la contraparte proporciona garantías suficientes de un buen desempeño, la suspensión finaliza.

Art. 1219: Una parte puede negarse a cumplir con su obligación, aun cuando esta sea exigible, si la otra parte no cumple la suya, **incluso parcialmente**, y si tal incumplimiento es lo suficientemente grave. La excepción de contrato no cumplido debe implementarse en la medida que se encuentre justificada por el incumplimiento.

Art. 1220: Una parte puede suspender la ejecución de su prestación cuando sepa con certeza que su co-contratante no ejecutará en la fecha estipulada y que las consecuencias de este incumplimiento son lo suficientemente graves para él. La suspensión cesa cuando la otra parte proporciona garantías suficientes de desempeño de su obligación. Esta suspensión debe ser notificada tan pronto como sea posible. La notificación debe incluir los motivos legítimos para dar lugar a la suspensión que, en caso de disputa, deben ser establecidos por la persona que la originó.

III - La ejecución forzada en especie (Artículo 1221 y 1222 del proyecto)

10. "El costo manifiestamente irracional". El proyecto de la ordenanza dedica una subsección 2 a "la ejecución forzada en especie". Se podría sugerir al legislador que elimine el término "en especie" porque parece redundante con la ejecución forzada y podría llegar a sugerir que existe una ejecución por equivalencia. Los daños e intereses no pueden ser analizados como un cumplimiento por equivalencia. La ejecución forzada es doblemente alentada. En primer lugar, puede ser solicitada por el acreedor a su deudor. De conformidad con el artículo 1221, "el acreedor de una obligación puede, luego de un aviso formal, continuar la ejecución en especie a menos que tal ejecución sea imposible o el costo sea manifiestamente irrazonable". Cabe señalar que no se establece ninguna distinción entre las obligaciones en cuestión, lo que deja entrever una aplicación de límites a las obligaciones de no hacer²². Esta ejecución forzada en especie ahora se incluye formalmente en el Código Civil²³. La consagración formal de este principio debe ser aprobada. El artículo L. 111-1 del *Code de procédure*

²² Sobre estas preguntas a propósito del proyecto de 2008, P. Stoffel-Munck, op. cit., spec. n° 9.

²³ Mismo principio que en el proyecto Terré (art. 104) y en el proyecto Catala (art. 1152, párrafo 3; 1154, párrafo 1 ; 1154-1 et 1155, párrafo 3). Dentro del mismo espíritu, v. PDEC (art. 9.102), los principios del Unidroit (art. 7.2.2), y el DCFR (art. III - 3:302).

civile d'exécution (Código de Procedimiento de Ejecución Civil) ya dispone que "cualquier acreedor puede, en las condiciones previstas por la ley, obligar a su deudor moroso a cumplir sus obligaciones hacia él". En cuanto a la *Cour de Cassation*, ésta ha declarado en repetidas ocasiones que la ejecución forzosa en especie es un derecho, a menos que sea imposible²⁴. El proyecto de la ordenanza refuerza la posición adoptada en el párrafo 2 del artículo 1124 sobre la promesa unilateral de venta²⁵. La ejecución forzada en especie es un principio general que puede vincularse con el principio de la fuerza obligatoria de los contratos²⁶ y debería haber merecido la inclusión de las disposiciones preliminares en el área de la libertad de contrato (Artículo 1102) y la buena fe (Artículo 1103).

De la misma manera en que se ha establecido por la jurisprudencia, la ejecución forzada es excluida en caso de imposibilidad. Esto último se refiere a la imposibilidad jurídica, cuando la entrega de la propiedad no puede ser objeto de reivindicación de manos de un tercero (por ejemplo, Código Civil artículo 2276), imposibilidad material si la propiedad ha sido destruida, o la imposibilidad moral en caso de que la ejecución forzada en especie infringiera una libertad considerada esencial. Lo novedoso en el proyecto de reforma es haber agregado un dato económico, poco acorde con la tradición francesa: el "costo manifiestamente irrazonable"²⁷. En este caso, el acreedor tendrá que conformarse con daños simples y sus intereses²⁸. Esta referencia al "costo manifiestamente irrazonable" debería eliminarse. Además de ser términos demasiados apegados al sistema de *Common law*,²⁹ esta noción aparece como inútil, inoportuna e inconsistente. Inútil porque la noción de imposibilidad de ejecución es suficiente. Al pretender distinguir las dos, se abre una caja de Pandora para el acreedor que desea no respetar sus obligaciones. Pero por sobre todo, nada impide que el juez, aunque de momento no sea favorable, integre con moderación este costo manifiestamente irrazonable en la imposibilidad. Habría entonces una imposibilidad moral, legal,

²⁴ Cass. 1^{re} civ., 16 janv. 2007, n° 06-12207 : Bull. civ. I, n° 23.

²⁵ Cass 3^e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10199 : RTD civ. 1994, p. 584, obs. J. Mestre – Cass. 3^e civ., 11 mai 2011, n° 10-12875 : G. Rouzet, rapport sur cet arrêt, JCP N 2011, 1163; D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud; *ibid.* p. 1460, note D. Mainguy; RTD civ. 2011, p. 532, obs. B. Fages. – Cass. 3^e civ., 12 juin 2013, n° 12-19105.

²⁶ *Contra*, Y.-M. Laithier, «La prétendue primauté de l'exécution en nature» : RDC 2005, p. 161.

²⁷ A la jurisprudencia no le parece razonable, Cass. 3e civ., 11 mayo 2005, n° 03-21136 : Bull. civ. III, n° 103 ; RDC 2006, p. 323, obs. D. Mazeaud. Aunque en este caso se trata de una casa en una subdivisión, la diferencia de altura de la casa podría justificar la destrucción y la reconstrucción.

²⁸ V. P. Rémy-Corlay, « La ejecución en especie », *op. cit.*, p. 277 et s. L'article 162 del proyecto de 2008 también establece el principio de la ejecución obligatoria en especie y también considera, además de la imposibilidad, el caso del "(...) costo manifiestamente irrazonable. ». En el mismo sentido, el artículo 137 del proyecto de mayo de 2009.

²⁹ Para una crítica, D. Mazeaud, « Réforme du droit des contrats » (F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*), RDC 2009, p. 471 et s.

material y económica. El concepto es inoportuno porque, por un lado, será una fuente de litigio y, por otro lado, socava la fuerza vinculante del contrato. La ejecución forzosa en especie es un arma temible para inducir al co-contratante a respetar sus compromisos. Esta excepción envía un mensaje peligroso a los acreedores que podrían verse tentados a no cumplir adecuadamente con sus obligaciones para luego excusarse con que existe un costo manifiestamente irrazonable en la ejecución forzada, especialmente en el sector de la construcción de bienes raíces. El principio es finalmente incoherente porque viene a invertir el principio y la excepción. La ejecución forzada en especie es problemática solo en los casos en que hay un costo evidentemente irrazonable. Cuando la ejecución forzada es poco costosa, a menudo el acreedor la ejecuta sin necesidad de ser demandado. El tema se debate cuando la ejecución forzada tiene un gran impacto. Entonces, si admitimos que, en los casos en que el costo de la ejecución es manifiestamente irrazonable, solo se otorgan daños e intereses, revertimos el principio y la excepción: solo en caso de un costo no manifiestamente irrazonable, la ejecución forzada en especie será posible. Cabe añadir que, es poco coherente rechazar la liberación de un deudor que tiene dificultades para cumplir con su obligación dado a circunstancias económicas imprevistas, siendo que al mismo tiempo se autoriza a la persona a quien el incumplimiento le es imputable, a ser liberado pagando sólo meros daños e intereses. En realidad, esta disposición debiese probablemente permanecer limitada en el espíritu de los autores del proyecto de la ordenanza, en concordancia con la lucha contra las demandas abusivas³⁰. En este caso, sería necesario utilizar el término abuso o dejarlo en manos del juez que aplicará la teoría general del abuso sin tener que referirse a él en la sección referida al derecho de las obligaciones.

11. La facultad de reemplazo. Otra novedad es que el acreedor puede hacer cumplir el contrato por un tercero. Lo que se llama una facultad de reemplazo aparentemente no es nada original (Código Civil, Arts. 1143 y 1144)³¹. Ciertamente es que, en principio, el procedimiento no es nuevo. Por otro lado, las condiciones de implementación son considerablemente aliviadas debido a que ya no se requiere la autorización previa del juez. El artículo 1222 establece que "luego de una notificación formal, el acreedor también puede, dentro de un plazo y a un costo razonable, hacer ejecutar la obligación él mismo o destruir lo que se ha hecho en violación de la misma. El acreedor puede exigir el reembolso al deudor. También puede solicitar al juez que el deudor realice un avance de las sumas necesarias

³⁰ En este sentido, v. D. Mazeaud, « Rapport de synthèse » : RDC 2009, p. 397, spéc. n° 34. Adde, G. Viney, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in *La sanction de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 166 et s., spéc. n° 17.

³¹ V. PDEC, art. 9.506 ; principios Unidroit, 7.4.5 et DCFR, III-3:706.

para tal ejecución o destrucción". Este unilateralismo alejado del juez, guiado por el imperativo de la eficiencia económica, es una nueva arma a disposición del acreedor y expone al deudor, como cualquier instrumento unilateral, a ciertos abusos. Se debe tener cuidado de no sacrificar los intereses legítimos del deudor ante el altar de la eficiencia económica del acreedor. Esto es especialmente cierto cuando, prescindiendo de la intervención del juez, el acreedor puede incluso unilateralmente destruir lo que se ha construido. La intervención preliminar del juez, anteriormente referida, debería ser suficiente para preservar los derechos del acreedor. Esta nueva conquista del unilateralismo es tal vez innecesaria. El intento de justificar esta facultad de reemplazo mediante notificación formal, por la incoherencia que significaría requerir una intervención preliminar del juez cuando la resolución se puede hacer mediante notificación, no resuelve el asunto³². De hecho, mientras que la resolución pone fin a la relación contractual, efecto negativo, la facultad de reemplazo tiene un efecto positivo, el cumplimiento de la obligación por parte de terceros o la destrucción de lo que se ha construido con el aporte financiero de la parte incumplidora. Entonces podemos preferir el borrador de mayo de 2009, que en su artículo 139 establece que "el acreedor puede ser autorizado por el juez para hacer cumplir la obligación él mismo o destruir lo que fue hecho en contravención a ésta, a costa del deudor. Este puede ser condenado a adelantar las sumas requeridas para tal ejecución".

12. La reparación en especie: ¿olvido o elección deliberada? El proyecto, en definitiva, guarda silencio sobre la noción de reparación en especie, que no debe confundirse con la de ejecución en especie³³. Consiste para el juez en condenar al deudor de una obligación de hacer o no hacer "en caso de incumplimiento o de ejecución defectuosa a realizar una prestación distinta de aquella que se habría comprometido a realizar, ya que ésta, la prestación de reemplazo permite compensar, al menos parcialmente, la pérdida causada por el incumplimiento"³⁴. La jurisprudencia lo ha aplicado varias veces³⁵. En general, la restauración, la restitución, la rehabilitación, la publicidad dada a una sentencia condenatoria, la condena a renovar o a concluir un contrato es una forma de reparación en especie. La única condición, si el juez opta por esta compensación en especie en detrimento de la

³² Sobre este argumento, P. Rémy-Cordlay, *L'exécution en nature*, op. cit., spéc. p. 278. Adde, P. Stoffel-Munck, op. cit., n° 12. Comp. P. Grosser, *Les remèdes à l'inexécution du contrat*, Thèse dactyl. Paris I, 2000, n° 228 et s., quien ve en la facultad de reemplazo una forma de terminación.

³³ El PDEC no se refiere a él y los principios de Unidroit parecen hacerlo una modalidad simple de ejecución, que no lo es.

³⁴ G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2010, 3^e éd., n° 26, p. 84.

³⁵ V. Cass. 3^e civ., 25 janv. 2006, n° 04-18672 : Bull. civ. III, n° 20 (bail) – Cass. 3^e civ., 28 févr. 1969 : Bull. civ. III, n° 182.

indemnización en forma de daños e intereses,³⁶ es que garantiza un remedio adecuado³⁷. La redacción de tal recurso debería incluirse en el Artículo 1217. Después del Artículo 1222, el Artículo 1222-1 podría redactarse de la siguiente manera:

Art. 1222-1: "A menos que el legislador disponga lo contrario, el acreedor puede solicitar al tribunal una reparación en especie, siempre que permita un remedio adecuado. El acreedor no puede obtener la reparación en especie, si ella es imposible".

El artículo 1217 también debe modificarse:

Art. 1217: "La parte respecto a la cual la prestación no se ha ejecutado o se ha ejecutado imperfectamente, puede:

- *suspender el cumplimiento de su propia obligación;*
- *perseguir el cumplimiento forzado de la obligación;*
- *solicitar la reducción de precio;*
- *provocar la resolución del contrato;*
- *buscar compensación, en especie o en forma de daños y perjuicios, por las consecuencias del incumplimiento."*

IV - La reducción del precio (Artículo 1223 del proyecto)

13. El acreedor también puede tener interés en mantener un contrato, aunque el servicio prestado o la cosa entregada no sea exactamente la acordada. En esta hipótesis, el proyecto de la ordenanza es muy innovador al otorgar al acreedor la posibilidad de renunciar a la resolución del contrato solicitando una reducción del precio. El artículo 1223 establece que "el acreedor puede aceptar una ejecución imperfecta del contrato y reducir proporcionalmente el precio"³⁸. El párrafo 2 agrega que "si aún no ha pagado, el acreedor notificará su decisión lo antes posible al deudor". Uno se pregunta cuál es la consecuencia si el pago ya se ha realizado y si puede obtener un reembolso. Esta disposición

³⁶ Poder soberano de los jueces del fondo, Cass. 2^e civ., 29 juin 1961 : Bull. civ. II, n° 285 – Cass. com., 3 nov. 2009, n° 08-88178.

³⁷ Sobre esta noción, P. Jourdain et G. Viney, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, n° 40 et s.

³⁸ Solo este primer párrafo está incluido en el proyecto de mayo de 2009 (art. 140).

es bastante similar al artículo 107 del proyecto *Terré*, que responde por su parte a esta pregunta añadiendo que el acreedor que ya ha pagado puede "obtener el reembolso del excedente". Esta disposición está en línea con los proyectos europeos. Tomemos como ejemplo el proyecto de reglamento sobre una ley común europea de ventas que establece en el artículo 120 que "el comprador que acepta la ejecución de una obligación que no cumple con el contrato puede reducir el precio". La revisión no es una reparación³⁹. Es un instrumento que restablece el equilibrio roto y permite que el contrato se ejecute parcialmente a pesar del incumplimiento parcial de la parte contratante. Esto explica que esta reducción podría coexistir con daños e intereses que reparen el perjuicio causado, hipótesis expresamente mencionada por el proyecto *Terré*⁴⁰, mientras que el proyecto de la reforma permanece en silencio, sin gran incidencia a decir verdad porque el principio está implícito. Finalmente, mientras que el artículo 1217 introductorio establece, ambiguamente, que la reducción del precio puede ser "solicitada", el Artículo 1223 se refiere a la aceptación del acreedor y la reducción proporcional del precio. Sería útil aclarar si esta solicitud debe hacerse al juez. ¿Puede imponerse al deudor o es necesariamente el resultado del acuerdo de las partes?

Art. 1223: "*El acreedor puede, sin intervención del juez, aceptar una ejecución imperfecta del contrato y reducir proporcionalmente el precio, sin perjuicio de una eventual indemnización de daños y perjuicios a título de compensación (párrafo 1).*

Si aún no ha pagado, el acreedor notificará su decisión lo antes posible. Si ya ha pagado, puede obtener un reembolso del excedente (párrafo 2)."

V - La resolución judicial: mediante la implementación de una cláusula resolutoria o mediante notificación (artículos 1224 a 1230 del proyecto)

14. La subsección 4, titulada "La resolución", comienza con un artículo introductorio, el 1224, que establece que "la resolución resulta ya sea de la aplicación de una cláusula resolutoria, en el caso de un incumplimiento suficientemente grave, de la notificación del acreedor al deudor o de una decisión

³⁹ En este sentido, P. Grosser, *Les remèdes à l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 388 et s. ; P. Jourdain, « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », in *Mélanges P. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 449.

⁴⁰ P. Stoffel-Munck destaca la incómoda redacción del proyecto *Terré*, que se refiere a "otro perjuicio" que implica que la reducción es una forma de reparación: P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, note 42.

judicial ". Regresemos al orden propuesto por el proyecto de la ordenanza.

A - La cláusula resolutoria.

15. Condena de las "cláusulas resolutorias escobas". El artículo 1225 párrafo 1 del proyecto establece que "la cláusula resolutoria determina los compromisos cuyo incumplimiento dará como resultado la resolución del contrato". La cláusula resolutoria hizo su entrada en el Código Civil. Inventada por la práctica, permite al acreedor escapar al poder de apreciación conferido al juez por el artículo 1184 del Código Civil en materia de resolución judicial⁴¹. Se trata de una cláusula resolutoria de pleno derecho⁴². Esta cláusula, que debe estipularse expresamente, permite al acreedor extinguir el contrato en caso de que el deudor no cumpla con sus obligaciones, sin que el juez pueda oponerse a ello⁴³. El juez solo puede intervenir si se impugna el hecho material de la falta de ejecución⁴⁴. El proyecto exige la "designación" de compromisos que pueden dar como resultado la resolución en caso de incumplimiento. ¿Esto significa que las cláusulas resolutorias redactadas en términos generales, "cláusulas resolutorias escobas", y que prevén la aplicación en todos los casos de incumplimiento están prohibidas? Esto es improbable, sobre todo porque el legislador, si hubiese querido, habría utilizado el adverbio "precisamente" ("determinar precisamente los compromisos"). Sin embargo, la fórmula debería corregirse para eliminar cualquier incertidumbre⁴⁵.

16. Condiciones de implementación: en cuanto a las condiciones para la implementación de la cláusula resolutoria, el párrafo 2 del Artículo 1225 establece que "La resolución está sujeta a una constitución en mora infructuosa, si no se ha convenido que resultaría del solo hecho de la falta de cumplimiento. La constitución en mora menciona de manera aparente la cláusula resolutoria". La jurisprudencia se inclina en este sentido. La renuncia a la constitución en mora formal debe estar expresamente prevista. No se hace referencia a la necesidad de una implementación de buena fe,

⁴¹ P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2014, 13^e éd., n^{os} 517 et s.

⁴² J. Borricand, « La clause résolutoire dans les contrats » : RTD civ. 1957, p. 433 ; J. Viatte, « La clause de résiliation de plein droit dans les baux commerciaux » : Gaz. Pal. 1981, 1, p. 314 ; C. Paulin, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996 ; J.-A. Robert et Q. Charluteau, « Utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires » : RLDC 2010, p. 7.

⁴³ Para un ejemplo reciente, Cass. 1^{re} civ., 25 sept. 2013, n^o 12-13747 : RTD civ. 2013, p. 880, obs. M. Grimaldi.

⁴⁴ F. Osman, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause de résolution de plein droit » : Defrénois 30 janv. 1993, p. 65, n^o 35433.

⁴⁵ Sobre este debate que ya tuvo lugar en el proyecto Catala, v. Medef, *Observations sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, juin 2006, p. 22, quien considera posible redactar una cláusula general referente a cualquier incumplimiento.

pero el principio está implícito y aparece en el Artículo 1103 del proyecto. Finalmente, el tercer y último párrafo establece que "la resolución entra en vigor mediante la notificación hecha al deudor y a la fecha de su recepción". Esta disposición no ha cambiado realmente desde el comienzo del proceso de reforma porque es la réplica exacta del artículo 167 del proyecto de julio de 2008, el artículo 1159 del proyecto *Catala* y el artículo 112 del proyecto *Terré*⁴⁶. Es lamentable que el procedimiento para aplicar la cláusula resolutoria no sea más preciso. Habría sido concebible obligar al acreedor, con el fin de equilibrar los intereses y a cambio del poder así otorgado, a declarar formalmente en la constitución en mora los motivos de la aplicación de la cláusula y especificar un período de tiempo en que el deudor todavía debe poder ejecutar⁴⁷. Esta transparencia reduce el riesgo de abusos y la demora preserva los contratos que aún pueden ser económicamente viables. Hacer referencia a este período de tiempo razonable sería congruente con el último párrafo del Artículo 1225, que establece que la resolución no entrará en vigor sino el día de la recepción de la notificación.

17. Combinación de la cláusula resolutoria y otros modos de interrupción. La jurisprudencia de hoy duda sobre la posibilidad de combinar la cláusula resolutoria y los otros modos de resolución (judicial y mediante notificación). Si bien la jurisprudencia admite consistentemente que la existencia de una cláusula resolutoria no impide una solicitud de resolución judicial⁴⁸, la situación de acumulación entre una cláusula resolutoria y una resolución unilateral sin intervención del juez es diferente. Si la Cámara de Comercio admite un derecho de opción, este está prohibido por la tercera Cámara Civil⁴⁹. El proyecto de la reforma no debería resolver el problema porque el artículo 1217, párrafo 2, establece que "los remedios que no son incompatibles entre sí, pueden acumularse; los daños e intereses se pueden agregar a todos los demás remedios". ¿Qué se entiende entonces por "incompatibilidad"? Le corresponde al juez decir si la implementación de una resolución unilateral sin intervención del juez es "compatible" con una cláusula resolutoria que impone el cumplimiento de ciertos términos y en ocasiones prevé una indemnización un tanto alzada.

Art. 1225: "La implementación de una cláusula resolutoria implica la resolución del contrato en caso de incumplimiento de los compromisos contraídos".

⁴⁶ Una pequeña diferencia con el borrador de mayo de 2009 que, en su artículo 142, no se refiere al efecto de la resolución.

⁴⁷ A falta de una constitución en mora, sería apropiado que este razonamiento se mencionara en la notificación.

⁴⁸ Cass. 3^e civ., 4 mai 1994, n° 92-11196 : JCP G 1995, II, 22380, note B. Boccara.

⁴⁹ Cass. com., 1^{er} oct. 2013, n° 12-20830. *Contra*, Cass. 3^e civ., 9 oct. 2013, n° 12-23379.

"La resolución está sujeta a una constitución en mora formal e infructuosa, dejando al deudor un plazo prudente para ejecutar su obligación, siempre y cuando no se haya acordado expresamente que la resolución sería el resultado del solo hecho del incumplimiento. La constitución en mora menciona claramente la cláusula resolutoria **y los motivos de su implementación. En ausencia de una constitución en mora, los motivos deben aparecer en el acta de notificación.**"

"La resolución produce efectos por la notificación hecha al deudor y a la fecha de su recepción."

B - La resolución unilateral por notificación.

18. El desarrollo de los remedios unilaterales. Los remedios unilaterales son signo de un resurgimiento de la justicia privada en el contrato⁵⁰. Uno de los remedios más esperados en el proyecto de la ordenanza es el poder otorgado a el acreedor para rescindir unilateralmente el contrato⁵¹. Sin embargo, la resolución unilateral anticipada fue convenientemente abandonada⁵² porque los efectos son más radicales que una simple suspensión del contrato y, sobre todo, porque esta terminación anticipada habría planteado ciertos problemas prácticos, particularmente en el contexto de procedimientos colectivos. El principio de resolución unilateral sin intervención del juez está consagrado en el artículo 1226 como "resolución mediante notificación"⁵³. Según el párrafo 1 "El acreedor puede, bajo su propio riesgo y peligro, rescindir el contrato mediante notificación". La resolución por notificación ahora coexiste con la resolución judicial⁵⁴, la contraparte del contrato

⁵⁰ M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat. Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Economica, 2013.

⁵¹ Esta resolución por notificación ya existía en la legislación europea, art. 9:301 de los PDEC, artículo 114 del Código de Gandolfi, así como dentro de los principios de Unidroit (artículo 7.3.1) y los principios contractuales comunes AHC-SLC (artículo 10: 303).

⁵² El proyecto de julio de 2008 lo preveía (artículo 169) de la misma manera que el proyecto Terré (artículo 111). Inspirado por los textos internacionales (Artículo 7.3.3 de los Principios de Unidroit, Artículo 72 de la Convención de Viena), esta nueva infracción habría sido una amenaza para la otra parte contratante y tuvo que ser abandonada. El contrato es una apuesta sobre el futuro, no una apuesta sobre la inacción de un co-contratante. El riesgo de incumplimiento puede justificar la suspensión de un contrato (excepción para el riesgo de incumplimiento permitido por el proyecto de 2013), pero no puede justificar la terminación del contrato en sí mismo. La resolución por incumplimiento anticipado está consagrada en el proyecto de reglamento sobre una ley común de ventas europea, art. 116.

⁵³ Esta resolución por notificación ya existía en la legislación europea, art. 9: 301 de los PDEC, artículo 114 del Código de Gandolfi, así como en los principios de Unidroit (artículo 7.3.1) y los principios contractuales comunes AHC-SLC (artículo 10: 303).

⁵⁴ Este no es el caso, por ejemplo, en el proyecto de reglamento sobre la ley común europea de ventas, art. 118. Además, el borrador de 2013 separa la resolución de la condición, para integrarla definitivamente en el área de incumplimiento.

tiene una opción⁵⁵. La *Cour de Cassation* ya lo había consagrado como un principio que compite con la resolución judicial⁵⁶. En cuanto a saber si el contrato injustamente resuelto todavía existe o éste ha terminado, los términos ambiguos del proyecto dejan una duda⁵⁷.

19. Los peligros de la resolución unilateral sin intervención del juez. Uno no puede evitar pensar que el recurso a posteriori ante tribunales es insuficiente y la consagración de un principio de resolución sin intervención del juez es particularmente peligroso. Si por ley el deudor puede recurrir ante juez, ¿Cuál es la situación real?⁵⁸ ¿Tiene los medios financieros e intelectuales para iniciar un juicio cuando el contrato que podría ser su principal fuente de ingresos se ha roto? El restablecimiento del contrato no siempre es posible y por esto que ¿no estaríamos admitiendo que una parte pueda retractarse con el simple pago de una indemnización? ¡Estaríamos orientándonos entonces más hacia un derecho de remedios inspirado por la racionalidad económica y menos apegado al respeto por los compromisos adquiridos⁵⁹! Es por esto que, esta facultad de resolver el contrato de duración determinada sin recurrir al juez debe ser contrarrestada por un procedimiento reglado, estableciendo modalidades que permitan la comprensión, o incluso la aceptabilidad del incumplimiento por la parte co-contratante, pero que, por sobre todo, faciliten el control de legitimidad realizado con posterioridad por el juez.

20. Motivación y notificación en el proyecto de la reforma. La ley positiva ha contribuido poco a encuadrar el principio de resolución unilateral sin intervención del juez. Sin embargo, las propuestas doctrinales no fallaron, alentando principalmente la introducción de un período de notificación y la obligación de fundamentación⁶⁰. El proyecto de la ordenanza es por su parte, más ambicioso. Los

⁵⁵ V. P. Stoffel-Munck, « Exécution et inexécution du contrat » : RDC 2009, p. 333, spéc. n° 22, qui préfère le terme de « partie » à celui de « créancier ».

⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, n° 96-21485 : Defrénois 30 mars 1999, p. 374, obs. D. Mazeaud ; D. 1999, p. 197, note C. Jamin et p. 115, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 1999, p. 374, obs. J. Mestre – Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2001, n° 99-15170 : Defrénois 15 juin 2001, p. 705, obs. E. Savaux ; D. 2001, p. 1568, note C. Jamin et p. 3239, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2001, p. 363, obs. J. Mestre et B. Fages. Pour une étude d'ensemble, S. Amrani-Mekki, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée » : LPA 12 août 2002, n° 160, p. 8-17 ; LPA 13 août 2002, n° 161, p. 4.

⁵⁷ Si el primer párrafo del Artículo 1226 especifica que el contratante puede "resolver el contrato", el párrafo 4 agrega que la resolución puede ser impugnada. Esta última fórmula sugiere que, en caso de una interrupción injustificada, el contrato nunca se ha roto al no cumplir con las condiciones.

⁵⁸ J. Rochfeld, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat: la subjectivisation du droit de l'exécution » : RDC 2006 p. 113 et s.

⁵⁹ P. Stoffel-Munck, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale » : Dr. et patr., n° 126, mai 2004, p.70 et s.

⁶⁰ A favor de este marco, M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *in Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 301 ; S. Amrani-Mekki, « La résiliation unilatérale des contrats à

diferentes párrafos establecen las condiciones para su implementación. "Primero debe notificar al deudor moroso para que cumpla con su obligación dentro de un plazo razonable" (párrafo 161). El párrafo 2 agrega que "la constitución en mora deja en claro que, si el deudor no cumple con su obligación, el acreedor tendrá derecho a resolver el contrato". Este aviso formal entrega al deudor una última oportunidad. El acreedor debe poder estar liberado de cumplir si resulta que el deudor por su parte ya no puede "cumplir con su obligación", incluso si este punto está implícito⁶². La mayor innovación es introducir una obligación de fundamentación que hasta ahora habría faltado en la jurisprudencia. Esto se hace en el párrafo 3, que establece que "cuando la infracción persista, el acreedor notificará al deudor la resolución del contrato y las razones que la justifican"⁶³. También se debiese aprobar el último párrafo, que afecta las reglas sobre la carga de la prueba y, por lo tanto, da un significado completo a la fórmula "en riesgo" utilizada en la jurisprudencia. El cuarto y último párrafo establece que "el deudor puede en cualquier momento recurrir ante el juez para impugnar la resolución. El acreedor debe demostrar la seriedad del incumplimiento". El acreedor entonces asume la carga de la prueba. Tal imputación de la carga de la prueba no se incluyó en el proyecto *Catala*⁶⁴. Habría sido además pertinente ser menos ahorrativo en relación a la intervención ex post del juez⁶⁵. El proyecto de la ordenanza no llegó a especificar, como en el proyecto de julio de 2008 (artículo 168, párrafo 3), la posibilidad de que el deudor suspenda los efectos de la constitución en mora recurriendo al juez. Sin embargo, los textos del Código de Procedimiento Civil son suficientes para encontrar tal posibilidad. En cuanto a la intervención del juez del fondo, que podría restablecer un contrato anulado unilateralmente, nada impide que el juez lo haga una vez que se hayan respetado las condiciones sustantivas y formales. No hay nada impactante en contrarrestar los poderes unilaterales de una parte recurriendo a un juez que puede restablecer un contrato injustamente

durée déterminée » : Defrénois 30 mars 2003, p. 383 ; D. Mazeaud, « Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! » : D. 2010, p. 2178.

⁶¹ Este aviso previo no existe en los PDEC ni en los principios contractuales comunes AHC-SLC o en los principios Unidroit.

⁶² La hipótesis de urgencia o constitución en mora innecesario está expresamente prevista en el proyecto *Terré*, artículo 110, párrafo 2, v. C. Aubert de Vincelles, "La resolución del contrato por incumplimiento", en Por una reforma del derecho contractual, Dalloz, 2008, p. 280 et seq.

⁶³ El proyecto *Terré* no requiere tal motivación, la exposición de motivos explica que el riesgo de que la carga de la prueba recaiga sobre el acreedor es suficiente, C. Aubert de Vincelles, *op. cit.*, n° 6. Los principios contractuales comunes requieren indicar en la notificación "la causa y el alcance de la resolución del contrato" so pena de ineficacia, (art. 10:303 (3)).

⁶⁴ C. civ., art. 1158, proyecto *Catala*. No se encuentra nada sobre la prueba en el borrador de julio de 2008 ni en el borrador de mayo de 2009.

⁶⁵ El proyecto *Terré* prevé en el artículo 110, párrafo 3: "El deudor puede, en cualquier momento, impugnar la resolución, si la hay, en procedimientos sumarios. El acreedor debe demostrar la seriedad del incumplimiento. El juez puede, según las circunstancias, declarar la resolución, decidir su fecha si es necesario u ordenar la ejecución del contrato. Todo sin perjuicio de la indemnización por daños."

anulado, siempre que esto siga siendo posible⁶⁶. La restauración, incluso temporal, también es a veces útil como lo revelan algunos casos famosos⁶⁷.

C - La resolución judicial.

21. Mantenimiento de la resolución judicial en el proyecto de la ordenanza. La resolución judicial ahora está separada de la condición resolutoria. El proyecto de la ordenanza no pretende sustituir la resolución por notificación a la resolución judicial sino que, por el contrario, pretende superponerlos otorgando a los acreedores remedios a la carta. Los proyectos o códigos europeos han abolido pura y simplemente la resolución judicial para dejar solo la resolución mediante notificación. La única excepción son los principios contractuales comunes de AHC-SLC (artículo 10: 306). El proyecto de la ordenanza decidió mantener la institución de la resolución judicial⁶⁸, teniendo la parte del contrato una opción⁶⁹. El artículo 1227 especifica en este sentido que "la resolución siempre puede buscarse ante un tribunal". Este adverbio "siempre" puede dar lugar a controversia. De hecho, ¿se debe entender que este término significa que en el futuro las cláusulas de renuncia anticipada a la resolución judicial estarían prohibidas⁷⁰? A modo de comparación, el proyecto *Terré* preveía un artículo 102 mediante el cual se autorizaba a las partes a "limitar o excluir los recursos ofrecidos al acreedor en caso de incumplimiento". Tal disposición falta en el proyecto de la ordenanza. Una aclaración sobre este punto sería bienvenida.

Art. 1227: "La resolución siempre puede buscarse ante el tribunal. Cualquier cláusula de renuncia anticipada a la resolución judicial debe ser precisa e inequívoca. "

⁶⁶ Para una apreciación crítica, v. P. Stoffel-Munck, « Exécution et inexécution du contrat » : *op. cit.*, spéc. n° 26. Misma crítica en el informe del CCIP sobre el proyecto preliminar Catala.

⁶⁷ Cass. 1^{er} civ., 7 nov. 2000, n° 99-18576 : D. 2001, p. 1137, obs. D. Mazeaud.

⁶⁸ Este no es el caso. Por ejemplo, en el proyecto de reglamento sobre la ley común europea de ventas, art. 118. Además, el anteproyecto de 23 de octubre de 2013 desprende la resolución de la condición, para integrarla definitivamente en el área de incumplimiento como en el proyecto de la ordenanza.

⁶⁹ P. Stoffel-Munck, « Exécution et inexécution du contrat » : *op. cit.*, p. 333, spéc. n° 22, quien prefiere el concepto de parte al de acreedor.

⁷⁰ Cass. 3^e civ., 3 nov. 2011, n° 10-26203 : Bull. civ. III, n° 178 que validó el principio.

22. Además, sería útil para el proyecto de la ordenanza recordar en qué medida el acreedor podría ejercer su opción entre la resolución judicial y otros recursos. La jurisprudencia no logra claridad en este punto. Algunas decisiones de la *Cour de Cassation* parecen excluir cualquier opción entre la resolución judicial y la ejecución forzada durante el juicio. La misma precisión debe hacerse con respecto a la resolución mediante notificación.

Art. 1227-1: "Cuando el acreedor haya elegido una resolución judicial, puede, durante el curso del procedimiento, en primera instancia o en apelación, cambiar su fundamento y solicitar la ejecución o solicitar daños y perjuicios. Tal opción se excluye cuando la resolución se ha producido por vía de notificación, salvo por acuerdo mutuo entre las partes."

23. Los efectos de la resolución. Más allá del principio mismo de la resolución, son los efectos los que crean dificultades en la etapa en que el juez juega un papel importante. Según la *Cour de Cassation*, "cuando un contrato sinalagmático se resuelve por incumplimiento por una de las partes de su obligación, las cosas deben volver a ponerse en el mismo estado que si las obligaciones derivadas del contrato nunca hubiesen existido"⁷¹. El juez tiene el poder de modular los efectos de la resolución a tiempo. En los contratos ejecutados sucesivamente, la resolución solo se produce retroactivamente al día del incumplimiento⁷², a menos que el incumplimiento o la mala ejecución existieran desde el principio, y se destruye por tanto todo el contrato⁷³. El proyecto de la ordenanza establece en su artículo 1229, párrafo 3, que la resolución, sin distinción⁷⁴, "requiere la devolución de beneficios intercambiados cuando su desempeño no ha sido conforme con las obligaciones respectivas de las partes o cuando la economía del contrato lo ordene". La fórmula merece ser aclarada. ¿Debería la fórmula sugerir que nunca se devolverán las prestaciones mutuas? Por último, debe señalarse que la

⁷¹ Cass. 3^e civ., 29 janv. 2003, n° 01-03185 : JCP G 2003, II, 10116, obs. Y.-M. Serinet.

⁷² Cass. 3^e civ., 1^{er} oct. 2008, n° 07-15338: Defrénois 30 déc. 2008, p. 2499, n° 38874, obs. R. Libchaber ; RDC 2009, p. 70, obs. T. Génicon ; RDC 2009, p. 168, obs. J.-B. Seube.

⁷³ Cass. 3^e civ., 30 avr. 2003, n° 01-14890 : Bull. civ. III, n° 87 : «Atendido que si, en un contrato sinalagmático de ejecución sucesiva, la resolución judicial no opera para el momento en que el contrato fue ejecutado regularmente, la resolución judicial por falta de ejecución o ejecución imperfecta desde el origen implica la resolución retroactiva del contrato.»

⁷⁴ Esta regla también se aplica, aparentemente, a la resolución mediante notificación, mientras que su efecto retroactivo es el tema de animada discusión doctrinal, v. not. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^eéd. 2013, Dalloz, n° 660.

Cour de Cassation excluye toda indemnización por el goce⁷⁵, mientras que el proyecto de la ordenanza no excluye dicha compensación en su artículo 1353-2, párrafo 1: "Restitución de algo que no sea una suma de dinero incluye los frutos y la compensación del goce que le proporcionó". Dicha compensación del goce es peligrosa, ya que puede desalentar a las partes a solicitar la destrucción de un contrato y animar a la complicación de cuentas porque habrá que compensar el goce del bien para el comprador con el goce de una suma de dinero para el vendedor. ¿Es esto útil? La jurisprudencia tenía una posición más medida que sería inapropiado cuestionar. Si la pérdida de valor es indemnizada en caso de resolución por falta de conformidad⁷⁶ o en caso de nulidad⁷⁷, esta se excluye para el goce de la cosa tanto en caso de resolución por falta de conformidad⁷⁸ como en caso de nulidad⁷⁹. Tampoco se puede obtener una indemnización por los beneficios obtenidos⁸⁰. Esta distinción no siempre se respeta, como lo ilustra una sentencia emitida por la Primera Sala Civil el 19 de febrero de 2014⁸¹, que excluye toda indemnización por una fórmula general: "Después de haber pronunciado la resolución de la venta, es con toda razón que el Tribunal de Apelaciones, que no tuvo que llevar a cabo un registro ineficaz, mantuvo que el vendedor estaba obligado a devolver el precio que había recibido, sin ninguna reducción relacionada con el uso de la cosa vendida o desgaste resultante, lo que justifica legalmente su decisión sobre este tema". ¿El proyecto de ordenanza tiene interés en poner en duda este frágil equilibrio?

Art. 1353-2: "La restitución de cualquier cosa que no sea una suma de dinero incluye para la persona que está de mala fe, los frutos, y una indemnización en caso de pérdida del valor del bien. No se debe pagar ninguna compensación por el solo goce del bien. "

24. Supervivencia de las cláusulas contractuales y poder del juez. Cuando se trata de los efectos de la resolución, actualmente es la supervivencia de ciertas cláusulas contractuales lo que se debate⁸². Algunas cláusulas tienen una autonomía que les permite sobrevivir a la destrucción del contrato y

⁷⁵ Sobre la resolución retroactiva en general, Cass. com., 30 oct. 2007, n° 05-17882 : Bull. civ. IV, n° 231 ; JCP G 2007, IV, 3180 – Cass. 3^e civ., 19 déc. 2007, n° 07-12824 : RDC 2008, p. 255, obs. T. Génicon – Cass. 1^{re} civ., 19 févr. 2014, n° 12-19270 : D. 2014, p. 544 ; Contrats, conc. consom. 2014, comm. n° 112, obs. L. Leveneur.

⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2006, n° 03-16075 et 03-16307 : Bull. civ. I, n° 171 et 172.

⁷⁷ Interpretación *a contrario*, Cass. ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16302 : Bull. ch. mixte, n° 2.

⁷⁸ Cass. com., 30 oct. 2007, n° 05-17882 : Bull. civ. IV, n° 231 – Cass. 3^e civ., 19 déc. 2007, n° 07-12824.

⁷⁹ Cass. ch. mixte, 9 juill. 2004, préc.

⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 2014, n° 13-23903.

⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 19 févr. 2014, n° 12-15520 : RDC 2014, p. 358, note. E. Savaux

⁸² L. Bernheim-Vandecastell, « Survie de certaines clauses du contrat en cas de résolution pour inexécution. Brèves réflexions à la lumière de la jurisprudence récente » : LPA 15 févr. 2013, n° 34, p. 6.

producir algún tipo de efectos post-contractuales. Este es el caso de las cláusulas de solución de conflictos, las cláusulas de arbitraje⁸³ o las cláusulas atributivas de jurisdicción⁸⁴. Sobreviven también las cláusulas del contrato que crean obligaciones post-contractuales (cláusulas de confidencialidad, cláusula de no competencia, etc.)⁸⁵. En el mismo espíritu, las cláusulas que regulan las consecuencias del incumplimiento deben ser capaces de producir sus efectos⁸⁶. Lo mismo para las cláusulas penales que sancionan al deudor que no ha cumplido o cumplió mal con sus obligaciones⁸⁷. La efectividad de estas cláusulas, por lo tanto, depende enteramente de la apreciación del juez, ya que depende de él decir si el fundamento de la cláusula justifica que ésta produzca sus efectos a pesar de la destrucción del acto jurídico. La jurisprudencia no siempre es indiscutible. De hecho, puede sorprender que las sentencias más recientes se nieguen a que puedan producir sus efectos a aquellas cláusulas limitativas de responsabilidad⁸⁸ y a las cláusulas relacionadas con la rescisión del contrato⁸⁹. ¿No es una cláusula que organiza el incumplimiento del contrato? El proyecto de ordenanza prevé la supervivencia de ciertas cláusulas contractuales, pero no es seguro que incluya en sus previsiones las cláusulas que limitan la responsabilidad o cláusulas relativas a la rescisión del contrato. De hecho, el artículo 1230 establece que "la resolución no afecta a las cláusulas relativas a la solución de controversias, ni a las destinadas a producir efectos justamente en caso de resolución, como cláusulas de confidencialidad y de no competencia".

Podemos sugerir:

Art. 1230: "La resolución no afecta las cláusulas relativas a la solución de controversias, ni las destinadas a producir efectos justamente en caso de resolución, tales como las cláusulas de confidencialidad y no competencia, ni las destinadas a organizar los efectos del incumplimiento, como las cláusulas de exoneración de responsabilidad y las cláusulas relativas a la rescisión del contrato."

⁸³ Cass. com., 12 nov. 1968 : D. 1969, p. 238.

⁸⁴ Cass. 2^o civ., 11 janv. 1978, n^o 76-11237 : Bull. civ. II, n^o 13.

⁸⁵ Cass. 2^o civ., 11 janv. 1978, n^o 76-11237 : Bull. civ. II, n^o 13.

⁸⁶ Cass. ch. mixte, 23 nov. 1990, n^o 88-16883, 86-19396 et 87-17044 (3 arrêts) : D. 1991, p. 121, note C. Larroumet.

⁸⁷ Sobre esta cuestión, C. Hugon, « Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat » : JCP G 1994, I, 3790.

⁸⁸ Cass. com., 5 oct. 2010, n^o 08-11630: RDC 2011, p. 431, obs. T. Génicon

⁸⁹ Cass. com., 3 mai 2012, n^o 11-17779 : D. 2012, p. 1719, note A. Etienney de Sainte-Marie ; D. 2013, p. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki.

TEXTO ORIGINAL. « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations » - Mustapha Mekki.

Cet article a été publié dans le cadre du dossier « Critiques constructives du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations: parfaire sans défaire » de la Gazette du Palais.

Les dispositions relatives aux remèdes à l'inexécution du contrat sont représentatives de l'esprit de ce projet de réforme : l'essentiel est composé des acquis jurisprudentiels que consacrerait le Code (résolution par notification, clause résolutoire, exception d'inexécution), tout en comportant certaines innovations dont on peut douter de la pertinence (exception pour risque d'inexécution, limite à l'exécution forcée en nature en cas de coût manifestement déraisonnable, faculté de remplacement hors le juge...). Cette étude est destinée à parfaire le travail de qualité déjà réalisé par la Chancellerie en proposant une rédaction révisée de certaines dispositions.

Avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. NDLR – Les propositions de rédaction figurent dans des encadrés. Pour en faciliter la lecture, les suggestions de modifications aux textes actuels du projet apparaissent en gras.

1. Les remèdes à l'inexécution. Le projet d'ordonnance se compose d'un chapitre IV sur « les effets du contrat » à l'intérieur duquel figure une section IV consacrée à « l'inexécution du contrat ». Les articles 1217 à 1231-7 du projet proposent un ensemble de remèdes en cas d'inexécution. Il faut cependant ajouter à l'inexécution conçue comme un risque l'article 1196 instaurant une résiliation pour imprévision en cas de changement de circonstances. La question des restitutions, relevant davantage du régime des obligations et qui ne sera donc pas étudiée ici, est étroitement liée à la question de l'anéantissement du contrat, l'article 1229 alinéa 3 sur les effets de la résolution renvoyant au chapitre V du titre IV. Quant à la réparation des préjudices causés à l'occasion d'un contrat, en d'autres termes la responsabilité contractuelle, elle n'est pas traitée par le projet d'ordonnance, sans qu'on puisse en conclure à la condamnation d'un « faux concept »

¹. En effet, l'article introductif 1217 du projet d'ordonnance évoque la « réparation des conséquences de l'inexécution ». Une dernière sous-section 5 de la section IV est consacrée à « la réparation du

¹ P. Rémy, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept » : RTD civ. 1997, p. 323 ; D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation » : RTD civ. 1994, p. 223.

préjudice causé par l'inexécution contractuelle » qui reprend dans les articles 1231 et suivants l'essentiel des articles 1146 et suivants de notre Code civil actuel². La responsabilité contractuelle n'est pas condamnée³ mais sa réforme sera probablement envisagée conjointement avec la responsabilité extracontractuelle. L'article 1217 du projet fait figure d'introduction de l'ensemble des dispositions. Il dresse une liste des remèdes : suspension de l'exécution de sa propre obligation, poursuite de l'exécution forcée en nature de l'engagement, demande d'une réduction du prix, provocation de la résolution du contrat et/ou réparation du préjudice causé par l'inexécution. Le dernier alinéa précise que « les remèdes qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés ; les dommages et intérêts peuvent s'ajouter à tous les autres remèdes. »

2. Le lien contractuel. La préférence pour les remèdes à l'inexécution au détriment des sanctions traduit une évolution dans la philosophie du contrat amorcée par la jurisprudence. Dans le Code civil de 1804, le contrat de vente se présente comme le modèle du contrat : le contrat instrument d'échange économique, contrat synallagmatique et à exécution instantanée. Dans le projet d'ordonnance le contrat conserve sa fonction d'échange économique mais s'y adjoint le contrat qui crée un lien contractuel⁴. Il s'agit d'un contrat qui s'inscrit dans la durée, à exécution successive (art. 1110, al. 2, du projet) ou à exécution échelonnée, qui produit des effets de droit (art. 1101 du projet) allant au-delà de la seule création d'obligations. Pari sur l'avenir, instrument de gestion des risques, les remèdes sont en accord avec ce nouveau modèle de contrat enclin à accorder une place plus importante aux données économiques. On peut cependant se demander si le terme de « remèdes » est adéquat. En effet, l'anéantissement du contrat peut-il réellement être considéré comme un remède ? En outre, n'est-ce pas se référer, sans nécessité, à un anglicisme maladroit ? Le terme de sanction aurait pu convenir sans succomber aux tentations de la « modernité aiguë ».

² Cependant, l'article 1148, 1154 et 1155 sont supprimés. L'article 1231-6 du projet reprend le contenu de l'article 1153 et substitue à « sommation de payer ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation » la formule suivante « mise en demeure ». L'article 1231-5 du projet sur la clause pénale modifie quelque peu l'actuel article 1152 en ajoutant un alinéa 3 : « Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la sanction convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. »

³ Le contrat est affaire de réparation et d'inexécution, en ce sens v. not. C. Larroumet, « Pour la responsabilité contractuelle », in *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 543 ; G. Viney, « La responsabilité contractuelle en question », in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 920.

⁴ Sur cette distinction, J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier (Poitiers, 24-25 oct. 1985), PUF, 1986, p. 41 et s., spéc. p. 55 et s. : l'entité contrat est un acte « envisagé en lui-même, comme une entité autonome, distincte de la personne de ceux qui l'ont conclu » (p. 56). *Adde*, M.-A. Frison-Roche, « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique » : RTD civ. 1998, p. 43 et s., spéc. n° 12, p. 47 ; Pour une application, P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préface R. Bout, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2000, t. 337.

3. Afin de répondre au mieux aux attentes de la Chancellerie, reprenons les différents articles en respectant, dans la mesure du possible, l'ordre du projet d'ordonnance.

I – La force majeure (article 1218 du projet)

4. **Définition propre à la matière contractuelle.** L'article 1218, alinéa 1^{er}, du projet donne une définition de la force majeure propre à la matière contractuelle : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. » On peut regretter que la force majeure ne soit pas plus nettement appréhendée de manière bicéphale : elle est à la fois une cause d'exonération de responsabilité et une cause de libération du débiteur de ses obligations (théorie des risques). L'article ne dit mot des effets exonératoires sur la responsabilité du débiteur, ce qui mériterait d'être ajouté. Il convient d'établir un événement non raisonnablement prévisible au stade de la conclusion du contrat et dont les effets n'ont pu être évités, empêchant l'exécution de ses obligations par le débiteur. Cette définition propre à la matière contractuelle est préférable à la définition unitaire proposée par la Cour de cassation depuis deux arrêts rendus en assemblée plénière le 14 avril 2006⁵⁵. La notion d'irrésistibilité disparaît de manière pertinente. Le projet d'ordonnance pose également le principe selon lequel le risque pèse sur le débiteur (*res perit debitori*)⁶. Le lien entre la force majeure et la question de l'imputation des risques dans le contrat⁷ est encore plus flagrant à la lecture de l'article 1328 du projet auquel renvoie l'article 1218, alinéa 2 : « L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est irrémédiable, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été mis en demeure. » En outre, dans l'hypothèse où l'événement est prévisible au moment de la conclusion mais que le débiteur ne peut échapper à ses effets, le débiteur peut-il invoquer la force majeure ? Un choix politique s'impose. Soit on considère que le débiteur a en connaissance de cause accepté le risque en concluant le contrat, soit on considère qu'il serait injuste de faire peser sur lui une obligation alors qu'il ne pouvait rien faire pour éviter les effets de l'événement. Quoi qu'il en soit, un tel choix n'a pas été clairement formulé par le projet

⁵ Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, n° 04-18902, B. c/ RATP – Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11168, M. c/ L. : Bull. ass. plén., n° 5.

⁶ Dans le même sens, article 109 du projet *Terré*.

⁷ Sur une application jurisprudentielle de cette idée, Cass. 3^e civ., 31 oct. 2006, n° 05-19171 : JCP G 2007, I, 115, spéc. n° 13 ; v. not. M. Mekki, « La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur » : RLDC 2006, p. 17, n° 29.

d'ordonnance.

5. Suspension ou extinction. L'alinéa 2 de l'article 1218 dispose que « si l'inexécution n'est pas irrémédiable, le contrat peut être suspendu », version très proche de l'article 134, alinéa 2, du projet de mai 2009⁸. La solution n'est pas nouvelle, la Cour de cassation l'ayant par le passé consacrée⁹. L'ensemble des projets est en ce sens. Le projet *Terré* prévoit ainsi un article 101, alinéa 2, qui dispose que « si l'impossibilité d'exécuter est provisoire, le contrat est suspendu, sauf si le retard qui en résulterait constitue par lui-même une inexécution grave ». Le projet *Catala* rattache cette suspension à la technique de l'exception d'inexécution et en limite alors, *a priori*, l'effet aux seuls contrats synallagmatiques ce qui est regrettable¹⁰. L'article 1157, alinéa 2, énonce que « lorsque l'inexécution résulte d'une force majeure ou d'une autre cause légitime, le contrat peut être pareillement suspendu si l'inexécution n'est pas irrémédiable ». Le principe posé par le projet d'ordonnance est heureux mais la formule peut être améliorée.

6. Un principe heureux – Principe heureux car en permettant, dans l'hypothèse d'un événement de force majeure, de suspendre l'exécution du contrat, le Code civil confirme que la force majeure n'est pas seulement une cause d'exonération de responsabilité mais relève aussi de la force obligatoire du contrat. Le contrat peut être affaire de réparation ou d'exécution. L'événement de force majeure écarte toute indemnisation et toute exécution forcée. Heureux encore car le projet d'ordonnance, à l'instar du projet de mai 2009, n'a pas limité cet effet suspensif aux seuls contrats synallagmatiques. La technique est fort utile dans les contrats unilatéraux. Principe heureux, enfin, car il contribue à préserver un lien contractuel qui demeure économiquement utile.

7. Une formule perfectible. La formule peut cependant être améliorée. Si le contrat « peut être suspendu », cela signifie-t-il que l'intervention préalable du juge s'impose ou au contraire la suspension est-elle automatique ? À dire vrai, il sera souvent nécessaire de passer devant un juge

⁸ La technique est également inspirée des codes savants, v. not. art. 8:108, al. 2, PDEC : « Lorsque l'empêchement n'est que temporaire, l'exonération prévue par le présent article produit son effet pendant la durée de l'empêchement. Cependant, si le retard équivaut à une inexécution essentielle, le créancier peut le traiter comme tel. » ; principes Unidroit, art. 7.1.7 (2) « Lorsque l'empêchement n'est que temporaire, l'exonération produit effet pendant un délai raisonnable en tenant compte des conséquences de l'empêchement sur l'exécution du contrat. » ; DCFR (study group), art. III-3:104 ; principes contractuels communs AHC-SLC, art. 8:108 (2).

⁹ Cass. 3^e civ., 22 févr. 2006, n° 05-12032 : D. 2006, p. 2972 et note S. Beaugendre ; RTD civ. 2006, p. 764, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2006, p. 1087, obs. Y.-M. Laithier – Cass. 3^e civ., 31 oct. 2006, n° 05-19171 : JCP G 2007, I, 115, spéc. n° 13.

¹⁰ À l'instar du projet de juillet 2008 (art. 161) qui limite cette suspension au seul contrat synallagmatique.

pour qu'il constate la force majeure et lui fasse produire ses effets. En revanche, il est vrai que si les conditions sont réunies, l'effet suspensif se produit au jour de l'événement de force majeure. Il serait donc plus exact de dire que le « contrat est suspendu », quand bien même l'intervention du juge sera en pratique souvent nécessaire¹¹. Ensuite, il est moins question de son caractère irrémédiable que de son caractère définitif, terme plus approprié.

8. Résolution de plein droit. L'alinéa 2 règle enfin une controverse importante sur le rattachement ou non de la force majeure à la résolution judiciaire. D'un côté, certains entendent rattacher la force majeure à la résolution judiciaire de l'article 1184 du Code civil ce qui suppose une intervention préalable du juge. Les arrêts les plus récents sont en ce sens¹². D'un autre côté, d'autres auteurs soutiennent que la force majeure peut être fondée sur une « règle non écrite » selon laquelle l'extinction des obligations d'une partie libère automatiquement et nécessairement le cocontractant de ses propres obligations. Le projet *Terré*, à la différence du projet *Catala* qui n'en dit mot, défend la résolution de plein droit en s'inspirant des principes du droit européen du contrat et des principes d'Unidroit¹³. Cependant, à la différence des projets d'harmonisation qui prévoient une résolution de plein droit sans notification, le projet *Terré* met à la charge du débiteur une obligation d'information (art. 101). On peut regretter que le juge ait été évincé de ce mécanisme car il pouvait ainsi apprécier les caractères de la force majeure et apprécier la gravité de l'inexécution. Si cette résolution de plein droit était maintenue, elle devrait *a minima* être accompagnée d'une obligation d'information à la charge du débiteur.

Art. 1218 : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. **Lorsque l'événement est prévisible au stade de la conclusion et que des mesures raisonnables ont été prises pour en éviter ou en limiter les effets, le débiteur qui a été empêché d'exécuter ses obligations est également libéré, à moins qu'il ait accepté d'en supporter les risques.** »

¹¹ Sur cette correction, v. à propos du projet de 2008, P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, spéc. n° 5.

¹² Cass. 1re civ., 13 nov. 2014, n° 13-24633 ; D. 2015, p. 542, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki – Cass. 1re civ., 2 juin 1982, n° 81-10158 ; Bull. civ. I, n° 205 ; RTD civ. 1983, p. 340, obs. F. Chabas.

¹³ PDEC, 9:303 (4) ; principes Unidroit, art. 7.1.7.

II – L’exception d’inexécution (article 1219 et 1220 du projet)

9. **L’exception d’inexécution par anticipation.** Le projet d’ordonnance prévoit à l’article 1219 qu’« une partie peut refuser d’exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l’autre n’exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave ». Il consacre un principe qui, sans être formellement présent au sein du Code civil¹⁴, faisait tout de même l’objet de dispositions spéciales et dispersées. L’exception d’inexécution est un moyen d’éviter, par anticipation, que l’inexécution ne soit encore plus préjudiciable¹⁵. Pour prévenir toute interprétation, il faudrait ajouter quelques précisions sur la nature de l’inexécution et la proportionnalité de la riposte. Il faudrait préciser que l’inexécution partielle peut aussi justifier la mise en œuvre de l’exception d’inexécution. Un rappel du principe selon lequel l’exécution peut être refusée dans la limite de l’inexécution. L’innovation de l’article réside dans la consécration d’une suspension par anticipation avant même toute inexécution¹⁶. L’article 1220 dispose, en effet, qu’« une partie peut suspendre l’exécution de sa prestation dès lors qu’il est manifeste que son cocontractant ne s’exécutera pas à l’échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais »¹⁷. Cette exception pour risque d’inexécution ne figurait pas initialement dans le premier projet de la Chancellerie de juillet 2008 (art. 160) et était passé sous silence par le projet *Catala* (art. 1157, al. 1^{er}). Elle a été intégrée au projet de mai 2009 à l’article 136 dans des termes quasi identiques¹⁸, technique préventive qui est également consacrée à l’article 104 du projet *Terré*.

Cette mesure est une prime à l’efficacité au service du créancier. Pourquoi attendre que l’inexécution soit actée lorsque, à l’évidence, le cocontractant ne pourra pas s’exécuter ? Cette anticipation ne sera légitime qu’à la condition d’être strictement encadrée afin d’éviter tout abus. Il n’est pas certain que

¹⁴ On retrouve ce remède consacré au sein des PDEC (art. 9:201) et du projet de règlement relatif à un droit commun de la vente (art. 113, al. 3, et art. 133, al. 2).

¹⁵ L’exception d’inexécution doit être mise en œuvre avec modération. L’avant-projet exige une inexécution « suffisamment grave » (au même titre que le projet de la Chancellerie de mai 2009, art. 160) alors que le projet *Terré* fait expressément référence à la condition de proportionnalité (art. 103). Rapp. PDEC, art. 9:201 : « ainsi qu’il est raisonnable eu égard aux circonstances ». L’article 113, alinéa 3, et l’article 133, alinéa 2, du projet de règlement de droit commun européen de la vente exigent que la suspension soit « dans la mesure justifiée par l’inexécution » (al. 2).

¹⁶ En faveur d’une telle exception pour risque d’inexécution, A. Pinna, « L’exception pour risque d’inexécution » : RTD civ. 2003, p. 31.

¹⁷ Ce principe d’exception pour risque d’inexécution existe au sein des PDEC (article 9:201, (2)) et de l’article 133, alinéa 2, du projet de règlement relatif à un droit commun européen de la vente.

¹⁸ Le projet de mai 2009 ne fait cependant aucune référence au délai dans lequel une notification doit être faite.

les conditions substantielles¹⁹, caractère « manifeste » et « conséquences (...) suffisamment graves », et la condition procédurale, « suspension (...) notifiée dans les meilleurs délais », soient suffisantes à prévenir de tels excès. Il serait opportun, en contrepartie de cet unilatéralisme renforcé au profit du créancier, de l'assortir d'une obligation de motivation, au sein de la notification, et de faire peser la charge de la preuve sur le créancier en cas de contestation du débiteur²⁰. La notion de « manifeste »²¹ mériterait également d'être précisée : est-ce la certitude de l'inexécution, à l'instar de la Convention de Vienne, ou peut-on se contenter d'une probabilité d'inexécution, à l'instar des Principes du droit européen du contrat (art. 8:105) ? Enfin, Il faut rappeler que l'exception d'inexécution est aussi un moyen d'inciter le cocontractant à s'exécuter. Il peut être utile d'ajouter dans le texte que si le cocontractant fournit les garanties suffisantes d'une bonne exécution, la suspension prend fin.

Art. 1219 : une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne, **même de manière partielle**, et si cette inexécution est suffisamment grave. L'exception d'inexécution doit être mise en œuvre dans la mesure justifiée par l'inexécution.

Art. 1220 : une partie peut suspendre l'exécution de sa prestation dès lors qu'il est **certain** que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. La suspension cesse **lorsque le cocontractant fournit des garanties suffisantes d'exécution**. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais. **La notification doit comporter les motifs légitimes de la suspension qui, en cas de contestation, doivent être établis par celui qui en est à l'origine.**

III – L'exécution forcée en nature (article 1221 et 1222 du projet)

10. « **Le coût manifestement déraisonnable** ». Le projet d'ordonnance consacre une sous-section 2 à « l'exécution forcée en nature ». Il peut être suggéré au législateur de supprimer le terme « en

¹⁹) Conditions substantielles également exigées par le Projet *Terré*. Sur l'exposé des motifs du projet *Terré*, v. D. Fenouillet, « L'exception d'inexécution », in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008, p. 275.

²⁰ En revanche, la résolution pour risque d'inexécution doit être exclue, l'avant-projet de 2013 ne l'envisage d'ailleurs pas, v. *infra*.

²¹ V. la proposition faite par Th. Génicon qui évoque « de justes raisons », Article 160-1 révisé du projet de juillet 2008 : « L'exécution peut également être refusée tant que le créancier a de justes raisons de craindre que le débiteur ne s'exécutera pas. (al. 2) Ce refus doit cesser dès que le débiteur fournit des garanties suffisantes d'exécution, telle la fourniture d'une sûreté », Th. Génicon, Observations, in J. Ghestin (dir.), Observations sur le projet de réforme du droit des contrats, n° spécial, LPA, 12 févr. 2009, spéc. p. 81 et s.

nature » car il fait doublon avec l'exécution forcée et risquerait de laisser penser qu'il existe une exécution par équivalent. Les dommages et intérêts ne peuvent pas être analysés comme une exécution par équivalent. L'exécution forcée est doublement encouragée. Tout d'abord, elle peut être demandée par le créancier à son débiteur. Selon l'article 1221 « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable ». Notons qu'aucune distinction n'est opérée entre les obligations concernées ce qui laisse entrevoir une application des limites aux obligations de ne pas faire²². Cette exécution forcée en nature est désormais formellement inscrite au sein du Code civil²³. La consécration formelle de ce principe doit être approuvée. L'article L. 111-1 du Code de procédure civile d'exécution dispose déjà en ce sens que « tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ». Quant à la Cour de cassation, elle a plusieurs fois affirmé que l'exécution forcée en nature est de droit, sauf impossibilité²⁴. Le projet d'ordonnance conforte ainsi la position prise au sein de l'article 1124, alinéa 2, sur la promesse unilatérale de vente²⁵. L'exécution forcée en nature est un principe général qui peut être rattaché au principe de la force obligatoire des contrats²⁶ et aurait mérité d'intégrer les dispositions préliminaires au côté de la liberté contractuelle (article 1102) et de la bonne foi (article 1103). Tout comme la jurisprudence, l'exécution forcée est exclue en cas d'impossibilité. Cette dernière s'entend de l'impossibilité juridique, cession du bien ne pouvant faire l'objet d'une revendication entre les mains du tiers (ex. C. civ., art. 2276), de l'impossibilité matérielle si le bien a été détruit, ou de l'impossibilité morale dans l'hypothèse où l'exécution forcée en nature porterait atteinte à une liberté jugée essentielle. La nouveauté du projet de réforme est d'ajouter une donnée économique peu en phase avec la tradition française : le « coût manifestement déraisonnable »²⁷. Dans ce cas, le créancier devra se contenter de simples dommages et intérêts²⁸. Cette référence au

²² Sur ces interrogations à propos du projet 2008, P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, spéc. n° 9.

²³ Même principe dans le projet *Terré* (art. 104) et dans le projet *Catala* (art. 1152, al. 3 ; 1154, al. 1 ; 1154-1 et 1155, al. 3). Dans le même esprit, v. PDEC (art. 9.102), les principes d'Unidroit (art. 7.2.2), et le DCFR (art. III -3:302).

²⁴ Cass. 1^{re} civ., 16 janv. 2007, n° 06-12207 : Bull. civ. I, n° 23.

²⁵ Cass. 3^e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10199 : RTD civ. 1994, p. 584, obs. J. Mestre – Cass. 3^e civ., 11 mai 2011, n° 10-12875 : G. Rouzet, rapport sur cet arrêt, JCP N 2011, 1163 ; D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud ; *ibid.* p. 1460, note D. Mainguy ; RTD civ. 2011, p. 532, obs. B. Fages. – Cass. 3^e civ., 12 juin 2013, n° 12-19105.

²⁶ *Contra*, Y.-M. Laithier, « La prétendue primauté de l'exécution en nature » : RDC 2005, p. 161.

²⁷ La jurisprudence n'y semble pas favorable, Cass. 3^e civ., 11 mai 2005, n° 03-21136 : Bull. civ. III, n° 103 ; RDC 2006, p. 323, obs. D. Mazeaud. Encore que dans cet arrêt s'agissant d'une maison dans un lotissement, la différence de hauteur de la maison pouvait justifier la destruction et la reconstruction.

²⁸ V. P. Rémy-Corlay, « L'exécution en nature », *op. cit.*, p. 277 et s. L'article 162 du projet de 2008 pose également le principe de l'exécution forcée en nature et envisage également à côté de l'impossibilité le cas du « coût (...) manifestement déraisonnable ». Dans le même sens, article 137 du projet de mai 2009.

« coût manifestement déraisonnable » doit être supprimée. Outre que les termes marquent un attachement trop fort au système de *Common law*²⁹, surtout elle paraît inutile, inopportune et incohérente. Inutile car la notion d'exécution impossible suffit. En semblant distinguer les deux, on ouvre une boîte de Pandore au créancier qui souhaiterait ne pas respecter ses obligations. Surtout, rien n'empêche le juge, même si pour l'instant il n'y est pas favorable, d'intégrer avec modération cette donnée dans l'impossibilité. Il y aurait une impossibilité morale, juridique, matérielle et économique. La notion est inopportune car, d'une part, elle sera source de contentieux et, d'autre part, car elle porte atteinte à la force obligatoire du contrat. L'exécution forcée en nature est une arme redoutable pour inciter le cocontractant à respecter ses engagements. Cette exception adresse un message dangereux aux créanciers qui pourraient être tentés de ne pas exécuter convenablement leurs obligations pariant sur le coût manifestement déraisonnable de l'exécution forcée, spécialement dans le domaine de la construction immobilière. Le principe est enfin incohérent car il revient à inverser le principe et l'exception. L'exécution forcée en nature ne pose problème que dans les cas où il y a un coût manifestement déraisonnable. Lorsque l'exécution forcée est peu coûteuse, le créancier s'exécute sans procès le plus souvent. La question fait débat lorsque l'exécution forcée a un coup important. Alors si on admet que, dans les hypothèses où le coût de l'exécution est manifestement déraisonnable, seuls des dommages et intérêts sont accordés, on inverse le principe et l'exception : c'est uniquement en cas de coût non manifestement déraisonnable que l'exécution forcée en nature sera envisageable. On ajoutera qu'il est peu cohérent de refuser la libération d'un débiteur qui a du mal à s'exécuter en cas de circonstances économiques imprévues alors qu'on autorise celui dont l'inexécution lui est imputable à se libérer par de simples dommages et intérêts. Au vrai, cette disposition devait probablement rester cantonnée, dans l'esprit des auteurs du projet d'ordonnance, à la lutte contre les demandes abusives³⁰. Il faudrait dans ce cas soit utiliser le terme d'abus, soit s'en remettre au juge qui appliquera la théorie générale de l'abus sans avoir besoin de l'évoquer dans la partie relative au droit des obligations.

11. La faculté de remplacement. Autre nouveauté, le créancier peut faire exécuter le contrat par un tiers. Ce qu'on appelle une faculté de remplacement n'a apparemment rien d'original (C. civ.,

²⁹ Pour une critique, D. Mazeaud, « Réforme du droit des contrats » (F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*), RDC 2009, p. 471 et s.

³⁰ Sur ce sens, v. D. Mazeaud, « Rapport de synthèse » : RDC 2009, p. 397, spéc. n° 34. Adde, G. Viney, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in *La sanction de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 166 et s., spéc. n° 17.

art. 1143 et 1144)³¹. Certes, dans le principe, le procédé n'est pas nouveau. En revanche, les conditions de mise en œuvre sont considérablement assouplies car l'autorisation préalable du juge n'est plus exigée. L'article 1222 prévoit en effet que « après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut en demander le remboursement au débiteur. Il peut aussi saisir le juge pour que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction ». Cet unilatéralisme hors le juge, guidé par l'impératif d'efficacité économique, est une nouvelle arme à la disposition du créancier et expose le débiteur, comme tout instrument unilatéral, à certains abus. Il faut faire attention à ne pas sacrifier les intérêts légitimes du débiteur sur l'autel de l'efficacité économique du créancier. Cela est particulièrement vrai lorsque, hors le juge, le créancier peut même être amené, unilatéralement, à détruire ce qui a été construit. L'intervention préalable du juge, éventuellement en référé, devrait suffire à préserver les droits du créancier. Cette nouvelle conquête de l'unilatéralisme n'est peut-être pas nécessaire. Justifier cette faculté de remplacement par mise en demeure par l'incohérence qu'il y aurait à exiger une intervention préalable du juge là où la résolution peut se faire par notification n'est pas dirimant³². En effet, alors que la résolution met fin à la relation contractuelle, effet négatif, la faculté de remplacement fait produire un effet positif, l'exécution de l'obligation par autrui ou la destruction de ce qui a été construit avec une prise en charge financière par le cocontractant défaillant. On peut alors préférer le projet de mai 2009 qui dans son article 139 prévoyait que « le créancier peut être autorisé par le juge à faire exécuter lui-même l'obligation ou à détruire ce qui a été fait par contravention à celle-ci aux frais du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution ».

12. La réparation en nature : oubli ou choix délibéré ? Le projet, enfin, garde le silence sur la notion de réparation en nature qui ne doit pas être confondue avec celle d'exécution en nature³³. Elle consiste pour le juge à condamner le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire « en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse à fournir une prestation distincte de celle à laquelle il s'était engagé, dès lors que cette prestation de remplacement permet de compenser, au moins

³¹ V. PDEC, art. 9.506 ; principes Unidroit, 7.4.5 et DCFR, III-3:706.

³² Sur cet argument, P. Rémy-Cordlay, *L'exécution en nature*, *op. cit.*, spéc. p. 278. Adde, P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 12. Comp. P. Grosser, *Les remèdes à l'inexécution du contrat*, Thèse dactyl. Paris I, 2000, n° 228 et s., qui voit dans la faculté de remplacement une forme de résiliation.

³³ Les PDEC ne s'y réfèrent pas et les principes d'Unidroit semblent en faire une simple modalité de l'exécution, ce qu'elle n'est pas.

partiellement, la perte causée par l'inexécution »³⁴. La jurisprudence en a fait plusieurs fois application³⁵. D'une manière générale, la restauration, la restitution, la remise en état, la publicité donnée à une décision de condamnation, la condamnation à refaire un contrat ou à conclure un contrat est une forme de réparation en nature. La seule condition, si le juge choisit cette réparation en nature au détriment de la réparation sous forme de dommages et intérêts³⁶, est qu'elle assure une réparation adéquate³⁷. La formulation d'un tel mode de réparation devrait figurer au sein de l'article 1217. Après l'article 1222, l'article 1222-1 pourrait être ainsi rédigé :

Art. 1222-1 : « Sauf si le législateur en dispose autrement, le créancier peut demander au juge la réparation en nature dès lors qu'elle permet une réparation adéquate. Le créancier ne peut obtenir la réparation en nature, si elle est impossible »

Il faudrait également modifier l'article 1217 :

Art. 1217 : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre **l'exécution forcée de l'engagement** ;
- solliciter la réduction du prix ;
- provoquer la résolution contrat ;
- demander réparation, **en nature ou sous la forme de dommages et intérêts**, des conséquences de l'inexécution.

IV – La réduction du prix (article 1223 du projet)

13. Le créancier peut, également, trouver un intérêt à conserver un contrat alors que la prestation réalisée ou le bien livré n'est pas exactement celle ou celui qui était convenu. Dans cette hypothèse, le projet d'ordonnance se montre très novateur en accordant au créancier la possibilité de renoncer à l'extinction du contrat en sollicitant plutôt une réduction du prix. L'article 1223 énonce que « le créancier peut accepter une exécution imparfaite du contrat et réduire proportionnellement le prix

³⁴ G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2010, 3^e éd., n° 26, p. 84.

³⁵ V. Cass. 3^e civ., 25 janv. 2006, n° 04-18672 : Bull. civ. III, n° 20 (bail) – Cass. 3^e civ., 28 févr. 1969 : Bull. civ. III, n° 182 (louage d'ouvrage).

³⁶ Pouvoir souverain des juges du fond, Cass. 2^e civ., 29 juin 1961 : Bull. civ. II, n° 285 – Cass. com., 3 nov. 2009, n° 08-88178.

³⁷ Sur cette notion, P. Jourdain et G. Viney, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 40 et s.

»³⁸. L'alinéa 2 ajoute que « s'il n'a pas encore payée, le créancier notifie sa décision dans les meilleurs délais ». On peut se demander quelle est la conséquence si le paiement a déjà été effectué et s'il peut obtenir remboursement. Cette disposition est assez proche de l'article 107 du projet *Terré* qui répond pour sa part à cette question en ajoutant que le créancier qui aurait déjà payé peut « obtenir remboursement du surplus ». Cette disposition est conforme aux projets européens. Prenons pour exemple le projet de règlement relatif à un droit commun européen de la vente qui prévoit dans un article 120 que « l'acheteur qui accepte une exécution non conforme au contrat peut réduire le prix ». La révision n'est pas une réparation³⁹. Elle est un instrument rétablissant l'équilibre rompu et permet au contrat d'être partiellement exécuté malgré l'inexécution partielle du cocontractant. Cela explique que cette réduction puisse coexister avec des dommages et intérêts venant réparer le préjudice causé, hypothèse expressément évoquée par le projet *Terré*⁴⁰, alors que le projet d'ordonnance garde le silence, sans grande incidence à vrai dire car le principe est sous-entendu. Enfin, alors que l'article introductif 1217 énonce, de manière ambiguë, que la réduction du prix peut être « sollicitée », l'article 1223 fait état d'une acceptation par le créancier et d'une réduction proportionnelle du prix. Il serait utile de préciser si cette demande doit être faite auprès du juge ? Peut-elle être⁴¹.ée au débiteur ou découle-t-elle nécessairement d'un accord des parties ?

Art. 1223 : « Le créancier peut, **hors le juge**, accepter une exécution imparfaite du contrat et réduire proportionnellement le prix, **sans préjudice d'éventuels dommages et intérêts à titre de réparation** (al. 1).

S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision dans les meilleurs délais. **S'il a déjà payé, il peut obtenir remboursement du surplus (al. 2) ».**

V – La résolution : judiciaire, par la mise en œuvre d'une clause résolutoire ou par notification (article 1224 à 1230 du projet)

14. La sous-section 4 intitulée « La résolution » débute par un article introductif 1224 qui dispose que « la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire, soit, en cas d'inexécution

³⁸ Seul ce premier alinéa figure dans le projet de mai 2009 (art. 140).

³⁹ En ce sens, P. Grosser, *Les remèdes à l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 388 et s. ; P. Jourdain, « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », in *Mélanges P. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 449.

⁴⁰ P. Stoffel-Munck souligne la formule maladroite du projet *Terré* qui évoque « un autre préjudice » laissant entendre que la réduction est une forme de réparation : P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, note 42.

⁴¹ impos En ce sens, P. Grosser, *Les remèdes à l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 388 et s. ; P. Jourdain, « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », in *Mélanges P. le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 449

suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ». Reprenons l'ordre proposé par le projet d'ordonnance.

A – La clause résolutoire

15. Condamnation des « clauses résolutoires balais ». L'article 1225, alinéa 1, du projet dispose que « la clause résolutoire désigne les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat ». La clause résolutoire fait son entrée dans le Code civil. Inventée par la pratique, elle permet au créancier d'échapper au pouvoir d'appréciation conféré au juge par [l'article 1184 du Code civil](#) en matière de résolution judiciaire⁴². Il s'agit de la clause de résolution de plein droit⁴³. Cette clause qui doit être stipulée dans des termes exprès permet au créancier de procéder à l'extinction du contrat en cas d'inexécution de ses obligations par le débiteur, sans que le juge puisse s'y opposer⁴⁴. Le juge ne peut intervenir que si le fait matériel de l'inexécution est contesté⁴⁵. Le projet exige de « désigner » les engagements pouvant entraîner la résolution en cas de manquement. Est-ce que cela signifie que les clauses résolutoires rédigées de manière générale, « clauses résolutoires balais », et prévoyant de s'appliquer dans tous les cas d'inexécution sont prohibées ? Cela est peu probable, notamment parce que le législateur s'il l'avait voulu aurait utilisé l'adverbe « précisément » (« désigne précisément les engagements »). La formule mérite cependant d'être corrigée pour écarter toute incertitude⁴⁶.

16. Conditions de mise en œuvre – Quant aux conditions de mise en œuvre de la clause résolutoire, l'alinéa 2 de l'article 1225 énonce que « La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure mentionne de manière apparente la clause résolutoire. » La jurisprudence est déjà en ce sens. La dispense de mise en demeure doit être expressément prévue. Il n'est pas fait référence à la nécessité d'une mise en œuvre de bonne foi mais le principe est sous-entendu et figure à

⁴² P. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2014, 13^e éd., n^{os} 517 et s.

⁴³ J. Borricand, « La clause résolutoire dans les contrats » : RTD civ. 1957, p. 433 ; J. Viatte, « La clause de résiliation de plein droit dans les baux commerciaux » : Gaz. Pal. 1981, 1, p. 314 ; C. Paulin, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996 ; J.-A. Robert et Q. Charluteau, « Utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires » : RLDC 2010, p. 7.

⁴⁴ Pour un exemple récent, Cass. 1^{re} civ., 25 sept. 2013, n^o 12-13747 : RTD civ. 2013, p. 880, obs. M. Grimaldi.

⁴⁵ F. Osman, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause de résolution de plein droit » : Defrénois 30 janv. 1993, p. 65, n^o 35433.

⁴⁶ Sur ce débat qui avait déjà eu lieu à propos du projet *Catala, v. Medef, Observations sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, juin 2006, p. 22, qui juge possible la rédaction d'une clause générale renvoyant à toute inexécution.

l'article 1103 du projet. Enfin, le troisième et dernier alinéa précise que « la résolution prend effet par la notification qui en est faite au débiteur et à la date de sa réception ». Cette disposition n'a pas vraiment évolué depuis le début du processus de réforme car elle est la réplique exacte de l'article 167 du projet de juillet 2008, de l'article 1159 du projet *Catala* et de l'article 112 du projet *Terré*⁴⁷. On peut regretter que la procédure de mise en œuvre de la clause résolutoire ne soit pas plus précise. Il aurait été ainsi concevable d'obliger le créancier, dans un souci d'équilibre entre les intérêts et en contrepartie du pouvoir ainsi octroyé, à exposer formellement dans la mise en demeure les raisons de la mise en œuvre de la clause et de préciser un délai dans lequel le débiteur doit pouvoir encore s'exécuter⁴⁸. Cette transparence réduit les risques d'abus et le délai préserve les contrats qui peuvent encore être économiquement viables. Faire référence à ce délai raisonnable serait cohérent d'ailleurs avec le dernier alinéa de l'article 1225 qui prévoit que la résolution ne prend effet qu'au jour de la réception de la notification.

17. Combinaison de la clause résolutoire et des autres modes de rupture. La jurisprudence hésite aujourd'hui sur la possibilité de combiner la clause résolutoire et les autres modes de résolution (judiciaire et par notification). Si la jurisprudence admet de manière constante que l'existence d'une clause résolutoire ne fait pas obstacle à une demande en résolution judiciaire⁴⁹, il en va autrement de la question du cumul entre clause résolutoire et rupture unilatérale hors le juge. Si la chambre commerciale admet un droit d'option, celui-ci est interdit par la troisième chambre civile⁵⁰. Le projet d'ordonnance ne devrait pas régler le problème car l'article 1217, alinéa 2, prévoit que « les remèdes qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés ; des dommages et intérêts peuvent s'ajouter à tous les autres remèdes ». Que faut-il alors entendre par « incompatibilité » ? C'est encore au juge qu'il appartiendra de dire si la mise en œuvre d'une rupture unilatérale hors le juge est « compatible » avec une clause résolutoire imposant le respect de certaines modalités et prévoyant parfois une indemnité forfaitaire!

Art. 1225 : « La mise en œuvre d'une clause résolutoire entraîne la résolution du contrat en cas de manquement aux engagements souscrits »

⁴⁷ Une petite différence avec le projet de mai 2009 qui dans son article 142 ne se réfère pas à la prise d'effet de la résolution.

⁴⁸ À défaut de mise en demeure, il serait opportun que cette motivation soit évoquée dans la notification.

⁴⁹ Cass. 3^e civ., 4 mai 1994, n° 92-11196 : JCP G 1995, II, 22380, note B. Boccara.

⁵⁰ Cass. com., 1^{er} oct. 2013, n° 12-20830. *Contra*, Cass. 3^e civ., 9 oct. 2013, n° 12-23379.

« La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, laissant au débiteur un délai raisonnable pour s'exécuter, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure mention de manière apparente la clause résolutoire **et les motifs de sa mise en œuvre. À défaut de mise en demeure, les motifs doivent figurer au sein de l'acte de notification.** »

« La résolution prend effet par la notification qui en est faite au débiteur et à la date de sa réception. »

B – La rupture unilatérale par notification

18. **Essor des remèdes unilatéraux.** Les remèdes unilatéraux sont le signe d'une résurgence de la justice privée dans le contrat⁵¹. L'un des remèdes les plus attendus du projet d'ordonnance est le pouvoir pour le créancier de rompre unilatéralement le contrat⁵². La résolution unilatérale par anticipation a en revanche été opportunément abandonnée⁵³ car les effets sont plus radicaux qu'une simple suspension du contrat et, surtout, car cette rupture par anticipation aurait posé certains problèmes pratiques notamment dans le cadre des procédures collectives. Le principe de la rupture unilatérale hors le juge est consacré par l'article 1226 sous le nom de « résolution par notification »⁵⁴. Selon l'alinéa 1^{er} « Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification ». La résolution par notification coexiste désormais avec la résolution judiciaire⁵⁵, la partie au contrat disposant d'une option⁵⁶. La Cour de cassation l'avait déjà consacré comme un principe

⁵¹ M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat. Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Economica, 2013.

⁵² Cette résolution par notification existait déjà dans les droits européens, art. 9:301 des PDEC, article 114 du Code Gandolfi ainsi qu'au sein des principes d'Unidroit (art. 7.3.1) et des principes contractuels communs AHC-SLC (art. 10:303).

⁵³ Le projet de juillet 2008 l'avait envisagée (art. 169) au même titre que le projet *Terré* (art. 111). Trop inspirée des textes internationaux (art. 7.3.3 des principes Unidroit, art. 72 de la Convention de Vienne), cette nouvelle atteinte aurait constitué une menace pour le cocontractant et devait être abandonnée. Le contrat est un pari sur l'avenir non un pari sur l'inaction d'un cocontractant. Le risque d'inexécution peut justifier qu'on suspende un contrat (exception pour risque d'inexécution admise par le projet de 2013), mais il ne peut justifier à lui seul l'anéantissement de celui-ci. La résolution pour inexécution anticipée est consacrée par le projet de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, art. 116.

⁵⁴ Cette résolution par notification existait déjà dans les droits européens, art. 9:301 des PDEC, article 114 du Code Gandolfi ainsi qu'au sein des principes Unidroit (art. 7.3.1) et des principes contractuels communs AHC-SLC (art. 10:303).

⁵⁵ Ce n'est pas le cas, par exemple, dans le projet de règlement relatif au droit commun européen de la vente, art. 118. En outre, le projet de 2013 détache la résolution de la condition, pour l'intégrer définitivement dans le domaine de l'inexécution.

⁵⁶ V. P. Stoffel-Munck, « Exécution et inexécution du contrat » : RDC 2009, p. 333, spéc. n° 22, qui préfère le terme de « partie » à celui de « créancier ».

concurrent de la résolution judiciaire⁵⁷. Quant à savoir si le contrat injustement rompu existe toujours ou a tout de même mis fin au contrat, les termes ambigus du projet laissent planer un doute⁵⁸.

19. Les dangers de la rupture unilatérale hors le juge. On ne peut s'empêcher de penser que le recours *a posteriori* au juge est insuffisant et la consécration d'un principe de rupture hors le juge particulièrement dangereux. Si en droit le débiteur peut saisir le juge, qu'en est-il réellement en fait⁵⁹ ? A-t-il les moyens financiers et intellectuels d'engager un procès alors que le contrat qui pouvait être sa principale source de revenus a été rompu ? Le rétablissement du contrat n'étant pas toujours possible, n'est-ce pas admettre qu'une partie puisse se rétracter moyennant le paiement d'une indemnité ? On s'oriente alors davantage vers un droit des remèdes inspiré de la rationalité économique et moins attaché au respect de la parole donnée⁶⁰ ! C'est pourquoi, ce pouvoir de rompre le contrat à durée déterminée hors le juge doit être contrebalancé par des règles de procédures, des modalités permettant la compréhension, voire l'acceptabilité de la rupture par le cocontractant mais, surtout, facilitant le contrôle de légitimité opéré *a posteriori* par le juge.

20. Motivation et préavis dans le projet d'ordonnance. Le droit positif a peu contribué à encadrer le principe de rupture unilatérale hors le juge. Les propositions doctrinales ne manquaient pourtant pas encourageant principalement l'instauration d'un délai de préavis et d'une obligation de motivation⁶¹. Le projet d'ordonnance est pour sa part plus ambitieux. Les différents alinéas posent les conditions de sa mise en œuvre. « Il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable » (al. 1⁶²). L'alinéa 2 ajoute que « la mise en demeure

⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, n° 96-21485 : Defrénois 30 mars 1999, p. 374, obs. D. Mazeaud ; D. 1999, p. 197, note C. Jamin et p. 115, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 1999, p. 374, obs. J. Mestre – Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2001, n° 99-15170 : Defrénois 15 juin 2001, p. 705, obs. E. Savaux ; D. 2001, p. 1568, note C. Jamin et p. 3239, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2001, p. 363, obs. J. Mestre et B. Fages. Pour une étude d'ensemble, S. Amrani-Mekki, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée » : LPA 12 août 2002, n° 160, p. 8-17 ; LPA 13 août 2002, n° 161, p. 4.

⁵⁸ Si l'article 1226, alinéa 1^{er}, précise que le contractant peut « résoudre le contrat », l'alinéa 4 ajoute que la résolution peut être contestée. Cette dernière formule laisse penser que, en cas de rupture injustifiée, le contrat n'a jamais été rompu à défaut d'en avoir réuni les conditions.

⁵⁹ J. Rochfeld, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivisation du droit de l'exécution » : RDC 2006 p. 113 et s.

⁶⁰ P. Stoffel-Munck, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale » : Dr. et patr., n° 126, mai 2004, p.70 et s.

⁶¹ En faveur d'un tel encadrement, M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *in Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 301 ; S. Amrani-Mekki, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée » : Defrénois 30 mars 2003, p. 383 ; D. Mazeaud, « Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! » : D. 2010, p. 2178.

⁶² Cette mise en demeure préalable n'existe pas dans les PDEC ni dans les principes contractuels communs AHC-SLC ou dans les principes d'Unidroit.

mentionne de manière apparente qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son engagement, le créancier sera en droit de résoudre le contrat ». Cette mise en demeure laisse une dernière chance au débiteur. Le créancier doit pouvoir en être dispensé s'il s'avère que le débiteur ne peut plus « satisfaire à son engagement », même si ce point est sous-entendu⁶³. L'innovation majeure est d'instaurer une obligation de motivation qui fait jusqu'ici défaut dans la jurisprudence. C'est chose faite avec l'alinéa 3 qui dispose que « lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent »⁶⁴. Doit également être approuvé, le dernier alinéa qui agit sur les règles relatives à la charge de la preuve et donne ainsi tout son sens à la formule à « ses risques et périls » utilisée par la jurisprudence. Le quatrième et dernier alinéa énonce que « le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution. ». Le créancier supporte ainsi le risque de la preuve. Une telle imputation du risque de la preuve ne figurait pas dans le projet *Catala*⁶⁵. Il aurait été en outre pertinent d'être moins économe sur l'intervention *a posteriori* du juge.

C – La résolution judiciaire

21. Maintien de la résolution judiciaire dans le projet d'ordonnance. La résolution judiciaire est détachée désormais de la condition résolutoire. Le projet d'ordonnance n'entend pas substituer la résolution par notification à la résolution judiciaire mais au contraire entend les superposer, accordant au créancier des remèdes à la carte. Les projets ou codes européens ont purement et simplement supprimé la résolution judiciaire pour ne laisser subsister que la seule résolution par notification. La seule exception réside dans les principes contractuels communs AHC-SLC (art. 10:306). Le projet d'ordonnance a choisi de maintenir l'institution de la résolution judiciaire⁶⁶, la partie au

⁶³ L'hypothèse de l'urgence ou de la mise en demeure inutile est expressément prévue dans le projet *Terré*, article 110, alinéa 2, v. C. Aubert de Vincelles, « La résolution du contrat pour inexécution », in *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008, p. 280 et s.

⁶⁴ Le projet *Terré* n'exige pas une telle motivation, l'exposé des motifs expliquant que le risque de la preuve pesant sur le créancier est suffisant, C. Aubert de Vincelles, *op. cit.*, n° 6. Les principes contractuels communs exigent d'indiquer dans la notification « la cause et l'étendue de la résolution du contrat » à peine d'inefficacité, (art. 10:303 (3)).

⁶⁵ C. civ., art. 1158, projet *Catala*. On ne trouve rien non plus sur la preuve dans le projet de juillet 2008 ni dans celui de mai 2009.

⁶⁶ Le projet *Terré* prévoit ainsi à l'article 110, alinéa 3 : « Le débiteur peut, à tout moment, contester la résolution, le cas échéant, en référé. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution. Le juge peut, selon les circonstances, soit constater la résolution, en statuant le cas échéant sur sa date, soit ordonner l'exécution du contrat. Le tout sans préjudice de dommages et intérêts. »

contrat disposant d'une option⁶⁷. L'article 1227 précise en ce sens que « la résolution **peut toujours** être demandée en justice ». Cet adverbe « toujours » peut donner lieu à controverse. En effet, est-ce qu'il faut entendre par ce terme qu'à l'avenir les clauses de renonciation anticipée à la résolution judiciaire seraient prohibées⁶⁸ ? À titre de comparaison, le projet *Terré* prévoyait un article 102 par lequel les parties étaient autorisées à « limiter ou à exclure les remèdes offerts au créancier en cas d'inexécution ». Une telle disposition fait défaut dans le projet d'ordonnance. Une clarification sur ce point serait la bienvenue.

Art. 1227 : « La résolution peut toujours être demandée en justice. **Toute clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire doit être précise et non équivoque.** »

22. En outre, il serait utile que le projet d'ordonnance rappelle dans quelle mesure le créancier peut exercer son option entre la résolution judiciaire et les autres remèdes. La jurisprudence manque sur ce point de clarté. Certaines décisions de la Cour de cassation semblent exclure toute option entre la résolution judiciaire et l'exécution forcée en cours de procès. La même précision mériterait d'être apportée à propos de la résolution par notification.

Art. 1227-1 : « Lorsque le créancier a fait le choix d'une résolution judiciaire, il peut en cours de procès, en première instance ou en appel, changer de fondement et demander l'exécution forcée ou des dommages-intérêts. Une telle option est exclue lorsque la résolution est intervenue par voie de notification, sauf d'un commun accord entre les parties. »

23. **Les effets de la résolution.** Au-delà du principe même de la résolution, ce sont les effets qui posent des difficultés au stade desquels le juge joue un rôle important. Selon la Cour de cassation, « lorsqu'un contrat synallagmatique est résolu pour inexécution par l'une des parties de ses obligations, les choses doivent être remises au même état que si les obligations nées du contrat n'avaient jamais existé »⁶⁹. Le juge dispose à dire vrai du pouvoir de moduler dans le temps les effets de la résolution. Dans les contrats à exécution successive, l'anéantissement ne rétroagit qu'au jour de

⁶⁷ Pour une appréciation critique, v. P. Stoffel-Munck, « Exécution et inexécution du contrat » : *op. cit.*, spéc. n° 26. Même critique dans le rapport de la CCIP à propos de l'avant-projet *Catala*.

⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, n° 99-18576 : D. 2001, p. 1137, obs. D. Mazeaud.

⁶⁹ Ce n'est pas le cas, par exemple, dans le projet de règlement relatif au droit commun européen de la vente, art. 118. En outre, l'avant-projet du 23 octobre 2013 détache la résolution de la condition, pour l'intégrer définitivement dans le domaine de l'inexécution à l'instar du projet d'ordonnance.

l'inexécution⁷⁰, à moins que l'inexécution ou la mauvaise exécution existait dès l'origine et c'est alors tout le contrat qui est anéanti⁷¹. Le projet d'ordonnance prévoit dans son article 1229, alinéa 3, que la résolution, sans distinction⁷², « oblige à restituer les prestations échangées lorsque leur exécution n'a pas été conforme aux obligations respectives des parties ou lorsque l'économie du contrat le commande ». La formule mériterait d'être clarifiée. La formule doit-elle laisser penser que les prestations conformes ne seront jamais restituées ? Notons enfin à propos des restitutions que la Cour de cassation exclut toute compensation de jouissance⁷³ alors que le projet d'ordonnance n'exclut pas une telle compensation dans son article 1353-2, alinéa 1^{er} : « La restitution d'une chose autre qu'une somme d'argent inclut les fruits et la compensation de la jouissance qu'elle a procurés ». Une telle compensation de la jouissance est dangereuse car elle risque de décourager les parties de demander l'anéantissement du contrat et elle encourage les comptes d'apothicaire car il faudra compenser la jouissance du bien pour l'acheteur avec la jouissance d'une somme d'argent pour le vendeur. Est-ce bien utile ? La jurisprudence avait une position plus mesurée qu'il serait inopportun de remettre en cause. Si la perte de valeur est indemnisée en cas de résolution pour défaut de conformité⁷⁶ ou en cas d'annulation⁷⁴, elle est exclue pour la jouissance de la chose tant en cas de résolution pour défaut de conformité⁷⁵ qu'en cas de nullité⁷⁹. On ne peut pas plus obtenir une indemnité pour les bénéfices réalisés⁷⁶. Cette distinction n'est pas toujours respectée comme l'illustre un arrêt publié rendu par la première chambre civile le 19 février 2014⁷⁷ qui exclut toute indemnité par une formule générale : « Après avoir prononcé la résolution de la vente, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à une recherche inopérante, a retenu que le vendeur était tenu de restituer le prix qu'il avait reçu, sans diminution liée à l'utilisation de la chose vendue ou à l'usure en résultant, justifiant ainsi légalement sa décision de ce chef ». Le projet d'ordonnance a-t-il intérêt à remettre en cause cet équilibre fragile ?

⁷⁰ P. Stoffel-Munck, « Exécution et inexécution du contrat » : *op.cit.*, p. 333, spéc. n° 22, qui préfère la notion de partie à celle de créancier.

⁷¹ Cass. 3^e civ., 3 nov. 2011, n° 10-26203 : Bull. civ. III, n° 178 qui en a validé le principe.

⁷² Cass. 3^e civ., 29 janv. 2003, n° 01-03185 : JCP G 2003, II, 10116, obs. Y.-M. Serinet.

⁷³ Cass. 3^e civ., 1^{er} oct. 2008, n° 07-15338 : Defrénois 30 déc. 2008, p. 2499, n° 38874, obs. R. Libchaber ; RDC 2009, p. 70, obs. T. Génicon ; RDC 2009, p. 168, obs. J.-B. Seube.

⁷⁴ Cass. 3^e civ., 30 avr. 2003, n° 01-14890 : Bull. civ. III, n° 87 : « Attendu que si, dans un contrat synallagmatique à exécution successive, la résiliation judiciaire n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté, la résolution judiciaire pour absence d'exécution ou exécution imparfaite dès l'origine entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat. »

⁷⁵ Cette règle vaut aussi, apparemment, pour la résolution par notification alors que son effet rétroactif est l'objet de vives discussions doctrinales, v. not. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11^eéd. 2013, Dalloz, n° 660.

⁷⁶ À propos de l'anéantissement rétroactif en général, Cass. com., 30 oct. 2007, n° 05-17882 : Bull. civ. IV, n° 231 ; JCP G 2007, IV, 3180 – Cass. 3^e civ., 19 déc. 2007, n° 07-12824 : RDC 2008, p. 255, obs. T. Génicon – Cass. 1^{re} civ., 19 févr. 2014, n° 12-19270 : D. 2014, p. 544 ; Contrats, conc. consom. 2014, comm. n° 112, obs. L. Leveneur.

⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2006, n°s 03-16075 et 03-16307 : Bull. civ. I, n°s 171 et 172.

Art. 1353-2 : « La restitution d'une chose autre qu'une somme d'argent inclut pour celui qui est de mauvaise foi, les fruits, et une indemnité en cas de perte de valeur du bien. Aucune indemnité n'est due pour la seule jouissance du bien. »

24. **Survie des clauses contractuelles et pouvoir du juge.** Quand il est question des effets de la résolution, c'est actuellement la survie de certaines clauses contractuelles qui fait débat⁷⁸. Certaines clauses sont pourvues d'une autonomie qui leur permet de survivre à l'anéantissement du contrat et produisent en quelque sorte des effets post-contractuels. Tel est le cas des clauses de différend, clauses compromissaires⁷⁹ ou des clauses attributives de juridiction⁸⁰. Survivent également au contrat les clauses qui aménagent des obligations post-contractuelles (clauses de confidentialité, clause de non-concurrence...)⁸¹. Dans le même esprit, les clauses qui règlent les conséquences de l'inexécution doivent pouvoir produire leurs effets⁸². Ainsi des clauses pénales qui sanctionnent le débiteur qui n'aurait pas ou mal exécuté ses obligations⁸³. L'efficacité de ces clauses dépend donc entièrement de l'appréciation du juge car c'est à lui qu'il revient de dire si la raison d'être de la clause justifie qu'elle produise ses effets malgré l'anéantissement de l'acte juridique. La jurisprudence n'est pas toujours indiscutable. En effet, on peut être étonné que les arrêts les plus récents refusent de faire produire leurs effets aux clauses limitatives de responsabilité⁸⁴ et aux clauses relatives à la résiliation du contrat⁸⁵. Ne s'agit-il pas de clause organisant l'inexécution du contrat ? Le projet d'ordonnance prévoit la survie de certaines clauses contractuelles mais il n'est pas certain qu'il intègre dans ses prévisions les clauses limitatives de responsabilité ou les clauses relatives à la résiliation du contrat. En effet, l'article 1230 prévoit que « la résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non concurrence ».

On peut suggérer :

⁷⁸ Interprétation *a contrario*, Cass. ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16302 : Bull. ch. mixte, n° 2.

⁷⁹ Cass. com., 30 oct. 2007, n° 05-17882 : Bull. civ. IV, n° 231 – Cass. 3^e civ., 19 déc. 2007, n° 07-12824.

⁸⁰ Cass. ch. mixte, 9 juill. 2004, préc.

⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 2014, n° 13-23903.

⁸² Cass. 1^{re} civ., 19 févr. 2014, n° 12-15520 : RDC 2014, p. 358, note. E. Savaux.

⁸³ L. Bernheim-Vandecastell, « Survie de certaines clauses du contrat en cas de résolution pour inexécution. Brèves réflexions à la lumière de la jurisprudence récente » : LPA 15 févr. 2013, n° 34, p. 6.

⁸⁴ Cass. com., 12 nov. 1968 : D. 1969, p. 238.

⁸⁵ Cass. 2^e civ., 11 janv. 1978, n° 76-11237 : Bull. civ. II, n° 13.

Art. 1230 : « La résolution n'affecte pas les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence, ni celles destinées à organiser les effets de l'inexécution, telles les clauses exonératoires de responsabilité et les clauses relatives à la résiliation du contrat. »

TRADUCCIÓN DE LA PUBLICACIÓN: “Para una ratificación minimalista de la ordenanza del 10 de febrero de 2016. Propuestas en derecho contractual: menos es más ...” – Mustapha Mekki.

"Las promesas son vinculantes solo para quienes las escuchan"¹. "El Gobierno se ha [...] comprometido a presentar un proyecto de ley de ratificación específico y a inscribirlo en la agenda del Parlamento. De esta manera, éste último podrá ejercer el derecho de control que considere necesario en el examen de este proyecto de ley y modificar el texto sobre los puntos que considere importantes"². Tal fue la promesa hecha por la Ministra de Justicia de la época, Christiane Taubira, durante la preparación de la Ley de habilitación para mejorar la aceptación del proyecto de reforma. Esta ley de ratificación está a punto de ver la luz del día. Se presentó un primer borrador en la Asamblea Nacional el 6 de julio de 2016 y se devolvió a la Comisión Jurídica al día siguiente³, evitando que expire el proyecto y permitiendo que entre en vigor. Este primer proyecto fue retirado el 9 de junio de 2017 para ser reemplazado por un nuevo texto depositado en el Senado⁴ con un solo artículo, "La Ordenanza Nº 2016-131 de 10 de febrero de 2016 portante de la reforma a la ley de contratos, del régimen general y la prueba de las obligaciones se ratifica". La Comisión Jurídica presentó un proyecto de ley de ratificación el 11 de octubre, discutido en sesión el 17 de octubre de 2017. ¿Se celebrará la promesa hecha en ese momento por Christiane Taubira o la ley de ratificación constituirá una nueva ilustración de esta realidad política elegantemente expresada por Henri Queuille según la cual "las promesas solo comprometen a quienes las escuchan"?

Las primeras enmiendas propuestas por la Comisión Jurídica del Senado, presentadas en sesión abierta el 17 de octubre de 2017, y las propuestas hechas por el gobierno en sesión, permiten presagiar un debate sobre el fondo. En lugar de una rectificación-ratificación, la más razonable, los senadores optaron sin ninguna franqueza por una ratificación-revisión que marca una clara regresión con relación a los textos actuales y pone en tela de juicio la coherencia general de la ordenanza del 10 de febrero de 2016 tanto en su texto como en su espíritu⁵.

¹ H. Queuille, presidente del Consejo y Ministro. (1884-1970).

² http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_dp_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf

³ Doc. AN n° 3928.

⁴ Doc. Sénat n° 578.

⁵ Para una crítica a este proyecto, M. Mekki, « Plaidoyer pour une rectification à la marge de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations. Analyse du projet de loi de ratification voté en première lecture par le Sénat »,

Primera evaluación después de un año de aplicación. Es demasiado pronto para elaborar una verdadera evaluación de la reforma. Sin embargo, se pueden aprender varias lecciones de este primer año de aplicación. En primer lugar, los profesionales comprendieron rápidamente la reforma al derecho de obligaciones y adaptaron sus prácticas de redacción⁶. Los abogados litigantes incluso ven esta reforma como una oportunidad, expandiendo la caja de herramientas contractuales y expandiendo el alcance de su imaginación. Si toda reforma necesariamente crea nuevos riesgos⁷, qué mejor que la técnica contractual para gestionar este riesgo⁸. Entonces, ¿qué se puede decir sobre el atractivo del derecho francés, predicado por la ley de habilitación para motivar una reforma en profundidad del Título III del Libro III del Código Civil y recordada por la Comisión Jurídica para justificar ciertas enmiendas que desfiguran la reforma misma? En lo que respecta al atractivo económico, no se basa únicamente en el derecho contractual francés. La elección de una ley aplicable y/o un juez competente está tan condicionada por la eficiencia de las reglas de procedimiento como por la calidad de la ley sustantiva. El tiempo dirá si la multiplicación de las normas legales y la diversidad de instrumentos de justicia contractual desviarán a las empresas francesas y extranjeras de la legislación francesa⁹. Por otro lado, ya se puede apreciar un atractivo intelectual curioso y entusiasta ejercido por la doctrina extranjera. Muchos están interesados en la nueva Ley de contratos y muchos de ellos aprecian las nuevas disposiciones del Código Civil. En lo que respecta a la jurisprudencia, las aplicaciones de la reforma son todavía demasiado raras¹⁰. Incluso si ciertas decisiones confirman que la ordenanza no es aplicable a los contratos celebrados antes del 1 de octubre de 2016, puede ser una fuente de inspiración formal¹¹ o informal¹² para los magistrados¹³.

Gaz. Pal. 24 oct. 2017 ; D. Mainguy, <http://www.daniel-mainguy.fr/2017/10/la-proposition-de-reforme-de-la-reforme-du-droit-des-contrats.html>

⁶ V. not. M. Grimaldi et C. Vernières (dir.), *Un an d'application de la réforme des contrats. Quel impact sur la pratique notariale?*, Defrénois, 2017.

⁷ N. Molfessis, « Synthèse sur la mise en oeuvre de la réforme », JCP E 2016. 137 ; comp. R. Mortier, « Pour une ratification-interprétation de l'ordonnance réformant le droit des contrats », Dr. sociétés 2017. Repère 9.

⁸ Para obtener una descripción general de las cláusulas contractuales y administrar riesgos legales y extra legales, P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, 5^e éd., éd. Francis Lefebvre, 2017.

⁹ Para una visión general del impacto de la reforma en el mundo de los negocios, L. Aynès, « Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires », Gaz. Pal. 2017, hors-série n° 3, p. 88. ; M. Mekki, « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe *comply or explain* », Gaz. Pal. 5 janv. 2016, p. 18.

¹⁰ Algunas decisiones de los jueces del fondo revelan que las primeras preguntas se refieren a la aplicación de la ley en el tiempo, y especialmente a la cuestión de si las nuevas disposiciones caen dentro del efecto legal del contrato o no.

¹¹ V. not. Cass., ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, D. 2017. 793, obs. N. explicative de la Cour de cassation, note B. Fauvarque-Cosson ; *ibid.* 1149, obs. N. Damas ; AJDI 2017. 612, obs. M. Thioye ; AJ Contrat 2017. 175, obs. D. Houtcief ; RTD civ. 2017. 377, obs. H. Barbier ; Constr.-Urb. 2017. Repère 4, obs. H. Périnet-Marquet ; JCP 2017. 306, note G. Pignarre (nulidad ahora relativa a un "mandato" con arreglo a la ley de Hoguet inspirada en la "nueva" ley de nulidades) ; Civ. 1^{re}, 20 sept. 2017, n° 16-12.906, D. 2017. 1911 (nullité relative du mandat irrégulier en la forme et ratification) ; Soc. 21 sept. 2017,

Por otra parte, para contrarrestar esta interpretación de los textos a la luz de la ordenanza, es que el proyecto de ley de ratificación del Senado prevé completar el artículo 9 de la Ordenanza. Sin embargo, al prohibir mediante una modificación el uso de la teoría del orden público (sic) y del efecto legal del contrato, el Senado realiza un esfuerzo sin resultados. Las decisiones antes mencionadas demuestran que los jueces prefieren interpretar los textos a la luz de la ordenanza, una práctica contra la cual el revisado Artículo 9 no puede hacer nada.

El papel de los jueces y la seguridad jurídica. Pase lo que pase, no sería oportuno que la ley de ratificación modifique la ordenanza en profundidad, como, sin embargo, ha entendido hacerlo el Senado. Una ley de ratificación que implemente modificaciones sustanciales sería, en muchas maneras, inoportuna¹⁴. Es un hecho que ciertos principios están en disputa¹⁵. Ciertos poderes son condenados¹⁶, ciertas nociones son denunciadas¹⁷. Sobre estas diferentes críticas, relevantes propuestas han sido formuladas por la doctrina. Algunos lamentan que ciertas temáticas no hayan sido abordadas y reprochan a la ordenanza el haber aportado con una que otra deficiencia o laguna¹⁸. Sin embargo, no existe un texto perfecto y el legislador no puede prever todo¹⁹. Fundamentalmente,

n° 16-20.103, AJ Contrat 2017. 480, note C.-E. Bucher ; D. 2017. 2007, observación explicativa de la Cour de cassation, note D. Mazeaud ; Gaz. Pal. 10 oct. 2017, p. 13, note M. Latina (Naturaleza legal de una promesa de contratación: ¿oferta o promesa a la luz del la ordenanza?); V. égal. C.-E. Bucher, Réforme du droit des contrats - Le nouveau droit des contrats : un an déjà... - Focus, CCC 2017. Alerte 57 ; Soc. 21 sept. 2017, n° 16-20.103, D. 2017. 2007, observación explicativa de la Cour de cassation, note D. Mazeaud.

¹² Civ. 3^e, 4 mai 2016, n° 15-12.454, D. 2017. 375, obs. M. Mekki, sur l'abus d'état de dépendance psychologique manifestement inspiré de l'article 1143 nouveau du code civil non applicable en l'espèce ; AJDI 2016. 539.

¹³ Sobre este tema, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, 14^e éd., LexisNexis, 2017, spéc. n° 50-9.

¹⁴ Para una modificación sustancial, C. Grimaldi, « En attendant la loi de ratification... », D. 2016. 606 ; rappr. F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations, innovations, perspectives*, Dalloz, 2016, n° 70.01 ; la *Revue des contrats* dedicó la mayor parte de su primer número de 2017 a las correcciones que podrían hacerse, artículo por artículo "Mejorando los textos resultantes de la reforma del derecho contractual", RDC 2017. 165.

¹⁵ El principio de buena fe preocupa a quienes no quieren un juez omnipotente.

¹⁶ El poder de revisión del juez, en caso de ejecución imperfecta (Código Civil, Artículo 1223) o de imprevisión (Código Civil, Artículo 1195) por ejemplo. Los instrumentos de justicia contractual se consideran peligrosos, el abuso del estado de dependencia del artículo 1143 del Código Civil o la lucha contra las cláusulas abusivas del artículo 1171 del mismo Código.

¹⁷ Se denuncia la proliferación de nociones con contenido variable: lo razonable, lo legítimo, la desproporción, la ventaja desmesurada, el desequilibrio significativo, la confianza ...

¹⁸ Ver, por ejemplo, la desaparición de los antiguos artículos 1128 (cosas fuera de comercio), 1132 (validez del acuerdo aunque la causa no se expresa), 1172 (exigibilidad de la condición), en estos puntos, L. Leveneur, « Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats - 1128, 1132, 1172: début d'une liste à compléter en vue d'une certaine loi de ratification », CCC 2016. Repère 11.

¹⁹ En su discurso introductorio, Portalis declaró que "haga lo que haga, las leyes positivas no podrán jamás reemplazar por completo el uso de la razón natural en los asuntos de la vida. Las necesidades de la sociedad son muy variadas, la comunicación de los hombres es tan activa, sus intereses son tan numerosos y sus relaciones tan extensas que es imposible que el legislador se encargue de todo. Dentro de las materias mismas que particularmente fijan su atención, hay una gran cantidad de detalles que se le escapan, o que son demasiado polémicos y móviles para poder convertirse en el objeto de texto de una ley.

debemos recuperar la confianza en los jueces²⁰, siguiendo así los sabios consejos de Portalis, que recuerdan que la ciencia del magistrado es "poner en práctica estos principios, ramificarlos, ampliarlos, mediante una aplicación juiciosa y razonable, a hipótesis privadas; estudiar el espíritu de la ley cuando el sentido literal no es claro, y no exponerse a ser por turno esclavo y rebelde, y desobedecer por espíritu servicial"²¹. Portalis agregó también que "corresponde al magistrado y al jurisconsulto, imbuidos por el espíritu general de las leyes, dirigir su aplicación". Sobre todo, una revisión en profundidad del texto iría en contra de la seguridad jurídica, uno de los pilares retóricos de la ley de habilitación. En efecto, los destinatarios de la reforma, esto es, litigantes y profesionales, en caso de revisión de fondo de la ordenanza del 10 de febrero de 2016, deberán conjugar; la antigua ley aplicable a los contratos celebrados antes del 1 de octubre de 2016- fecha de entrada en vigor de la ordenanza del 10 de febrero de 2016-; el derecho intermedio nacido de la ordenanza; y el derecho recién nacido directamente de la ley de ratificación. Esta revisión sobre el fondo sería aún más compleja porque los profesionales han estado formándose durante más de un año y medio sobre el sentido, el valor y el alcance de la ordenanza del 10 de febrero de 2016, cuya entrada en vigor pudo parecer un tanto precipitada²². Evitemos que mediante un rediseño del texto se produzca una "indigestión del cuerpo social"²³. A esta primera dificultad se agrega el riesgo de cambios corporativistas, partidistas, fragmentarios, sectoriales y aislados unos de otros que hacen que la reforma pierda su coherencia general, cualidad que debe reconocerse en esta ordenanza elaborada luego de una consulta pública muy fructífera. Las enmiendas, a veces clave, redactadas por los lobbistas más influyentes podrían alterar el equilibrio general del texto. Sin abogar por una ratificación a secas de la ordenanza²⁴, la ley debe realizar una modificación minimalista, una especie de ratificación interpretativa. Se trata de efectuar retoques sin realizar una reforma, corregir errores

²⁰ J.-E. M. Portalis, «había jueces antes de que hubiera leyes, y jamás las leyes podrán atender a todos los casos que se presentan ante los jueces», J.-E. M. Portalis, *Discours du 23 frimaire an X, Parlem.*, Librería administrativa de P. Dupont, 1864, p. 136 ; adde, G. Parleani, « La réforme du droit des contrats: une bonne idée confrontée aux travers français », *AJ Contrat* 2017. 49 : "Debemos esperar aún que los magistrados, especialmente aquellos que componen el Tribunal Supremo, trabajen para estabilizar de manera razonable, pero especialmente rápida, nuestro nuevo derecho común de contratos".

²¹ Portalis, *Discurso Preliminar sobre el proyecto de Código Civil, 1^{er} pluviôse an IX par la Commission nommée par le gouvernement consulaire*, Paris, Joubert, 1844.

²² A diferencia de otros países que han elegido darle tiempo a los destinatarios para familiarizarse con el texto, vea el ejemplo de Japón, que en junio de 2017 reformó el Minpo sobre la ley de bonos, para que su entrada en vigor sea en 2020 .

²³ Sobre esta expresión, R. Savatier, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977. Chron. 43; adde, A. Bénabent, « La "digestion" de la réforme », *RDC* 2016. 608.

²⁴ Para una ratificación seca, N. Molfessis, "Para una ratificación a secas de la ordenanza del 10 de febrero de 2016 sobre la reforma del derecho contractual", *JCP* 2017. 1045.

de pluma y aclarar aquellos textos que plantean un verdadero problema de significado²⁵. Para lo demás, dejemos actuar a los practicantes²⁶.

Menos es más. A la luz del contexto descrito anteriormente, menos es más²⁷. La ley de ratificación debe limitarse a remediar las imperfecciones más flagrantes evitando crear una nueva ley de contratos. Estamos lejos del espíritu con el que el Senado votó en primera lectura el proyecto de ley de ratificación. Estas correcciones deseables se pueden presentar en dos etapas. La ordenanza del 10 de febrero de 2016 hace preguntas de orden general o transversal en primer lugar y preguntas especiales en segundo lugar²⁸.

1. Las preguntas transversales.

Las tres preguntas principales. La ordenanza del 10 de febrero de 2016 dio lugar a tres preguntas transversales y recurrentes entre los intérpretes y especialmente los profesionales, que se refieren, por una parte, al derecho transitorio, por otra, al carácter supletorio o imperativo de la norma y, finalmente, a la articulación entre reglas generales y reglas especiales.

1.1. El derecho transitorio.

El derecho transitorio. Sin entrar en detalle sobre las cuestiones de derecho transitorio²⁹, el artículo 9 de la ordenanza del 10 de febrero de 2016 sigue siendo relativamente sucinto sobre este tema fundamental que preocupa a los practicantes y cuestiona a los primeros jueces que se han ocupado

²⁵ Comp. L. Leveneur, «Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats - 1128, 1132, 1172: début d'une liste à compléter en vue d'une certaine loi de ratification... », CCC 2016. Repère 11.

²⁶ D. Mazeaud, Imaginar la reforma, RDC 2016. 610: «El futuro de la reforma pertenece, en cierta medida, a los profesionales. Depende de ellos no someterse sistemáticamente a la letra de la ley, modelarla de acuerdo con los intereses de aquellos a quienes aconsejan, reinventarla bajo esta misma perspectiva y a ser en el fondo los coautores posteriores.»

²⁷ Lo más simple es lo mejor.

²⁸ Las propuestas reproducidas aquí son las presentadas a la Comisión del Senado sobre el Proyecto de Ley de ratificación N° 2016-131 del 10 de febrero de 2016, que contiene la reforma al derecho de contratos, al régimen general y a la prueba de las obligaciones, presidido por François Pillet.

²⁹ Sobre la totalidad de la pregunta, V. J.-B. Seube, «Dispositions transitoires: l'ordonnance du 10 février 2016 a-t-elle tout prévu?», in *Pratiques contractuelles, ce que change la réforme du droit des obligations*, Éditions législatives, 2016, p. 285; C. François, «Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats», D. 2016. Chron. 506; S. Gaudemet, «Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016», JCP 2016. 958; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats...*, op. cit., n° 61.32; adde, pour une application immédiate de l'ensemble des dispositions de la réforme, V. D. Mainguy, «Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats», D. 2016. Chron. 1762.

de esta cuestión.

Las lagunas. Completamente redactado para regir las disposiciones relativas al derecho de contratos, el artículo 9 guarda silencio sobre la aplicación en el tiempo de las disposiciones relativas al sistema general de obligaciones, que no siempre están vinculadas a un contrato, y sobre la aplicación en el tiempo de las disposiciones relativas a la prueba. Sobre estos diferentes aspectos, la ley de ratificación podría proporcionar algunas ideas. Cuando las normas sobre el sistema general de obligaciones no están vinculadas a la preexistencia de un contrato, debe preferirse el principio de aplicación inmediata de la nueva ley. Tal sería el caso con las disposiciones relativas a la indivisibilidad, solidaridad, pago, constitución en mora, confusión, indemnización, etc. En cuanto a la prueba³⁰, la ley de ratificación podría precisar que las normas que rigen la administración y la admisibilidad de las pruebas constituidas durante el curso de la instancia (por ejemplo: confesión y juramento) son cuestiones de procedimiento y justifican su aplicación inmediata a los procedimientos en curso, mientras que las normas relativas a la admisibilidad de las pruebas pre constituidas y aquellas relacionadas con la carga de la prueba se rigen por la legislación vigente del día en que se concluyó el acto al que se refiere³¹.

Los poderes del juez. El juez juega un papel activo en la resolución de conflictos de leyes en el tiempo. En particular, utiliza la teoría del efecto legal del contrato, que el proyecto de ley del Senado en primera lectura desea prohibir. La *Cour de Cassation*, en un dictamen del 16 de febrero de 2015³² - a propósito de los cambios introducidos por la Ley de Acceso a la Vivienda y Urbanización renovada ("Ley ALUR" del 24 de marzo de 2014) a las reglas sobre arrendamiento de la vivienda- recordó en este sentido que "la nueva ley rige de inmediato los efectos jurídicos de las situaciones legales que surgieron antes de su entrada en vigencia y no se realizaron definitivamente. El artículo 24 de la ley de 6 de julio de 1989 modificado por la ley del 24 de marzo de 2014, le da al juez la facultad de otorgar un período de tres años como máximo al inquilino que se encuentra en situación de liquidar su deuda de alquiler. Dicho artículo se aplica a los arrendamientos en curso a la fecha de entrada en vigor de ley de 24 de marzo de 2014"³³. Muchos profesionales están preocupados por esta referencia

³⁰ C. civ., nouv. art. 1353 s.

³¹ Sobre estas reglas probatorias, S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, PUF, 2014, spéc. n° 5, p. 7 s.

³² Demanda n° 14-70.011.

³³ Una aproximación puede hacerse con una sentencia más reciente que aborda sin embargo, la pregunta bajo el ángulo del orden público allí donde debería tratarse de un "orden público imperioso" y donde se trataba más ciertamente en la especie

al efecto legal del contrato que podría ser la base para la aplicación inmediata de muchas de las disposiciones de la ordenanza. ¿No podría la ley de ratificación ser más precisa sobre la naturaleza de ciertas disposiciones? Desafortunadamente, no corresponde a la ley hacer este tipo de aclaraciones. Sin embargo, el informe presentado por la Comisión Jurídica del Senado no lo hizo, los debates ante la Asamblea Nacional podrían abordar estos temas y confirmar, por ejemplo, que las disposiciones relativas al derecho de restitución y a las sanciones por incumplimiento releven del efecto legal del contrato reforzando la previsibilidad de la ley. Más controvertida aun es la naturaleza de las reglas relacionadas con la nulidad y la caducidad. ¿Son éstas un efecto legal del contrato? En cualquier caso, cualesquiera que sean las aclaraciones hechas durante los debates parlamentarios, tendrán una fuerza normativa limitada. En este caso preciso, tal vez se debería dejar al juez la tarea de regular las cuestiones relativas al derecho transitorio.

1.2. La naturaleza de la regla.

Favorecer la regla supletoria. La ley de ratificación también puede facilitar la aplicación de la ordenanza a los redactores de actas que son los primeros destinatarios de este nuevo derecho de las obligaciones. Uno de los principales obstáculos que deben superar es la determinación de la naturaleza de la norma con el fin de saber si puede ser excluida o adaptada. Para hacer esto, es necesario determinar si la norma es supletoria de la voluntad. El informe presentado al Presidente de la República con ocasión de la publicación de la ordenanza³⁴ proporciona algunas ideas al afirmar que cualquier cosa que no sea formalmente imperativa debe considerarse supletoria de la voluntad. Esta interpretación *en favorem* está fundada en el principio de libertad contractual que constituye el primer pilar del templo contractual, como lo confirma su consagración en la categoría de principio (¿rector?) dentro del nuevo artículo 1102 del Código Civil. Sin embargo, la fórmula anteriormente descrita es torpe porque existen normas que no son formalmente imperativas pero cuyo carácter de orden público las dota, no obstante, de un buen sentido jurídico. Este es el caso de todas las normas relacionadas con las condiciones de validez del contrato³⁵, lo cual destaca el informe preparado por el Senador François Pillet en nombre de la Comisión Jurídica del Senado³⁶. Por otra parte, el nuevo

de un efecto legal del contrato, Civ. 3^e, 17 nov. 2016, n° 15-24.522 P, AJ Contrat 2017, 47, obs. V. Forti ; RTD civ. 2017. 118, obs. H. Barbier.

³⁴ JO 11 févr. 2016.

³⁵ C. civ., nouv. art. 1128 s.

³⁶ Doc. **Sénat**, n° 22, 11 oct. 2017.

artículo 1102, párrafo 2 del Código Civil, que trata sobre "normas" que interesan al orden público, hace referencia al orden público judicial o virtual. El juez, incluso si el legislador no especificó nada, puede calificar una disposición de norma imperativa. En este contexto, varias disposiciones fundamentales plantean ya preguntas y preocupan a los profesionales que perciben una fuente de inseguridad jurídica que puede dar lugar a responsabilidad profesional³⁷. El proyecto de ley del Senado en primera lectura no especifica en el texto la naturaleza de las normas involucradas, sino que simplemente hace referencia a ellas en el informe de la Comisión Jurídica, lo cual es insuficiente. La ley de ratificación podría, incluso sin exhaustividad, especificar la naturaleza de varias disposiciones clave que están en el corazón de la actividad económica. Este es, ante todo, el caso del nuevo artículo 1124, párrafo 2, del Código Civil que consagra la ejecución forzada en especie de la promesa unilateral de contrato en caso de revocación por el promitente antes del levantamiento de la opción. La naturaleza de esta norma genera debate y el interés práctico de su expulsión mediante el otorgamiento de simples daños e intereses, es recordado por la práctica y confirmado en el informe de la Comisión Jurídica. Sería útil que la ley de ratificación agregara la frase "salvo cláusula contraria" o "a menos que las partes hayan dispuesto otra cosa", poniendo fin así a cualquier discusión. La misma precisión sería bienvenida a fin de confirmar la naturaleza supletoria del artículo 1223 sobre la reducción del precio en caso de ejecución imperfecta, del artículo 1304-4 sobre la renuncia a una condición fallida, reglas relativas a las restituciones³⁸. Más específicamente aún, ¿se pueden modificar los poderes del juez en caso de circunstancias imprevistas, por ejemplo, excluyendo el poder de revisión³⁹? ¿Se puede excluir la excepción de ejecución forzada en especie en casos de desproporción manifiesta entre el costo para el deudor y el interés del acreedor⁴⁰?

1.3. Derecho común y derecho especial.

La articulación del derecho común de los contratos y de las reglas especiales. Finalmente, la última fuente de dificultades transversales para los destinatarios de la reforma es la articulación del derecho común de los contratos y el derecho especial. Haciendo memoria, el proyecto de reforma de febrero

³⁷ Sobre estas cuestiones, C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », JCP 2016. 454 ; A.-S. Choné-Grimaldi, J. Darmon et J.-P. Grandjean, « Aménager le droit des contrats », JCP E 2016. 1374.

³⁸ C. civ., nouv. art. 1352 s.

³⁹ C. civ., nouv. art. 1195, al. 2.

⁴⁰ C. civ., nouv. art. 1221. Esto no es deseable. Tratándose de una aplicación de la teoría del abuso, ella debería ser una regla de orden público. El informe de la comisión del Senado, sin embargo, dice lo contrario, mientras que no niega que se trata de una aplicación de la teoría del abuso del derecho.

de 2015 había omitido retomar la regla del antiguo artículo 1107 del Código Civil sobre la articulación entre el derecho común y el derecho especial de los contratos⁴¹. Este olvido se ha corregido ya que ahora figura en el Código Civil un nuevo artículo 1105. Sin embargo, esta disposición, que debía consolidar la jurisprudencia previa con arreglo al informe presentado al Presidente de la República, es de dudosa redacción sobre un tema que es crucial. El párrafo 2 establece, que, en efecto "las reglas especiales de ciertos contratos se establecen en las disposiciones propias a cada uno de ellos" y el párrafo 3 agrega que "las reglas generales se aplican con sujeción a estas reglas especiales". La lectura de esta disposición arroja dudas sobre la codificación de un derecho constante. La jurisprudencia desestima la regla general luego de verificar que las reglas a ser articuladas persiguen el mismo propósito y son incompatibles⁴². Ahora bien, el párrafo 3 no hace referencia a estos criterios. Por otra parte, el párrafo 2 se refiere a las "reglas especiales para ciertos contratos", en otras palabras, el derecho de contratos especiales. Ahora bien, ¿qué pasa con el derecho especial en contratos relativos al derecho de competencia, al derecho de sociedades, al derecho laboral o al derecho del consumidor⁴³? La ley de ratificación podría mejorar la comprensión de este artículo. Una de dos. Si el legislador desea limitar esta regla de conflicto solo a los contratos especiales, en este caso es necesario mantener el párrafo 2 como está y modificar el párrafo 3 de la siguiente manera: "Las reglas generales se aplican de manera supletoria a las reglas especiales que persiguen el mismo propósito y con las cuales serían incompatibles". Si el legislador tiene la intención de extender esta norma de conflicto a las reglas especiales aplicables a los contratos, entonces los dos párrafos se debiesen modificar de la siguiente manera: Párrafo 2: "Los contratos están igualmente sujetos a reglas particulares compuestas por el derecho relativo a las partes, tanto como por derechos especiales aplicables a cierto tipo de contratos"; Párrafo 3: "Las reglas generales se aplican de manera supletoria a estas reglas especiales que persiguen el mismo propósito y con las cuales serían incompatibles". Si el informe de la Comisión Jurídica aborda esta cuestión, es solo para defender sobre la base de argumentos poco pertinentes la incompatibilidad entre el artículo 1171 del Código Civil y los artículos L. 212-1 del Código de Consumo y L. 442-6 del Código de Comercio⁴⁴. Podríamos haber esperado más del proyecto de ley de ratificación, que podría proponer una nueva redacción del

⁴¹ Sobre esta cuestión, N. Blanc, «Contrats nommés et innomés, un article disparu», RDC 2015. 811; N. Balat, «Réforme du droit des contrats: et les conflits entre droit commun et droit spécial?», D. 2015. Chron. 699; Y. Lequette, «Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats?», RDC 2015. 615.

⁴² C. Goldie-Génicon, «Droit commun et droit spécial», RD Assas, févr. 2013, p. 29.

⁴³ Sobre estas incertidumbres, F. Chénéde, *Le nouveau droit...*, op. cit., spéc. n° 21.32, p. 21.

⁴⁴ <https://www.senat.fr/rap/l17-022/l17-0221.pdf>, spéc. p. 22 s.

artículo 1105 del Código Civil.

Estas preguntas generales no deben pasarse por alto ya que son una fuente importante de preocupación para la práctica⁴⁵. Para reforzar este vínculo de confianza entre el locutor y sus interlocutores, ciertas disposiciones especiales ameritarían igualmente ser corregidas.

2. Las preguntas especiales.

Solo los errores de pluma y los artículos que constituyen una fuente de controversias interpretativas importantes deben ser corregidos. Para expresar esto, parece más simple participar en un estudio lineal del nuevo Título III del Libro III del Código Civil.

2.1. Disposiciones preliminares.

Los principios. Entre las disposiciones introductorias, el nuevo Artículo 1102 del Código Civil ya no se ocupa de las buenas costumbres, mientras que el Artículo 6 del Código Civil continúa refiriéndose a ello. Debemos optar si las buenas costumbres desaparecen por completo, dando como resultado una modificación del Artículo 6, o bien se incluyen también en el nuevo Artículo 1102, párrafo 2. La segunda alternativa es preferible dado que las buenas costumbres persisten, ya sea con un campo de aplicación restringido, o a costa de una transformación conceptual⁴⁶. En definitiva, independiente de la elección realizada, es necesario alinear los artículos 6 y 1102 párrafo 2.

Definiciones. En cuanto a las definiciones, ellas dividen a la doctrina y plantean interrogantes a los profesionales. Dos de ellas merecen ser corregidas sin una modificación sustancial. La primera definición es la del contrato de adhesión del nuevo artículo 1110 del Código Civil. Inútil es intentar definir lo que cubre el término "condiciones generales". Sobre este punto, es necesario confiar en el juez que, en función de las circunstancias y los litigios, precisará sus contornos. Por otro lado, dos precisiones si son necesarias. En primer lugar, sería útil lograr que el primer párrafo, que define el contrato negociado de común acuerdo, y el segundo párrafo, que define el contrato de adhesión, sean coherentes. Estos dos párrafos no se corresponden entre si y algunos contratos no entran en

⁴⁵ Leer de nuevo, J. Carbonnier, *La part du droit dans l'angoisse contemporaine, in Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 201 s.

⁴⁶ Rappr. O. Deshayes, Th. Génicon et Y.-M. Lathier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 46.

ninguna de las categorías. En segundo lugar, el legislador debería proporcionar precisiones de orden probatorio. Con la finalidad de garantizar que esta disposición sea plenamente eficaz, sería conveniente imponer la carga de la prueba sobre quien, en presencia de condiciones generales, impugna la clasificación del contrato como uno de adhesión⁴⁷. Un tercer párrafo podría redactarse de la siguiente manera: "En presencia de condiciones generales, corresponde a la parte que alega la existencia de un contrato de común acuerdo probar la existencia de las negociaciones". El proyecto de ley de ratificación del Senado ha elegido eliminar el término "condiciones generales" por preferir el de "cláusulas negociables". Esta modificación no es para nada deseable. Este criterio no solo reduce considerablemente el alcance de la protección, sino que, además, seguramente la noción de "negociabilidad" planteará problemas idénticos, en particular a nivel probatorio.

Existe otra definición que también da lugar a algunas dudas. Esta es la del nuevo Artículo 1111 del Código Civil relativo al contrato marco. Esta disposición parece hablar de contratos de implementación que determinan las modalidades de ejecución del contrato marco al que están vinculados. Sin embargo, la jurisprudencia ha señalado en repetidas ocasiones la autonomía de los contratos de ejecución del contrato marco, en particular en el contexto de las cuestiones de derecho transitorio⁴⁸. Si el informe de la comisión confirma esta autonomía, parece más eficaz modificar el texto. Este artículo debiese ser corregido de la siguiente manera: "El contrato marco es un acuerdo mediante el cual las partes acuerdan las características generales de los futuros contratos de implementación".

2.2. La conclusión del contrato.

Las negociaciones. En cuanto a la celebración del contrato, se supone que el nuevo artículo 1112 del Código Civil relativo a las negociaciones es considerado una codificación de la jurisprudencia de

⁴⁷ Nociones de las más controvertidas dentro de la doctrina, para una concepción estricta, F. Chénéde, «Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil», JCP 2016. Actu. 776; «Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme, D. 2015. Chron. 1226»; para una concepción más amplia, de acuerdo con el espíritu de la reforma, T. Revet, «Les critères du contrat d'adhésion», D. 2016. Chron. 1771; «Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés», D. 2015. Chron. 1217; «Une philosophie générale?», RDC 2016, n° hors-série, p. 5, spéc. n° 14, p. 10; D. Fenouillet, «Le juge et les clauses abusives», in M. Mekki (dir.), «Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », RDC 2016. 358; M. Mekki, «Fiche pratique sur le contrat d'adhésion», Gaz. Pal. 22 mars 2016, p. 16.

⁴⁸ Sobre este punto, O. Deshayes, T. Génicon et Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 69, spéc. note 91. *Adde*, S. Gaudemet, «Dits et non-dits...», *op. cit.*, spéc. IA.

Manoukian⁴⁹. Sin embargo, el texto parece más estricto y más amplio al mismo tiempo. Más estricto, porque la limitación del perjuicio reparable parece remitir a todas las culpas en la etapa de negociación mientras que el caso Manoukian adopta una concepción restrictiva para una sola categoría de culpa. Especialmente, más amplio, porque la pérdida de la posibilidad de lograr la ganancia esperada, excluida por Manoukian, no está claramente excluida por el Artículo 1112, que, según la opinión de varios practicantes y académicos, excluye solamente "la pérdida de los beneficios previstos del contrato". Si el legislador pretende consagrar la jurisprudencia anterior, es necesaria una modificación que podría ser la siguiente: "En caso de culpa cometida en las negociaciones, la reparación del daño resultante no puede tener por objeto compensar ni la pérdida de los beneficios previstos del contrato no concluido, ni la pérdida de la posibilidad de beneficiarse del contrato no concluido". En este sentido, una modificación ha sido propuesta por el proyecto de ley de ratificación del Senado en primera lectura.

La obligación precontractual de información. En la etapa de las negociaciones, el nuevo artículo 1112-1 del Código Civil relativo a la obligación precontractual de información plantea muchas preguntas. Sin una revisión completa del artículo, el primer párrafo podría aclararse para que desaparezcan ciertas ambigüedades⁵⁰. Este párrafo podría redactarse de la siguiente manera: "Aquella parte que conoce información cuya importancia es relevante para el co-contratante debe informarlo a menos que su ignorancia sea legítima. La existencia de un vínculo particular de confianza hace que la ignorancia siempre sea ilegítima".

Contratos preparatorios: el pacto de preferencia. Los dos artículos sobre contratos preparatorios pueden mejorarse borrando algunas imperfecciones. En lo que respecta al nuevo artículo 1123 del Código Civil relativo al pacto de preferencia, el legislador debe aclarar si la jurisprudencia relativa al precio y la duración se expulsó. O bien el legislador considera que "ni el precio ni la duración son una condición de validez del pacto de preferencia" y aquello es mejor decirlo, o bien el legislador considera, a partir de ahora, la duración como una condición de validez, en particular desde que el

⁴⁹ Com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243, Bull. civ. IV, n° 186 ; D. 2004. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne ; *ibid.* 2922, obs. E. Lamazerolles ; Rev. sociétés 2004. 325, note N. Mathey ; RTD civ. 2004. 80, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 85, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁵⁰ El carácter "pertinente" es más apropiado que el carácter determinante, que es una concepción restrictiva que podría sugerir que el incumplimiento no está sancionado si se establece que la otra parte aún habría celebrado el contrato si hubiera sido informado, operando una confusión con el régimen de vicios del consentimiento. La articulación entre la ignorancia ilegítima y el vínculo de confianza también merecía ser aclarada.

nuevo artículo 1210 prohíbe de manera general los compromisos perpetuos⁵¹. Por lo tanto, es apropiado que el legislador reelabore claramente la jurisprudencia anterior.

Para aumentar la eficacia de la acción interrogatoria de los párrafos 3 y 4 del artículo 1123, el legislador haría bien en flexibilizar, como se prevé en el proyecto de febrero de 2015, las condiciones de las pruebas que permitan al beneficiario obtener la nulidad o la sustitución en los derechos del tercero. La prueba del sólo conocimiento por el tercero de la existencia de un pacto de preferencia, haría aún más pertinente la acción interrogatoria. En cuanto a los párrafos 3 y 4, sería más seguro eliminar cualquier referencia a un 'período razonable' para preferir un período fijo de quince días o un mes (el proyecto de ley de ratificación propone un período de dos meses). Conviene igualmente, exigir una respuesta inequívoca del beneficiario. El artículo podría escribirse de la siguiente manera:

Párrafo 1: "El pacto de preferencia es el contrato por el cual una parte se compromete, durante un determinado período de tiempo, a proponer de manera prioritaria al beneficiario, tomar contacto con él en caso que decida contratar. El precio no es una condición de validez."

Párrafo 2: "Cuando un contrato se celebra con un tercero en violación de un pacto de preferencia, el beneficiario puede obtener una indemnización por el daño sufrido. Cuando el tercero supiera de la existencia del pacto, el beneficiario puede igualmente solicitar la nulidad o pedir al juez que lo sustituya por el tercero en el contrato celebrado."

Párrafo 3: "El tercero puede solicitar al beneficiario por escrito que confirme dentro de un período de 15 días la existencia de un pacto de preferencia y declarar inequívocamente si desea acogerse a él".

Párrafo 4: sin cambios⁵².

La promesa unilateral de contrato. La disposición del nuevo artículo 1124 del Código Civil amerita algunas correcciones. El primer párrafo define la promesa unilateral de contrato exigiendo

⁵¹ Aun cuando en el pasado se rechazó la calificación de compromisos perpetuos para el pacto de preferencia, Civ. 1^{re}, 22 déc. 1959, JCP 1960. II. 11494, note P. Esmein.

⁵² Este párrafo está redactado en los siguientes términos: "El texto menciona que, en ausencia de una respuesta dentro de este plazo, el beneficiario del pacto ya no podrá solicitar su sustitución en el contrato celebrado con el tercero o la nulidad del mismo".

condiciones esenciales determinadas, mientras que la mera determinabilidad de esas condiciones parecía anteriormente ser suficiente⁵³. Si se trata de un error de redacción, el texto debe corregirse agregando: “[...] el derecho a optar por la celebración de un contrato cuyos elementos esenciales sean determinados o determinables, [...]”. El párrafo 2, sobre la fuerza vinculante de la promesa unilateral de contrato, merece simplificarse en su redacción y debiese calificarse claramente como una disposición supletoria de la voluntad: "El promitente no puede revocar su promesa. Toda revocación antes del ejercicio de la opción y antes de la expiración del plazo para ejercer la opción da derecho al beneficiario a obtener la ejecución forzada en especie, salvo cláusula en contrario." Finalmente, el último párrafo, referido a la nulidad del contrato celebrado con un tercero en caso de violación de la promesa por parte de este último que sabía de su existencia es inapropiado. La inoponibilidad es la sanción más apropiada: "El contrato celebrado en violación de la promesa unilateral con un tercero que sabía de su existencia es inoponible al beneficiario".

2.3. Las condiciones de validez.

Consentimiento. Las condiciones de validez se refieren, por un lado, a los vicios del consentimiento. Ciertas rectificaciones menores podrían evitar un gran número de litigios. En primer lugar, el nuevo Artículo 1130 del Código Civil usa una fórmula incómoda, que comparte la doctrina, sobre el futuro del dolo incidental y su sanción⁵⁴. De acuerdo con esta disposición, "el error, el dolo y la fuerza vician el consentimiento cuando son de tal naturaleza que, sin ellos, una de las partes no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes". Algunos autores sostienen que el dolo incidental, caso en que el co-contratante habría contratado pero no en las mismas condiciones, habría desaparecido, mientras que otros consideran que ahora existirían tres hipótesis: aquella en que no habrían contratado; aquella en que habrían contratado en condiciones sustancialmente diferentes y aquella en la que habría sido víctima de un dolo incidental que, en este último caso, solo le permitiría solicitar indemnización de perjuicios simples o la supresión de una cláusula, pero en ningún caso la nulidad. Frente a la duda que subsiste, podría ser útil modificar la fórmula para admitir que todos los dolos pueden ser sancionados por nulidad, o para condenar de manera clara el dolo incidental. En la primera hipótesis, que parece la más oportuna y evitaría los riesgos del término

⁵³ Sobre esta incertidumbre, J.-B. Seube et D. Savouré, « La promesse unilatérale de vente », in *Un an d'application de la réforme des contrats. Quel impact sur la pratique notariale ?*, Defrénois, 2017 p. 15 s., spéc. n° 3, p. 18.

⁵⁴ V. not. A. Lecourt, « Dol incident dans une cession de titres sociaux : une anticipation opportune de la réforme », RTD com. 2016. 817.

"condiciones sustancialmente diferentes," el artículo podría rectificarse en este sentido: "El error, el dolo y la fuerza vician el consentimiento cuando son de tal naturaleza que, sin ellos, una de las partes no habría contratado o habría contratado en condiciones diferentes “.

En lo concerniente al dolo, una importante inconsistencia debe ser recalcada entre los términos del nuevo artículo 1112-1 del Código Civil y las del artículo 1137. El primero de estos textos refuerza la jurisprudencia Baldus⁵⁵ según la cual la reticencia dolosa supone la prueba de una obligación de información y una intención de engañar. Sin embargo, dado que no existe la obligación de proporcionar información sobre la estimación del valor de la prestación, no puede existir la nulidad del contrato sobre la base de la reticencia dolosa. El nuevo Artículo 1137, por el contrario, sugiere que la "ocultación intencional de información", independientemente de cualquier obligación de información previa, puede en sí misma fundamentar la nulidad como una reticencia dolosa⁵⁶. Esta contradicción formal debe ser corregida y el principio planteado en el Artículo 1112-1 debe ser reforzado: si no hay obligación de información sobre el valor, no puede haber nulidad por reticencia dolosa. El párrafo 2 del artículo 1137 podría revisarse de la siguiente manera: “Constituye igualmente dolo el incumplimiento de una obligación precontractual de información con la intención de inducir a error a la parte contratante e incitarlo a celebrar el contrato”⁵⁷. En el mismo espíritu, el nuevo artículo 1139 podría ser aclarado: "El error, cualquiera que sea su naturaleza, si resulta de un dolo es siempre excusable”.

Finalmente, el nuevo artículo 1143 sobre el abuso de un estado de dependencia plantea interrogantes sobre el plan probatorio⁵⁸: ¿el abuso debe ser establecido por separado⁵⁹ o la existencia de una ventaja excesiva en un contrato celebrado por una persona en un estado de dependencia

⁵⁵ Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, Bull. civ. I, n° 131; D. 2002. 928, obs. O. Tournafond; RTD civ. 2000. 566, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁵⁶ V. not. M. Fabre-Magnan, «Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme», JCP 2016. 706; C. Grimaldi, «Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon...», D. 2016. 1009.

⁵⁷ El proyecto de ley de ratificación propone la siguiente redacción: "Constituye igualmente dolo, un ocultamiento deliberado por parte de uno de los contratantes, de información que debe proporcionar a la otra parte de conformidad con la ley". Esta fórmula parece demasiado simplista.

⁵⁸ El proyecto de ley de ratificación del Senado propone reducir este abuso en estado de dependencia, sólo a la dependencia económica, con argumentos técnicos falsos que disimulan torpemente los argumentos de orden político y económico.

⁵⁹ En este sentido, H. Barbier, «La violence par abus de dépendance», JCP 2016. 421; G. Loiseau, «Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations», LPA, 3 et 4 sept. 2015, p. 56.

debería bastar para presumir el abuso⁶⁰? Un segundo párrafo podría optar por una solución intermedia y distinguir entre el caso donde el estado de dependencia existe con respecto al co-contratante -en el que el abuso puede ser presumido- y el caso donde el estado de dependencia existe con respecto a un tercero -caso en que el abuso es una condición en si misma que conviene probar. Párrafo 2: "Si el estado de dependencia existe respecto de la otra parte, corresponde a este último demostrar que no ha abusado de él".

Capacidad. Más allá de los vicios del consentimiento, un artículo relativo a la capacidad de las personas jurídicas es particularmente preocupante para los especialistas en derecho de sociedades⁶¹. El párrafo 2 del nuevo artículo 1145 del Código Civil establece que "la capacidad de las personas jurídicas se limita a los actos útiles para la realización de su objeto social tal como se define en sus estatutos y a los actos accesorios a ellos, de conformidad con las normas aplicables a cada uno de ellos." Si bien esta disposición puede llenar ciertas lagunas en la ley de asociaciones, fundaciones y fondos de dotación, es un problema en el derecho de sociedades. Por otra parte, cualquiera que sea la persona jurídica involucrada, la noción de utilidad plantea un problema. ¿El acto útil implica una apreciación por parte de los redactores de los actos o sería suficiente una referencia formal a esta utilidad? ¿La utilidad se valora en concreto o en abstracto? ¿De antemano o con posterioridad? ¿Es sinónimo de interés social o se trata de una forma retórica más elegante para recordar que el acto debe encontrarse dentro del objeto social? Todas las interpretaciones están permitidas. Para resolver el problema, podría haberse argumentado que, sobre la base del nuevo Artículo 1105, esta regla general está excluida por las reglas especiales del derecho de sociedades. Sin embargo, tal razonamiento es imposible porque la legislación relativa a las sociedades implica, por cierto, disposiciones especiales, pero éstas se remiten a la cuestión de los poderes y no a la capacidad. Se puede proponer una enmienda mínima para excluir este artículo del derecho de sociedades: "La capacidad de las personas jurídicas no dedicadas a la actividad económica se limita a los actos útiles para la realización de su objeto social[...]". También se puede optar por una fórmula más seca al eliminar cualquier referencia a la noción de utilidad y referirse a las reglas aplicables a cada una de las

⁶⁰ En este sentido, F. Chénéde, *Le nouveau droit...*, op. cit., n° 23.166, p. 75; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., 2016, PUF, n° 378.

⁶¹ A.-F. Zattara, «La nécessaire restriction du domaine du nouvel article 1145 sur la capacité des personnes morales», JCP 2017. 1269; D. Gallois-Cochet, «Réforme du droit des contrats et capacité des sociétés», Dr. sociétés 2016. Comm. 142 ; P. Mousseron, «Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés: la boussole de l'intérêt social», D. 2016. Chron. 906; M. Mekki, «Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés: rupture ou continuité? 1^{re} partie. Le contrat», Rev. sociétés 2016. 483, spéc. n° 23.

personas jurídicas, propuesta hecha de manera pertinente por el proyecto de ley de ratificación del Senado en primera lectura.

Poderes. Tratándose de las reglas relativas a la representación⁶², sin entrar en el detalle de las modificaciones que podrían ser realizadas⁶³, un artículo ha dado mucho que hablar. Se trata del nuevo Artículo 1161 del Código Civil diseñado para combatir los conflictos de intereses⁶⁴. Esta disposición altera el equilibrio del derecho de sociedades en el que existen normas especiales relativas a acuerdos prohibidos, a acuerdos regulados y a acuerdos constitutivos de actos ordinarios celebrados en condiciones normales. Pero, ¿qué ocurre con otros tipos de sociedades (sociedad colectiva, sociedad en comandita simple y sociedad civil que no participan en actividades económicas) para las cuales no existen reglas especiales? ¿Qué hacer en el caso de un holding que incluya un solo gerente y un único socio? A decir verdad, el Artículo 1161 no fue diseñado para el derecho de sociedades y sería apropiado excluir esta disposición de una manera general excluyendo su aplicación a todas las personas jurídicas⁶⁵: "Excluyendo el caso de las personas jurídicas, un representante no podrá actuar en nombre de ambas partes en el contrato ni contratar por su propia cuenta con el representante".⁶⁶

El contenido del contrato. Al limitarse a correcciones simples, el nuevo artículo 1163 del Código Civil

⁶² C. civ., nouv. art. 1153 s.; G. Wicker, «Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil», D. 2016. Chron. 1942; Ph. Didier, «La représentation dans le nouveau droit des obligations», JCP 2016. 580; M. **Mekki**, «Réforme du droit des obligations: la représentation (C. civ., nouv. art. 1153 s.)», JCP N 2016. Actu. 1255; X. Delpech, «La représentation des associations», JA 2017, n° 551, p. 21.

⁶³ El nuevo artículo 1158 del código civil relativo a la acción interrogatoria que tiene el tercero, podría mejorarse mediante la imposición de un escrito firmado por agente judicial y exigiendo un plazo fijo de quince días: nuevo artículo 1158: "El tercero que duda del alcance del poder del representante en el caso de un acto que se está a punto de concluir, puede solicitar por medio de un escrito, entregado al representante, que éste le confirme, en un plazo de quince días, que está autorizado a concluir este acto. [...]»

⁶⁴ A. Couret, «Nouveau régime de la représentation et conflits d'intérêts en droit des sociétés», Revue sociétés 2017. 331; A. Charvériat, «Gestion des conflits d'intérêts : le paradoxe des conventions réputées libres», BRDA 2016, inf. 20; G. Wicker et N. Ferrier, «La représentation», JCP 2015, n° spéc. sur le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats; R. Mortier, «Conflits d'intérêts: pourquoi et comment appliquer aux sociétés le nouvel article 1161 du code civil», Dr. sociétés 2016. Étude 11.

⁶⁵ A. Couret et A. Reygrobellet, «Le droit des sociétés menacé par le nouvel article 1161 du code civil», D. 2016. 1867; H. Le Nabasque, «Conventions libres et conventions réglementées: faut-il avoir peur de l'article 1161 du code civil?», Bull. Joly 2016. 681; H. Barbier, «L'emprise du régime contractuel sur la société: ses ressources et limites», Dr. sociétés 2017. Dossier 3, spéc. n° 31; B. Mortier et A.-F. Zattara, «Pour l'inapplication aux personnes morales du droit de se prévaloir de la prohibition des conflits d'intérêts contractuels (C. civ., nouv. art. 1161)», JCP N 2017. 1268.

⁶⁶ El proyecto de ley de ratificación propone no solo limitar este artículo a las personas físicas, sino también especificar el concepto de representación común que da lugar a un riesgo de conflicto de intereses solo si hay una oposición de intereses entre los representantes: "Con respecto a la representación de personas físicas, un representante no puede actuar en nombre de varias partes del contrato que tienen intereses opuestos".

relativo a "la prestación" divide la opinión de los autores. Mientras que algunos incluyen en la prestación la cuestión del precio⁶⁷, otros consideran que la prestación se refiere solo a lo no monetario⁶⁸. Para respetar la coherencia de los artículos 1164 y 1165, la prestación a que se refiere el artículo 1163 debe incluir la cuestión del precio. Convendría que se estipulara más decididamente añadiendo un párrafo 2.

Párrafo 1: "La obligación tiene por objeto una prestación presente o futura". Párrafo 2: "La prestación está compuesta por la cosa y el precio [...]". El artículo 1165 también genera interrogantes al hacer referencia a un "contrato de prestación de servicios". ¿Se trata de una noción inspirada en la legislación europea que se remite a todos los contratos que no implican una transferencia de propiedad? o ¿es otra forma de referirse sólo a los contratos empresariales⁶⁹? Es probable, a la luz del espíritu de la ley, que prevalezca la primera interpretación. Se requiere entonces una definición de este contrato, ya sea en las disposiciones preliminares o en un párrafo adicional al Artículo 1165, redactado de la siguiente manera: "Se entiende por contrato de prestación de servicios todo contrato que no opera una transferencia de propiedad".

Nullidad. En relación a la cuestión de la nulidad⁷⁰, solo la acción interrogatoria del nuevo artículo 1183 del Código Civil es aquí presentada⁷¹. La acción interrogatoria obliga a quien tiene el derecho a solicitar la nulidad de un acto por estar afecto a algún vicio, a responder dentro de un plazo de seis meses si confirma el acto viciado o decide ejercer la acción de nulidad. De no haber respuesta, se supone que ha confirmado el acto viciado. Hay muchas imperfecciones en esta disposición: ¿no es incompatible el plazo de seis meses con el plazo mínimo de un año establecido en la ley ordinaria de prescripción⁷²? ¿No deberíamos recordar que existe un límite respecto de los plazos de orden público que provocaría la exclusión de esta disposición del derecho común? Finalmente, la referencia a la causa de la nulidad que debe haber cesado, ¿no reduce el alcance de esta disposición en contra de la voluntad del legislador? Por todos estos motivos, se puede proponer una nueva redacción.

⁶⁷ V. not. F. Chénéde, *Le nouveau droit...*, op. cit., n° 23.231, p. 82; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, 1. *Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., n° 399, in fine.

⁶⁸ J. Moury, «Retour sur le prix: le champ de l'article 1163, alinéa 2, du code civil», D. 2017. Chron. 1209; V. déjà, J. Moury, «La détermination du prix dans le «nouveau» droit commun des contrats», D. 2016. Chron. 1013.

⁶⁹ G. Lardeux, «Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil», D. 2016. Chron. 1659; F. Labarthe, «La fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadres et prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du Code civil», JCP 2016. 642.

⁷⁰ A.-S. Leuret, «Les nullités revisitées», AJ Contrat 2017. 12; M. Mekki, «Réforme du droit des obligations: le droit des nullités», JCP N 2017. Actu. 101.

⁷¹ L. Veyre, «L'action interrogatoire en matière de nullité: personnes intéressées, soyez vigilantes!», AJ Contrat 2017. 74.

⁷² C. civ., art. 2254, al. 1^{er}.

Párrafo 1: "Una de las partes puede solicitar por escrito a aquella que podría invocar la nulidad, que confirme el contrato o que solicite la nulidad dentro de un período de un año so pena de preclusión, sin perjuicio de los plazos de prescripción de orden público". Párrafo 2: "El escrito menciona expresamente que, a falta de ejercicio de la acción de nulidad dentro del plazo de un año, el contrato se reputará confirmado."

La caducidad. En cuanto a la caducidad⁷³, la primera modificación a introducir sería de orden formal. Las disposiciones que le conciernen no tienen cabida en el apartado sobre la sanción en la formación del contrato. Por otra parte, la definición del Artículo 1186 plantea algunas dificultades. Éste artículo establece que "un contrato válidamente formado caduca si una condición necesaria para su validez desaparece en el curso de su ejecución". De manera absurda, esta disposición podría dar a entender que la pérdida del consentimiento o de la contraprestación acordada en el curso de la ejecución, podría provocar la caducidad del contrato. Ahora bien, esto no es así. Asimismo, o bien el legislador abandona toda definición, o acepta confiar en el juez, que sabrá evitar una aplicación absurda de este texto cuyo espíritu se comprende.

Por otro lado, la caducidad de los contratos interdependientes puede al mismo tiempo ser corregida y completarse. La corrección es mayormente una precisión. La interdependencia existe, especialmente, cuando la ejecución del contrato desaparecido fue la condición decisiva para el consentimiento de una parte. Por razones probatorias y para estar de acuerdo con la muy exigente y anterior jurisprudencia sobre la forma, es oportuno exigir la redacción de una cláusula expresa. El artículo podría redactarse de la siguiente manera: "Cuando la ejecución de una serie de contratos es necesaria para la realización de una misma operación y uno de ellos desaparece, caducan los contratos cuya ejecución se hace imposible por esta desaparición y aquellos para los cuales la ejecución del contrato desaparecido era, mediante una cláusula expresa, una condición determinante del consentimiento de una parte". En cuanto a la incorporación anterior, lo importante del asunto es la cláusula de divisibilidad. ¿Es válida⁷⁴ o el Artículo 1186 condena tal cláusula⁷⁵? Sería bueno resolver

⁷³ J.-B. Seube, «L'article 1186: la caducité», RDC 2015. 769 s.; M. Mekki, «Fiche pratique: la caducité, entre l'excès et le défaut...», Gaz. Pal. 2017, n° 6, p. 12.

⁷⁴ En este sentido, O. Deshayes, T. Génicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 360 et 361; comp. G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 415 et 416.

esta cuestión de una vez por todas y optar por una validez en principio. La fuente de esta cláusula pasaría a formar parte de los nuevos artículos 1170 y 1171 del Código Civil. Por lo tanto, podría agregarse un párrafo: "Toda cláusula de divisibilidad es válida siempre que sea redactada de una manera clara, precisa e inequívoca".

2.4. El cumplimiento e incumplimiento de los contratos.

Los nuevos artículos 1217 y siguientes del Código Civil se consideran los mejores redactados de la reforma⁷⁶. Sin embargo, algunas imperfecciones pueden ser identificadas y corregidas.

La excepción de incumplimiento. Los nuevos artículos 1219 y 1220 del Código Civil se refieren a la excepción de incumplimiento⁷⁷. En primer lugar, esta excepción de incumplimiento es clásicamente concebible solo entre obligaciones correlativas, existiendo un lazo entre ellas, condición que no se menciona en el nuevo texto. Dejarlo en claro permitiría recordar que la existencia de un incumplimiento suficientemente grave no es suficiente⁷⁸. Tradicionalmente, la jurisprudencia ha hecho de la proporcionalidad una condición para la implementación de la excepción de incumplimiento⁷⁹, condición que no aparece en el nuevo Artículo 1219 pero que, sin embargo, se recuerda en el informe presentado al presidente de la República. Para evitar cualquier discusión y un litigio innecesario, lo mejor es recordar que la reacción al incumplimiento de una obligación debe ser proporcional: "Una parte puede negarse a cumplir con su obligación correlativa, aun cuando esta sea exigible, si la contraparte no ejecuta la suya, si el incumplimiento es lo suficientemente grave y siempre que el rechazo sea proporcional".

Ejecución forzada en especie. El nuevo Artículo 1221 del Código Civil hace de la ejecución forzosa en especie un principio atenuado por dos excepciones⁸⁰. Esta ejecución forzosa se excluye en casos de imposibilidad y en casos de desproporción manifiesta entre el costo para el deudor y el interés para el

⁷⁵ S. Bros, «L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats», D. 2016. Chron. 29.

⁷⁶ Para una visión general, N. Dissaux, «Les nouvelles sanctions en matière contractuelle», AJ Contrat 2017. 10.; M. Mekki, «Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat», RDC 2016. 400.

⁷⁷ S. Guérin et N. Genty, «L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat», AJ Contrat 2017. 17.

⁷⁸ En este sentido not. G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, Dalloz, 2016, n° 629, p. 542.

⁷⁹ V. not. Civ. 1^{re}, 12 mai 2016, n° 15-20.834, D. 2017. 375, obs. M. Mekki.

⁸⁰ D. Mazeaud, «L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats», D. 2016. Chron. 2477; M. Mekki, «Fiche pratique: l'exécution forcée "en nature", sauf si...», Gaz. Pal. 5 juill. 2016, p. 16.

acreedor. Esta segunda excepción no es apreciada por algunos profesionales que la perciben como un regalo para ciertos profesionales del área inmobiliaria. Para remediar esto, una cláusula contractual podría excluir tal excepción, sin embargo, debe ser considerada como una regla supletoria⁸¹. No obstante, si, como dice el Departamento de Justicia, esta disposición es una aplicación de la teoría del abuso, es difícil ver cómo podría calificarse como supletoria⁸². Corresponde al legislador, en una disposición tan sensible, ser más preciso al agregar una fórmula que permita determinar la naturaleza de esta excepción.

Primera versión: "El acreedor de una obligación puede, luego de constituir en mora al deudor, perseguir el cumplimiento en especie salvo que esta ejecución sea imposible o exista una desproporción manifiesta entre el costo para el deudor y el interés para el acreedor, a menos que, en este último caso, las partes hayan dispuesto lo contrario". Segunda versión que está a nuestro favor: "El acreedor de una obligación puede, luego de constituir en mora al deudor, perseguir el cumplimiento en especie salvo que esta ejecución sea imposible o exista una desproporción manifiesta entre el costo para el deudor y el interés para el acreedor. En este último caso, cualquier cláusula en contra está prohibida."

La reducción unilateral del precio. El nuevo Artículo 1223 del Código Civil es una gran innovación de la reforma al conceder una facultad de reducción unilateral del precio al acreedor y una facultad de reducción judicial del precio en caso de ejecución imperfecta⁸³. Lamentablemente, esta disposición está muy mal redactada. No sabemos cuándo se supone que el juez debe intervenir y qué se entiende por ejecución imperfecta. Existen dudas asimismo sobre el carácter supletorio de esta norma⁸⁴. Precisar esto evitaría un aumento en los litigios y tranquilizaría de antemano a los redactores de actos

Sin modificar el fondo de esta disposición, se puede proponer la siguiente fórmula. Párrafo 1: "A menos que se estipule lo contrario, el acreedor puede, luego de constituir en mora al deudor y si el

⁸¹ En este sentido, A.-S. Choné-Grimaldi, «L'exécution forcée en nature», in T. Douville et alii, *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2016, p. 222 s.; Y.-M. Laithier, RDC 2016. 4; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 9^e éd., LGDJ, 2017, spéc. n° 1129.

⁸² D. Mazeaud, «L'exécution forcée...», préc., n° 13; M. Mekki, «Fiche pratique: l'exécution forcée...», préc., p. 16; C. Pérès, «Règles supplétives...», préc., spéc. p. 773.

⁸³ F. Chénéde, «La réduction du prix», RDC 2017. 571.

⁸⁴ Para la validez de tal cláusula de desalojo, B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, Francis Lefebvre, 2016, Coll. Dossiers pratiques, n° 716; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 496; A. Bénabent., *op. cit.*, n° 380; B. Fages, *Droit des obligations*, 6^e éd., LGDJ, 2016, n° 297 *in fine*; P. Delebecque, «L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat», Dr. et patr. juin 2016, p. 62, spéc. p. 67; A.-S. Choné-Grimaldi, préc., p. 227; G. Chantepie et M. Latina, *op. cit.*, n° 16; F. Chénéde, *Le nouveau droit...*, *op. cit.*, n° 28.138.

acreedor aún no ha pagado, aceptar una ejecución tardía, parcial o una mala ejecución del contrato y reducir el precio de forma unilateral y proporcional". Párrafo 2: "El acreedor notificará su decisión de reducir el precio en el menor tiempo posible". Párrafo 3: "Si ha pagado el precio completo y, no existe acuerdo entre las partes, la solicitud debe dirigirse al juez".

La resolución judicial y sus efectos. Hay mucho que decir sobre los nuevos artículos 1227 y siguientes del Código Civil⁸⁵. Limitaremos nuestras observaciones solo al artículo 1230 sobre los efectos de la resolución en las cláusulas contractuales. Si bien la definición de cláusula de solución de conflictos que siguen produciendo efectos es comprensible, es bastante diferente de lo que se entiende por cláusulas que pretenden tener efecto incluso en caso de resolución. La lista de ejemplos otorgados no es exhaustiva y los ejemplos no son esclarecedores. ¿Podemos incluir, por ejemplo, cláusulas penales? ¿Qué se debe hacer con las cláusulas de exención de responsabilidad? Una cláusula que expresamente habilite la cláusula de exención de responsabilidad para que sea efectiva incluso en caso de resolución, ¿podría ser suficiente para validarla? Como mínimo, se debe aconsejar al legislador que agregue a la lista un ejemplo adicional, aquel relativo a la cláusula penal, o que elimine todo ejemplo y deje al juez la tarea de determinar qué se incluye en la segunda categoría de cláusulas. Tal vez, para limitar los riesgos, puede ser necesario exigir una cláusula expresa que establezca que dichas cláusulas están destinadas a producir efecto aun en caso de resolución.

La primera redacción dice: "La resolución no afecta a las cláusulas relativas a la solución de controversias, ni aquellas destinadas a producir efecto aun en caso de resolución; como las cláusulas penales, de confidencialidad y de no competencia". La segunda versión es preferible: "La resolución no afecta ni a las cláusulas relativas a la solución de controversias, ni a aquellas previstas expresamente para producir efectos aun en caso de resolución".

En definitiva, estamos bien conscientes de que proponer un cambio al margen no es sencillo. El problema se oculta en los detalles y el límite entre un simple retoque y una real reforma es permeable, como lo confirma el proyecto de ley de ratificación del Senado votado en primera lectura. Sin embargo, los intérpretes de la ley (practicantes y académicos) luego de varios meses, han

⁸⁵ V. not. A. Tadros, Proposition de modification de l'article 1229 du code civil: la date des effets de la résolution judiciaire, RDC 2017. 193; M. Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VI), LPA 2016, n° 67, p. 5.

resaltado las incoherencias, contradicciones y ambigüedades de algunos textos. Apostamos que, a la luz de estos análisis, sólo las disposiciones oscuras, contradictorias o ambiguas serán modificadas bajo riesgo de que el Parlamento resulte culpable de una desnaturalización de la reforma en su conjunto.

TEXTO ORIGINAL. « Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 Propositions en droit des contrats : less is more... » - Mustapha Mekki.

Mustapha Mekki, Agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Université Paris 13 - Sorbonne Paris Cité, directeur de l'IRDA

« **Les promesses n'engagent que ceux qui les écoutent** »¹. « Le Gouvernement s'est [...] engagé à déposer un projet de loi de ratification spécifique et à l'inscrire à l'ordre du jour du Parlement. Ce dernier pourra ainsi exercer le droit de regard qu'il estimera nécessaire dans le cadre de l'examen de ce projet de loi et modifier le texte sur les points qu'il jugera importants »². Telle a été la promesse faite par la ministre de la Justice de l'époque, Christiane Taubira, lors de la préparation de la loi d'habilitation pour mieux faire accepter la réforme par voie d'ordonnance. Cette loi de ratification est sur le point de voir le jour. Un premier projet a été déposé à l'Assemblée nationale le 6 juillet 2016 et renvoyé à la Commission des lois le lendemain³, évitant la caducité de l'ordonnance et lui permettant d'entrer en vigueur. Ce premier projet a été retiré le 9 juin 2017 pour être remplacé par un nouveau texte déposé au **Sénat**⁴ avec un article unique : « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est ratifiée ». La Commission des lois a remis un projet de loi de ratification le 11 octobre débattu en séance le 17 octobre 2017. La promesse faite à l'époque par Christiane Taubira sera-t-elle tenue ou la loi de ratification constituera-t-elle une nouvelle illustration de cette réalité politique élégamment exprimée par Henri Queuille selon laquelle « les promesses n'engagent que ceux qui les écoutent » ? Les premiers amendements proposés par la Commission des lois du **Sénat** soumis en séance publique le 17 octobre 2017 et les propositions faites en séance par le gouvernement laissent présager un débat au fond. Au lieu d'une ratification-rectification, la plus raisonnable, les sénateurs ont opté sans le dire franchement pour une ratification-révision qui marque un net recul par rapport aux textes actuels et remet en cause la cohérence d'ensemble de l'ordonnance du 10 février 2016 tant dans son texte que dans son esprit⁵.

¹ H. Queuille, président du Conseil et ministre (1884-1970)

² http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_dp_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf

³ Doc. AN n° 3928.

⁴ Doc. **Sénat** n° 578.

⁵ Pour une critique de ce projet, M. **Mekki**, « Plaidoyer pour une rectification à la marge de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations. Analyse du projet de loi de ratification voté en première lecture par le **Sénat** », Gaz.

Premier bilan après un an d'application. Il est trop tôt pour dresser un véritable bilan de la réforme. Pourtant, plusieurs enseignements peuvent être tirés de cette première année d'application. Tout d'abord, les praticiens ont rapidement appréhendé la réforme du droit des obligations et ont adapté leur pratique rédactionnelle⁶. Les avocats du contentieux voient même dans cette réforme une opportunité, élargissant la boîte à outils contractuelle et étendant le champ de leur imagination. Si toute réforme crée nécessairement de nouveaux risques⁷, quoi de mieux que la technique contractuelle pour gérer ce risque⁸. Ensuite, que peut-on dire de l'attractivité du droit français, prônée par la loi d'habilitation pour motiver une réforme en profondeur du titre III du livre III du code civil et rappelée par la Commission des lois pour justifier certains amendements qui défigurent l'ordonnance ? Pour ce qui est de l'attractivité économique, elle ne repose pas uniquement sur le droit français des contrats. Le choix d'une loi applicable et/ou d'un juge compétent est tout autant conditionné par l'efficacité des règles de procédure que par la qualité du droit substantiel. Le temps dira si la multiplication des standards juridiques et la diversité des instruments de justice contractuelle détourneront les entreprises françaises et étrangères du droit français⁹. En revanche, on peut d'ores et déjà constater une attractivité intellectuelle exercée sur la doctrine étrangère curieuse et enthousiaste. Beaucoup s'intéressent au nouveau droit des contrats et bon nombre d'entre eux apprécient les nouvelles dispositions du code civil. Quant à la jurisprudence, les applications de la réforme sont encore trop rares¹⁰ même si certaines décisions confirment que l'ordonnance, même si elle n'est pas applicable aux contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016, peut être une source d'inspiration formelle¹¹ ou informelle¹² pour les magistrats¹³. C'est d'ailleurs pour contrecarrer cette

Pal. 24 oct. 2017 ; D. Mainguy, <http://www.daniel-mainguy.fr/2017/10/la-proposition-de-reforme-de-la-reforme-du-droit-des-contrats.html>

⁶ V. not. M. Grimaldi et C. Vernières (dir.), *Un an d'application de la réforme des contrats. Quel impact sur la pratique notariale ?*, Defrénois, 2017.

⁷ N. Molfessis, « Synthèse sur la mise en oeuvre de la réforme », JCP E 2016. 137 ; comp. R. Mortier, « Pour une ratification-interprétation de l'ordonnance réformant le droit des contrats », Dr. sociétés 2017. Repère 9.

⁸ Pour une vue d'ensemble des clauses contractuelles permettant de gérer les risques juridiques et extra-juridiques, P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, 5^e éd., éd. Francis Lefebvre, 2017.

⁹ Pour une vue d'ensemble de l'incidence de la réforme sur le monde des affaires, L. Aynès, « Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires », Gaz. Pal. 2017, hors-série n° 3, p. 88. ; M. Mekki, « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe *comply or explain* », Gaz. Pal. 5 janv. 2016, p. 18.

¹⁰ Certaines décisions des juges du fond révèlent que les premières questions se rapportent à l'application de la loi dans le temps, et spécialement à la question de savoir si les dispositions nouvelles relèvent ou non de l'effet légal du contrat.

¹¹ V. not. Cass., ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, D. 2017. 793, obs. N. explicative de la Cour de cassation, note B. Fauvarque-Cosson ; *ibid.* 1149, obs. N. Damas ; AJDI 2017. 612, obs. M. Thioye ; AJ Contrat 2017. 175, obs. D. Houtcieff ; RTD civ. 2017. 377, obs. H. Barbier ; Constr.-Urb. 2017. Repère 4, obs. H. Périnet-Marquet ; JCP 2017. 306, note G. Pignarre (nullité désormais relative d'un « mandat » au regard de la loi Hoguet en s'inspirant du « nouveau » droit des nullités) ; Civ. 1^{re}, 20 sept. 2017, n° 16-12.906, D. 2017. 1911 (nullité relative du mandat irrégulier en la forme et ratification) ; Soc. 21 sept.

interprétation des textes à la lumière de l'ordonnance que le projet de loi de ratification du **Sénat** prévoit de compléter l'article 9 de l'ordonnance. Cependant, en prohibant par un amendement l'utilisation de la théorie de l'ordre public (*sic*) et de l'effet légal du contrat, le **Sénat** met un coup d'épée dans l'eau. Les décisions précitées montrent que les juges préfèrent interpréter les textes à la lumière de l'ordonnance, pratique contre laquelle l'article 9 revisité ne pourrait rien.

Rôle des juges et sécurité juridique. Quoi qu'il en soit, il ne serait pas opportun que la loi de ratification modifie l'ordonnance en profondeur, comme a entendu pourtant le faire le **Sénat**. Une loi de ratification opérant une modification substantielle serait à plus d'un titre malvenue¹⁴. Il est vrai que certains principes sont contestés¹⁵. Certains pouvoirs sont condamnés¹⁶. Certaines notions sont dénoncées¹⁷. Sur ces différentes critiques, des propositions pertinentes ont été formulées par la doctrine. D'autres regrettent que certaines questions n'aient pas été traitées et reprochent à l'ordonnance de comporter quelques lacunes¹⁸. Cependant, il n'existe pas de texte parfait et le législateur ne peut tout prévoir¹⁹. Pour l'essentiel, il faut s'en remettre avec sérénité aux juges²⁰,

2017, n° 16-20.103, AJ Contrat 2017. 480, note C.-E. Bucher ; D. 2017. 2007, obs. explicative de la Cour de cassation, note D. Mazeaud ; Gaz. Pal. 10 oct. 2017, p. 13, note M. Latina (nature juridique d'une promesse d'embauche : offre ou promesse à la lumière de l'ordonnance ?) ; V. égal. C.-E. Bucher, Réforme du droit des contrats - Le nouveau droit des contrats : un an déjà... - Focus, CCC 2017. Alerte 57 ; Soc. 21 sept. 2017, n° 16-20.103, D. 2017. 2007, obs. N. explicative de la Cour de cassation, note D. Mazeaud.

¹² Civ. 3^e, 4 mai 2016, n° 15-12.454, D. 2017. 375, obs. M. **Mekki**, sur l'abus d'état de dépendance psychologique manifestement inspiré de l'article 1143 nouveau du code civil non applicable en l'espèce ; AJDI 2016. 539.

¹³ Sur ces questions, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. **Mekki**, *Droit des obligations*, 14^e éd., LexisNexis, 2017, spéc. n° 50-9.

¹⁴ Pour une modification substantielle, C. Grimaldi, « En attendant la loi de ratification... », D. 2016. 606 ; rappr. F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations, innovations, perspectives*, Dalloz, 2016, n° 70.01 ; la Revue des contrats a consacré la plus grande partie de son premier numéro de 2017 aux corrections, article par article, qui pourraient être apportées, « Améliorer les textes issus de la réforme du droit des contrats », RDC 2017. 165.

¹⁵ Le principe de bonne foi inquiète ceux qui ne veulent pas d'un juge omniprésent.

¹⁶ Le pouvoir de révision du juge, en cas d'exécution imparfaite (C. civ., art. 1223) ou d'imprévision (C. civ., art. 1195) par exemple. Les instruments de justice contractuelle sont jugés dangereux, l'abus d'état de dépendance de l'article 1143 du code civil ou encore la lutte contre les clauses abusives de l'article 1171 du même code.

¹⁷ La prolifération des notions à contenu variable est dénoncée : le raisonnable, le légitime, la disproportion, l'avantage excessif, le déséquilibre significatif, le déterminant, la confiance...

¹⁸ V. par ex. la disparition des anciens articles 1128 (choses hors du commerce), 1132 (validité de la convention quoique la cause ne soit pas exprimée), 1172 (exigibilité de la condition), sur ces points, L. Leveneur, « Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats - 1128, 1132, 1172 : début d'une liste à compléter en vue d'une certaine loi de ratification », CCC 2016. Repère 11.

¹⁹ Dans son discours préliminaire, Portalis ajoutait que « quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout. Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi ».

²⁰ J.-E. M. Portalis, « il y avait des juges avant qu'il y eût des lois, et jamais les lois ne pourront atteindre tous les cas qui se présentent aux juges », J.-E. M. Portalis, *Discours du 23 frimaire an X, Parlem.*, Librairie administrative de P. Dupont, 1864, p.

suivant ainsi les sages conseils de Portalis qui rappelait que la science du magistrat consiste à « mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi - quand la lettre tue, et de ne pas s'exposer à être tour à tour esclave et rebelle, et à désobéir par esprit de servitude »²¹. Portalis ajoutait également que « c'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ». Surtout, une révision en profondeur du texte irait à l'encontre de la sécurité juridique, un des piliers rhétoriques de la loi d'habilitation. En effet, les destinataires de la réforme, justiciables et praticiens, en cas de révision au fond de l'ordonnance du 10 février 2016, devront combiner le droit ancien applicable aux contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, le droit intermédiaire issu de l'ordonnance et le droit nouveau-né de la loi de ratification. Cette révision au fond serait d'autant plus mal vécue que les professionnels se forment depuis plus d'un an et demi sur le sens, la valeur et la portée de l'ordonnance du 10 février 2016, dont l'entrée en vigueur a pu paraître quelque peu précipitée²². Évitions par une refonte du texte d'entraîner une « indigestion du corps social »²³. S'ajoute à cette première difficulté le risque de modifications corporatistes, partisans, parcellaires, sectorisées, isolées les unes des autres faisant perdre à la réforme sa cohérence d'ensemble, qualité qu'il faut reconnaître à cette ordonnance élaborée après une consultation publique très fructueuse. Les amendements, parfois clés en mains, rédigés par les *lobbies* les plus influents pourraient perturber l'équilibre d'ensemble du texte. Sans prôner une ratification sèche de l'ordonnance²⁴, la loi doit opérer une modification minimaliste, une forme de ratification interprétative. Il s'agit d'effectuer des retouches sans opérer de refonte, en corrigeant les erreurs de plume et en clarifiant les textes qui posent un vrai problème de sens²⁵. Pour

136 ; *adde*, G. Parleani, « La réforme du droit des contrats : une bonne idée confrontée aux travers français », *AJ Contrat* 2017. 49 : « Il faut encore espérer que les magistrats, et surtout ceux qui composent la Cour suprême, s'emploieront à stabiliser raisonnablement, mais surtout très vite, notre nouveau droit commun des contrats ».

²¹ Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil, 1^{er} pluviôse an IX par la Commission nommée par le gouvernement consulaire*, Paris, Joubert, 1844.

²² À la différence d'autres pays qui ont choisi de laisser le temps aux destinataires de se familiariser avec le texte, V. l'exemple du Japon qui en juin 2017 a opéré une réforme du Minpo en droit des obligations pour une entrée en vigueur en 2020.

²³ Sur cette expression, R. Savatier, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977. Chron. 43 ; *adde*, A. Bénabent, « La "digestion" de la réforme », *RDC* 2016. 608.

²⁴ Pour une ratification sèche, N. Molfessis, « Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », *JCP* 2017. 1045.

²⁵ Comp. L. Leveneur, « Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats - 1128, 1132, 1172 : début d'une liste à compléter en vue d'une certaine loi de ratification... », *CCC* 2016. Repère 11.

le reste, laissons faire les praticiens²⁶.

Less is more... À la lumière du contexte décrit précédemment, *less is more*²⁷. La loi de ratification doit se limiter à remédier aux imperfections les plus flagrantes en évitant de créer un nouveau droit des contrats. On est loin de l'esprit dans lequel le **Sénat** a voté en première lecture le projet de loi de ratification. Ces corrections souhaitables peuvent être présentées en deux temps. L'ordonnance du 10 février 2016 pose des questions d'ordre général ou transversal, en premier lieu, et des questions spéciales, en second lieu²⁸.

1. Les questions transversales

Les trois principales questions. L'ordonnance du 10 février 2016 a fait naître chez les interprètes et spécialement les praticiens trois questions transversales récurrentes se rapportant, d'une part, au droit transitoire, d'autre part, au caractère supplétif ou impératif de la règle et, enfin, à l'articulation entre règles générales et règles spéciales.

1.1. Le droit transitoire

Le droit transitoire. Sans entrer dans le détail des questions de droit transitoire²⁹, l'article 9 de l'ordonnance du 10 février 2016 reste relativement succinct sur ce thème fondamental qui inquiète les praticiens et interroge les premiers juges saisis de cette question.

Les lacunes. Entièrement rédigé pour régir les dispositions relatives au droit des contrats, l'article 9 garde le silence sur l'application dans le temps des dispositions relatives au régime général des

²⁶ D. Mazeaud, Imaginer la réforme, RDC 2016. 610 : « L'avenir de la réforme appartient, dans une certaine mesure aux praticiens. À eux de ne pas systématiquement s'incliner devant la lettre de la loi, à la modeler en fonction des intérêts de ceux qu'ils conseillent, à la réinventer dans cette même perspective, à en être au fond les coauteurs en aval ».

²⁷ Le plus simple est le mieux.

²⁸ Les propositions ici reproduites sont celles qui ont été présentées à la commission des lois du **Sénat** sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, présidée par François Pillet.

²⁹ Sur l'ensemble de la question, V. J.-B. Seube, « Dispositions transitoires : l'ordonnance du 10 février 2016 a-t-elle tout prévu ? », in *Pratiques contractuelles, ce que change la réforme du droit des obligations*, Éditions législatives, 2016, p. 285 ; C. François, « Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats », D. 2016. Chron. 506 ; S. Gaudemet, « Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 », JCP 2016. 958 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats...*, op. cit., n° 61.32 ; *adde*, pour une application immédiate de l'ensemble des dispositions de la réforme, V. D. Mainguy, « Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats », D. 2016. Chron. 1762.

obligations, qui ne sont pas toujours liées à un contrat, et sur l'application dans le temps des dispositions relatives à la preuve. Sur ces différents aspects, la loi de ratification pourrait apporter quelques éclairages. Lorsque les règles relatives au régime général des obligations ne sont pas liées à la préexistence d'un contrat, le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle devrait être préféré. Tel serait le cas des dispositions relatives à l'indivisibilité, à la solidarité, au paiement, aux mises en demeure, à la confusion, à la compensation... Quant à la preuve³⁰, la loi de ratification pourrait préciser que les règles relatives à l'administration et à l'admissibilité des preuves constituées en cours d'instance (ex. aveu et serment) sont des questions de procédure et justifient une application immédiate aux instances en cours, alors que les règles relatives à l'admissibilité des preuves préconstituées et celles relatives à la charge de la preuve se rapportent au droit en vigueur au jour où l'acte auquel elles se rapportent a été conclu³¹.

Les pouvoirs du juge. Le juge joue un rôle actif dans la résolution des conflits de lois dans le temps. Notamment, il use de la théorie de l'effet légal du contrat, que le projet de loi du **Sénat** en première lecture voudrait prohiber. La Cour de cassation, dans un avis du 16 février 2015³², a rappelé en ce sens, à propos des modifications apportées par la loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (« loi ALUR ») du 24 mars 2014 aux règles du bail d'habitation, que « la loi nouvelle régissant immédiatement les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées, il en résulte que l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989 modifié par la loi du 24 mars 2014 en ce qu'il donne au juge la faculté d'accorder un délai de trois ans au plus au locataire en situation de régler sa dette locative s'applique aux baux en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi du 24 mars 2014 »³³. Beaucoup de professionnels s'inquiètent de cette référence à l'effet légal du contrat qui pourrait fonder l'application immédiate d'un bon nombre de dispositions de l'ordonnance. La loi de ratification ne pourrait-elle pas être plus précise sur la nature de certaines dispositions ? Malheureusement, il n'appartient pas à la loi d'apporter ce type de précision. En revanche, le rapport remis par la Commission des lois du **Sénat** ne l'ayant pas fait, les débats devant l'Assemblée nationale pourraient aborder ces questions et confirmer par exemple que les dispositions

³⁰ C. civ., nouv. art. 1353 s.

³¹ Sur ces règles probatoires, S. Amrani **Mekki** et Y. Strickler, *Procédure civile*, PUF, 2014, spéc. n° 5, p. 7 s.

³² Demande n° 14-70.011.

³³ Un rapprochement peut être fait avec un arrêt plus récent qui aborde cependant la question sous l'angle de l'ordre public là où il devrait s'agir d'un « ordre public impérieux » et où il s'agissait plus certainement en l'espèce d'un effet légal du contrat, Civ. 3^e, 17 nov. 2016, n° 15-24.522 P, AJ Contrat 2017, 47, obs. V. Forti ; RTD civ. 2017. 118, obs. H. Barbier.

relatives au droit des restitutions et aux sanctions de l'inexécution relèvent de l'effet légal du contrat renforçant la prévisibilité du droit. Plus discutée est la nature des règles relatives à la nullité et à la caducité. Sont-elles un effet légal du contrat ? En tout état de cause, quelles que soient les précisions apportées lors des débats parlementaires, elles auront une force normative limitée. Dans ce cas précis, peut-être faudrait-il laisser au juge le soin de réguler les questions de droit transitoire.

1.2. La nature de la règle

Faveur pour la règle supplétive. La loi de ratification peut également faciliter l'application de l'ordonnance aux rédacteurs d'actes qui sont les premiers destinataires de ce nouveau droit des obligations. Un des obstacles majeurs qu'ils doivent surmonter est la détermination de la nature de la règle de droit afin de savoir si elle peut être évincée ou aménagée. Pour ce faire, il convient de déterminer si la règle est supplétive de volonté. Le rapport remis au président de la République à l'occasion de la publication de l'ordonnance³⁴ apporte quelques éclairages en précisant que tout ce qui n'est pas formellement impératif doit être considéré comme supplétif de volonté. Cette interprétation *in favorem* est fondée sur le principe de liberté contractuelle qui constitue le premier pilier du temple contractuel, comme le confirme sa consécration au rang de principe (directeur ?) au sein de l'article 1102 nouveau du code civil. Cependant, la formule est maladroite car il existe des règles qui ne sont pas formellement impératives mais dont le caractère d'ordre public relève pourtant du bon sens juridique. Tel est le cas de toutes les règles relatives aux conditions de validité du contrat³⁵, ce que souligne le rapport établi par le sénateur François Pillet au nom de la commission des lois du **Sénat**³⁶. En outre, l'article 1102, alinéa 2, nouveau du code civil qui vise les « règles » qui intéressent l'ordre public renvoie à l'ordre public judiciaire ou virtuel. Le juge, quand bien même le législateur n'aurait rien précisé, peut qualifier une disposition de règle impérative. Dans ce contexte, plusieurs dispositions fondamentales posent déjà question et inquiètent les praticiens qui y perçoivent une source d'insécurité juridique pouvant entraîner la mise en oeuvre de leur responsabilité professionnelle³⁷. Le projet de loi du **Sénat** en première lecture ne précise pas dans le texte la nature des règles concernées mais se contente de l'évoquer dans le rapport de la Commission

³⁴ JO 11 févr. 2016.

³⁵ C. civ., nouv. art. 1128 s.

³⁶ Doc. **Sénat**, n° 22, 11 oct. 2017.

³⁷ Sur ces interrogations, C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », JCP 2016. 454 ; A.-S. Choné-Grimaldi, J. Darmon et J.-P. Grandjean, « Aménager le droit des contrats », JCP E 2016. 1374.

des lois, ce qui est insuffisant. La loi de ratification pourrait, même sans exhaustivité, préciser la nature de plusieurs dispositions phares qui sont au coeur de l'activité économique. Tel est, tout d'abord, le cas de l'article 1124, alinéa 2, nouveau du code civil qui consacre l'exécution forcée en nature de la promesse unilatérale de contrat en cas de révocation par le promettant avant la levée de l'option. La nature de cette règle faisant débat et l'intérêt pratique de son éviction par l'octroi de simples dommages et intérêts étant rappelé par la pratique et confirmés par le rapport de la Commission des lois, il ne serait pas inutile que la loi de ratification ajoute « sauf clause contraire » ou « à moins que les parties en aient disposé autrement », mettant ainsi fin à toute discussion. La même précision serait bienvenue afin de confirmer la nature supplétive de l'article 1223 sur la réduction du prix en cas d'exécution imparfaite, de l'article 1304-4 sur la renonciation à une condition défaillie, des règles relatives aux restitutions³⁸. Plus spécifiquement encore, peut-on aménager en cas d'imprévision les pouvoirs du juge en excluant par exemple le pouvoir de révision³⁹? Peut-on écarter l'exception à l'exécution forcée en nature en cas de disproportion manifeste entre le coût pour le débiteur et l'intérêt du créancier⁴⁰ ?

1.3. Droit commun et droit spécial

L'articulation du droit commun des contrats et des règles spéciales. Enfin, la dernière source de difficultés transversales pour les destinataires de la réforme est l'articulation du droit commun des contrats et des règles spéciales. Pour mémoire, le projet d'ordonnance de février 2015 avait omis de reprendre la règle de l'ancien article 1107 du code civil sur l'articulation entre droit commun et droit spécial des contrats⁴¹. Cet oubli a été corrigé puisque figure désormais au sein du code civil un nouvel article 1105. Cependant, cette disposition, censée consolider la jurisprudence antérieure selon le rapport remis au président de la République, est d'une rédaction douteuse sur une question pourtant charnière. L'alinéa 2 dispose, en effet, que « les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux » et l'alinéa 3 ajoute que « les règles générales

³⁸ C. civ., nouv. art. 1352 s.

³⁹ C. civ., nouv. art. 1195, al. 2.

⁴⁰ C. civ., nouv. art. 1221. Cela n'est pas souhaitable. S'agissant d'une application de la théorie de l'abus, elle devrait être une règle d'ordre public. Le rapport de la commission du **Sénat** dit pourtant le contraire alors qu'il ne nie pas qu'il s'agit d'une application de la théorie de l'abus de droit !

⁴¹ Sur cette question, N. Blanc, « Contrats nommés et innomés, un article disparu », RDC 2015. 811 ; N. Balat, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », D. 2015. Chron. 699 ; Y. Lequette, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », RDC 2015. 615.

s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ». La lecture de cette disposition fait douter de la codification à droit constant. La jurisprudence écarte la règle générale après avoir vérifié que les règles à articuler poursuivent la même finalité et sont incompatibles⁴². Or, l'alinéa 3 ne fait pas référence à ces critères. En outre, l'alinéa 2 vise les « règles particulières à certains contrats », en d'autres termes, le droit des contrats spéciaux. Que fait-on cependant des droits spéciaux des contrats tels que le droit de la concurrence, le droit des sociétés, le droit du travail ou le droit de la consommation⁴³? La loi de ratification pourrait améliorer la compréhension de cet article. De deux choses l'une. Soit le législateur souhaite limiter cette règle de conflit aux seuls contrats spéciaux et dans ce cas il faut conserver l'alinéa 2 en l'état et modifier l'alinéa 3 de la manière suivante : « Les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières qui poursuivent la même finalité et avec lesquelles elles seraient incompatibles ». Soit le législateur entend étendre cette règle de conflit aux règles spéciales applicables aux contrats et les deux alinéas devraient être modifiés de la manière suivante : alinéa 2 : « Les contrats sont également soumis à des règles particulières composées du droit des contrats spéciaux et des droits spéciaux applicables aux contrats » ; alinéa 3 : « Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières qui poursuivent la même finalité et avec lesquelles elles seraient incompatibles ». Si le rapport de la commission des lois aborde cette question, c'est uniquement pour défendre sur la base d'arguments peu pertinents l'incompatibilité entre l'article 1171 du code civil et les articles L. 212-1 du code de la consommation et L. 442-6 du code de commerce⁴⁴. On aurait pu attendre davantage du projet de loi de ratification qui pouvait proposer une nouvelle rédaction de l'article 1105 du code civil.

Ces questions d'ordre général ne doivent pas être négligées car elles sont une source non négligeable d'angoisse pour la pratique⁴⁵. Pour renforcer ce lien de confiance entre le locuteur et ses interlocuteurs, certaines dispositions spéciales mériteraient également d'être corrigées.

2. Les questions spéciales

Seules les erreurs de plume et les articles sources des plus importantes controverses d'interprétation doivent être corrigés. Pour en faire état, il paraît plus simple de se livrer à une étude linéaire du

⁴² C. Goldie-Génicon, « Droit commun et droit spécial », RD Assas, févr. 2013, p. 29.

⁴³ Sur ces incertitudes, F. Chénéde, *Le nouveau droit...*, op. cit., spéc. n° 21.32, p. 21.

⁴⁴ <https://www.senat.fr/rap/l17-022/l17-0221.pdf>, spéc. p. 22 s.

⁴⁵ Relire, J. Carbonnier, La part du droit dans l'angoisse contemporaine, in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 201 s.

nouveau titre III du livre III du code civil.

2.1. Les dispositions liminaires

Les principes. Parmi les dispositions liminaires, l'article 1102 nouveau du code civil ne traite plus des bonnes moeurs alors que l'article 6 du code civil continue de s'y référer. Soit les bonnes moeurs disparaissent totalement, entraînant une modification de l'article 6, soit elles doivent également figurer au sein de l'article 1102, alinéa 2 nouveau. La deuxième branche de l'alternative semble préférable car les bonnes moeurs persistent, que ce soit avec un champ d'application restreint ou au prix d'une mutation conceptuelle⁴⁶. Quel que soit le choix opéré, une mise en cohérence des articles 6 et 1102, alinéa 2, nouveau s'impose.

Les définitions. Quant aux définitions, elles partagent la doctrine et interrogent les praticiens. Deux d'entre elles mériteraient d'être corrigées sans modification substantielle. La première définition est celle du contrat d'adhésion à l'article 1110 nouveau du code civil. Inutile de définir ce que recouvre le vocable de « conditions générales ». Il faut sur ce point faire confiance au juge qui, au gré des circonstances et des litiges, en précisera les contours. En revanche, deux précisions s'imposent. En premier lieu, il serait utile de mettre en cohérence l'alinéa 1^{er} qui définit le contrat de gré à gré et l'alinéa 2 qui définit le contrat d'adhésion. Ces deux alinéas ne se répondent pas et certains contrats ne rentrent dans aucune des catégories. En second lieu, le législateur devrait apporter des précisions d'ordre probatoire. Afin de garantir à cette disposition une pleine efficacité, il serait opportun de faire peser la charge du risque sur celui qui, en présence de conditions générales, conteste la qualification de contrat d'adhésion⁴⁷. Un troisième alinéa pourrait ainsi être rédigé : « En présence de conditions générales, il appartient à celle des parties qui se prévaut d'un contrat de gré à gré de prouver l'existence des négociations ». Le projet de la loi de ratification du **Sénat** a choisi de supprimer le vocable de « conditions générales » pour lui préférer celui de « clauses négociables ». L'amendement

⁴⁶ Rappr. O. Deshayes, Th. Génicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 46.

⁴⁷ Notions des plus controversées au sein de la doctrine, pour une conception stricte, F. Chénéde, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil », JCP 2016. Actu. 776 ; « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme, D. 2015. Chron. 1226 » ; pour une conception élargie, conforme à l'esprit de la réforme, T. Revet, « Les critères du contrat d'adhésion », D. 2016. Chron. 1771 ; « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », D. 2015. Chron. 1217 ; « Une philosophie générale ? », RDC 2016, n° hors-série, p. 5, spéc. n° 14, p. 10 ; D. Fenouillet, « Le juge et les clauses abusives », in M. Mekki (dir.), « Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », RDC 2016. 358 ; M. Mekki, « Fiche pratique sur le contrat d'adhésion », Gaz. Pal. 22 mars 2016, p. 16.

n'est pas souhaitable. Non seulement ce critère réduit considérablement le champ de protection, mais, en outre, il n'est pas certain que la notion de « négociabilité » ne pose pas des problèmes identiques, notamment sur le plan probatoire. Une autre définition fait naître quelques doutes. Il s'agit de celle de l'article 1111 nouveau du code civil relatif au contrat cadre. Cette disposition semble faire des contrats d'application de simples modalités d'exécution du contrat cadre auquel ils se rattachent. Pourtant l'autonomie des contrats d'application a été maintes fois rappelée par la jurisprudence, notamment à l'occasion de questions de droit transitoire⁴⁸. Si le rapport de la commission confirme cette autonomie, il paraît plus efficace de modifier le texte. Il faudrait corriger cet article de la manière suivante : « Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de futurs contrats d'application ».

2.2.La conclusion du contrat

Les pourparlers. S'agissant de la conclusion du contrat, l'article 1112 nouveau du code civil relatif aux pourparlers est censé être une codification à droit constant de la jurisprudence *Manoukian*⁴⁹. Pourtant, le texte paraît dans sa lettre plus strict et plus large en même temps. Plus strict, car la limitation du préjudice réparable semble renvoyer à toutes les fautes de négociation alors que l'affaire *Manoukian* adopte une conception restrictive pour une seule catégorie de faute. Surtout, plus large, car la perte d'une chance de réaliser le gain espéré, exclue par l'arrêt *Manoukian*, n'est pas clairement évincée par l'article 1112, selon l'avis de plusieurs praticiens et universitaires, qui exclut seulement « la perte des avantages attendus du contrat ». Si le législateur entend consacrer la jurisprudence antérieure, une modification s'impose qui pourrait être la suivante : « En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte d'une chance de tirer profit du contrat non conclu ». Un amendement a été proposé en ce sens par le projet de loi de ratification du **Sénat** en première lecture.

L'obligation précontractuelle d'information. Au stade des pourparlers, l'article 1112-1 nouveau du

⁴⁸ Sur ce point, O. Deshayes, T. Génicon et Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 69, spéc. note 91. *Adde*, S. Gaudemet, « Dits et non-dits... », *op. cit.*, spéc. IA.

⁴⁹ Com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243, Bull. civ. IV, n° 186 ; D. 2004. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne ; *ibid.* 2922, obs. E. Lamazerolles ; Rev. sociétés 2004. 325, note N. Mathey ; RTD civ. 2004. 80, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 85, obs. J. Mestre et B. Fages.

code civil relatif à l'obligation précontractuelle d'information soulève de nombreuses interrogations. Sans se livrer à une refonte globale de l'article, l'alinéa 1^{er} pourrait être précisé afin que certaines ambiguïtés disparaissent⁵⁰. Cet alinéa pourrait être ainsi rédigé : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est pertinente pour le cocontractant doit l'en informer à moins que l'ignorance de ce dernier soit illégitime. L'existence d'un lien de confiance particulier rend l'ignorance toujours légitime ».

Les contrats préparatoires : le pacte de préférence. Les deux articles consacrés aux contrats préparatoires peuvent être améliorés en gommant quelques imperfections. S'agissant de l'article 1123 nouveau du code civil relatif au pacte de préférence, le législateur devrait préciser si la jurisprudence relative au prix et à la durée est reconduite. Soit le législateur considère que « ni le prix, ni la durée ne sont une condition de validité du pacte de préférence » et cela va mieux en le disant. Soit le législateur considère désormais la durée comme une condition de validité, notamment depuis que l'article 1210 nouveau prohibe de manière générale les engagements perpétuels⁵¹. Il est donc opportun que le législateur reconduise clairement la jurisprudence antérieure.

Pour renforcer l'efficacité de l'action interrogatoire des alinéas 3 et 4 de l'article 1123, le législateur aurait tout intérêt à assouplir, comme le prévoyait le projet de février 2015, les conditions de preuve autorisant le bénéficiaire à obtenir la nullité ou la substitution dans les droits du tiers. La preuve de la seule connaissance par le tiers de l'existence du pacte de préférence rendrait en outre toute sa pertinence à l'action interrogatoire. Quant aux alinéas 3 et 4, il serait plus sûr d'évincer toute référence à un délai raisonnable pour préférer un délai fixe de quinze jours ou un mois (le projet de loi de ratification propose un délai de deux mois). Il convient également d'exiger une réponse non équivoque du bénéficiaire. L'article pourrait ainsi être rédigé :

Alinéa 1^{er} : « Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage, pour une certaine durée, à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait

⁵⁰ Le caractère « pertinent » est plus adapté que le caractère déterminant qui est une conception restrictive pouvant laisser croire que le manquement n'est pas sanctionné s'il est établi que le cocontractant aurait tout de même conclu le contrat s'il avait été informé, opérant une confusion avec le régime des vices du consentement. L'articulation entre ignorance illégitime et lien de confiance méritait aussi d'être clarifiée.

⁵¹ Même si la qualification d'engagements perpétuels pour le pacte de préférence a été par le passé rejetée, Civ. 1^{re}, 22 déc. 1959, JCP 1960. II. 11494, note P. Esmein.

de contracter. Le prix n'est pas une condition de validité ».

Alinéa 2 : « Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte, le bénéficiaire peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu ».

Alinéa 3 : « Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai de quinze jours l'existence d'un pacte de préférence et de préciser de manière non équivoque s'il veut s'en prévaloir ».

Alinéa 4 : inchangé⁵².

La promesse unilatérale de contrat. La disposition de l'article 1124 nouveau du code civil mérite quelques corrections. Le premier alinéa définit la promesse unilatérale de contrat en exigeant des conditions essentielles déterminées, alors que la simple déterminabilité de ces conditions semblait autrefois suffire⁵³. Si c'est une erreur de plume, il convient de corriger le texte en ajoutant : « [...] le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés ou déterminables, [...] ». L'alinéa 2 sur la force obligatoire de la promesse unilatérale de contrat mériterait d'être simplifié dans sa rédaction et devrait être clairement qualifié de disposition supplétive de volonté : « Le promettant ne peut révoquer sa promesse. Toute révocation avant la levée de l'option et avant l'expiration du délai d'option autorise le bénéficiaire à obtenir l'exécution forcée en nature, sauf clause contraire ». Enfin, le dernier alinéa se référant à la nullité du contrat conclu avec un tiers en cas de violation de la promesse par ce dernier qui en connaissait l'existence est inadapté. L'inopposabilité est la sanction la plus adéquate : « Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est inopposable au bénéficiaire ».

2.3. Les conditions de validité

⁵² Cet alinéa est rédigé ainsi : « L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat ».

⁵³ Sur cette incertitude, J.-B. Seube et D. Savouré, « La promesse unilatérale de vente », in *Un an d'application de la réforme des contrats. Quel impact sur la pratique notariale ?*, Defrénois, 2017 p. 15 s., spéc. n° 3, p. 18.

Consentement. Les conditions de validité renvoient, d'une part, aux vices du consentement. Plusieurs rectifications mineures pourraient prévenir un abondant contentieux. Tout d'abord, l'article 1130 nouveau du code civil utilise une formule maladroite qui partage la doctrine sur l'avenir du dol incident et de sa sanction⁵⁴. Selon cette disposition, « l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes ». Certains auteurs soutiennent que le dol incident, cas où le cocontractant aurait conclu mais pas aux mêmes conditions, aurait disparu, alors que d'autres considèrent qu'il existe désormais trois hypothèses : celui qui n'aurait pas contracté, celui qui aurait contracté à des conditions substantiellement différentes et celui qui aurait été victime d'un dol incident qui, dans ce dernier cas, ne pourrait demander que de simples dommages et intérêts ou la suppression d'une clause mais en aucun cas la nullité. Devant le doute qui subsiste, il pourrait être utile soit de changer de formule pour admettre que tous les dols peuvent être sanctionnés par la nullité, soit clairement condamner le dol incident. Dans la première hypothèse, qui paraît la plus opportune et éviterait les aléas du vocable de « conditions substantiellement différentes », l'article pourrait être ainsi rectifié : « L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes ».

S'agissant toujours du dol, une incohérence majeure doit être soulignée entre les termes de l'article 1112-1 nouveau du code civil et ceux de l'article 1137. Le premier de ces textes conforte la jurisprudence *Baldus*⁵⁵ selon laquelle la réticence dolosive suppose la preuve d'une obligation d'information et d'une intention de tromper. Or, dès lors qu'il n'y a pas d'obligation d'information sur l'estimation de la valeur de la prestation, il ne peut donc y avoir nullité du contrat sur le fondement de la réticence dolosive. L'article 1137 nouveau, au contraire, laisse entendre que la « dissimulation intentionnelle d'une information », indépendamment de toute obligation d'information préalable, peut à elle seule fonder la nullité pour réticence dolosive⁵⁶. Cette contradiction formelle doit être corrigée et le principe posé à l'article 1112-1 conforté : s'il n'y a pas d'obligation d'information sur la

⁵⁴ V. not. A. Lecourt, « Dol incident dans une cession de titres sociaux : une anticipation opportune de la réforme », RTD com. 2016. 817.

⁵⁵ Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, Bull. civ. I, n° 131 ; D. 2002. 928, obs. O. Tournafond ; RTD civ. 2000. 566, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁵⁶ V. not. M. Fabre-Magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », JCP 2016. 706 ; C. Grimaldi, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon... », D. 2016. 1009.

valeur, il ne peut y avoir nullité pour réticence dolosive. L'article 1137, alinéa 2, pourrait être revu de la manière suivante : « Constitue également un dol le manquement à une obligation précontractuelle d'information dans l'intention de tromper le cocontractant et de l'inciter à conclure le contrat »⁵⁷. Dans le même esprit, l'article 1139 nouveau pourrait être clarifié : « L'erreur, quelle que soit sa nature, qui résulte d'un dol est toujours excusable ».

Enfin, le nouvel article 1143 sur l'abus d'un état de dépendance interroge sur le plan probatoire⁵⁸ : l'abus doit-il être établi distinctement⁵⁹ ou l'existence d'un avantage excessif dans un contrat conclu par une personne en état de dépendance devrait-il suffire à présumer l'abus⁶⁰? Un alinéa 2 pourrait opter pour une solution médiane et distinguer selon le cas où l'état de dépendance existe à l'égard du cocontractant, l'abus pouvant dans ce cas être présumé, et le cas où l'état de dépendance existe à l'égard d'un tiers, dans ce cas l'abus est une condition à part entière qu'il convient de prouver. Alinéa 2 : « Si l'état de dépendance existe à l'égard du cocontractant, il appartient à ce dernier de prouver qu'il n'en a pas abusé ».

Capacité. Au-delà des vices du consentement, un article relatif à la capacité des personnes morales est particulièrement anxiogène auprès des spécialistes du droit des sociétés⁶¹. L'article 1145, alinéa 2, nouveau du code civil dispose que « la capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles ». Si cette disposition peut combler certains vides en droit des associations, fondations et fonds de dotation, elle pose problème en droit des sociétés. En outre, quelle que soit la personne morale concernée, la notion d'utilité pose problème. L'acte utile suppose-t-il une appréciation en opportunité des rédacteurs d'actes ou une référence

⁵⁷ Le projet de la loi de ratification propose la rédaction suivante : « Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information qu'il devait fournir à l'autre partie conformément à la loi ». Cette formule paraît beaucoup trop réductrice.

⁵⁸ Le projet de loi de ratification du **Sénat** propose de réduire cet abus d'état de dépendance à la seule dépendance économique avec des arguments techniques fallacieux qui dissimulent maladroitement des arguments d'ordre politique et économique.

⁵⁹ En ce sens, H. Barbier, « La violence par abus de dépendance », JCP 2016. 421 ; G. Loiseau, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », LPA, 3 et 4 sept. 2015, p. 56.

⁶⁰ En ce sens, F. Chénéde, *Le nouveau droit...*, *op. cit.*, n° 23.166, p. 75 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., 2016, PUF, n° 378.

⁶¹ A.-F. Zattara, « La nécessaire restriction du domaine du nouvel article 1145 sur la capacité des personnes morales », JCP 2017. 1269 ; D. Gallois-Cochet, « Réforme du droit des contrats et capacité des sociétés », Dr. sociétés 2016. Comm. 142 ; P. Mousseron, « Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'intérêt social », D. 2016. Chron. 906 ; M. Mekki, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? 1^{re} partie. Le contrat », Rev. sociétés 2016. 483, spéc. n° 23.

formelle à cette utilité suffirait ? L'utilité est-elle appréciée *in concreto* ou *in abstracto* ? En amont ou en aval ? Est-elle synonyme d'intérêt social ou s'agit-il d'une forme rhétorique plus élégante pour rappeler que l'acte doit entrer dans l'objet social ? Toutes les interprétations sont permises. Pour régler le problème, on aurait pu défendre l'idée que, au fondement de l'article 1105 nouveau, cette règle générale est évincée par les règles spéciales du droit des sociétés. Cependant, un tel raisonnement est impossible car le droit des sociétés comporte, certes, des dispositions spéciales, mais celles-ci se rapportent à la question des pouvoirs et non à celle de la capacité. Une modification *a minima* peut être proposée pour évincer cet article du droit des sociétés : « La capacité des personnes morales n'exerçant pas d'activité économique est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet [...] ». On peut également opter pour une formule plus sèche en supprimant toute référence à la notion d'utilité et renvoyer aux règles applicables à chacune des personnes morales, proposition faite de manière pertinente par le projet de loi de ratification du **Sénat** en première lecture.

Pouvoirs. S'agissant des règles relatives à la représentation⁶², sans entrer dans le détail des modifications qui pourraient être apportées⁶³, un article fait couler beaucoup d'encre. Il s'agit de l'article 1161 nouveau du code civil destiné à lutter contre les conflits d'intérêts⁶⁴. Cette disposition vient bouleverser l'équilibre du droit des sociétés au sein duquel existent des règles spéciales relatives aux conventions interdites, aux conventions réglementées et aux conventions constituant des actes courants conclus à des conditions normales. Mais alors que faire des autres sociétés (société en nom collectif, société en commandite simple et société civile n'exerçant pas d'activité économique) pour lesquelles il n'existe pas de règles spéciales ? Que faire dans l'hypothèse d'une *holding* comprenant un seul dirigeant et un seul associé ? À vrai dire, l'article 1161 n'a pas été pensé pour le droit des sociétés et il serait opportun d'exclure cette disposition de manière générale

⁶² C. civ., nouv. art. 1153 s. ; G. Wicker, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », D. 2016. Chron. 1942 ; Ph. Didier, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », JCP 2016. 580 ; M. Mekki, « Réforme du droit des obligations : la représentation (C. civ., nouv. art. 1153 s.) », JCP N 2016. Actu. 1255 ; X. Delpech, « La représentation des associations », JA 2017, n° 551, p. 21.

⁶³ L'article 1158 nouveau du code civil relatif à l'action interrogatoire du tiers pourrait être amélioré en imposant un écrit signifié par acte d'huissier et en exigeant un délai fixe de quinze jours : nouvel article 1158 : « Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit signifié au représenté de lui confirmer, dans un délai de quinze jours, que le représentant est habilité à conclure cet acte. [...] »

⁶⁴ A. Couret, « Nouveau régime de la représentation et conflits d'intérêts en droit des sociétés », Revue sociétés 2017. 331 ; A. Charvériat, « Gestion des conflits d'intérêts : le paradoxe des conventions réputées libres », BRDA 2016, inf. 20 ; G. Wicker et N. Ferrier, « La représentation », JCP 2015, n° spéc. sur le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats ; R. Mortier, « Conflits d'intérêts : pourquoi et comment appliquer aux sociétés le nouvel article 1161 du code civil », Dr. sociétés 2016. Étude 11.

en évinçant son application à toutes les personnes morales⁶⁵ : « À l'exclusion du cas des personnes morales, un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat, ni contracter pour son propre compte avec le représenté »⁶⁶.

Le contenu du contrat. En se limitant encore à de simples corrections, l'article 1163 nouveau du code civil relatif à « la prestation » partage les auteurs. Si certains intègrent à la prestation la question du prix⁶⁷, d'autres considèrent que la prestation renvoie uniquement à la chose non monétaire⁶⁸. Pour respecter la cohérence avec les articles 1164 et 1165, la prestation visée à l'article 1163 devrait intégrer la question du prix. Il convient de le dire plus franchement en ajoutant un alinéa 2. Alinéa 1^{er} : « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future ». Alinéa 2 : « La prestation s'entend de la chose et du prix [...] ». L'article 1165 interroge également par sa référence à un « contrat de prestation de service ». S'agit-il d'une notion inspirée du droit européen et qui renvoie à tous les contrats qui n'opèrent pas de transfert de propriété ou est-ce une autre manière d'évoquer les seuls contrats d'entreprise⁶⁹ ? Il est probable, au regard de l'esprit de la loi, que la première interprétation l'emporte. Une définition de ce contrat s'impose alors soit dans les dispositions liminaires, soit dans un alinéa supplémentaire à l'article 1165 rédigé de la manière suivante : « Le contrat de prestation de service s'entend de tout contrat qui n'opère pas un transfert de propriété ».

Nullité. Concernant la question de la nullité⁷⁰, seule l'action interrogatoire de l'article 1183 nouveau du code civil est ici présentée⁷¹. Cette action interrogatoire oblige le titulaire du droit d'agir en nullité

⁶⁵ A. Couret et A. Reygrobelle, « Le droit des sociétés menacé par le nouvel article 1161 du code civil », D. 2016. 1867 ; H. Le Nabasque, « Conventions libres et conventions réglementées : faut-il avoir peur de l'article 1161 du code civil ? », Bull. Joly 2016. 681 ; H. Barbier, « L'emprise du régime contractuel sur la société : ses ressources et limites », Dr. sociétés 2017. Dossier 3, spéc. n° 31 ; B. Mortier et A.-F. Zattara, « Pour l'inapplication aux personnes morales du droit de se prévaloir de la prohibition des conflits d'intérêts contractuels (C. civ., nouv. art. 1161) », JCP N 2017. 1268.

⁶⁶ Le projet de loi de ratification propose non seulement de limiter cet article aux personnes physiques mais aussi de préciser la notion de représentation commune qui ne fait naître un risque de conflit d'intérêts que s'il y a une opposition d'intérêts entre les représentés : « En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ».

⁶⁷ V. not. F. Chénéde, *Le nouveau droit...*, op. cit., n° 23.231, p. 82 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., n° 399, in fine.

⁶⁸ J. Moury, « Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du code civil », D. 2017. Chron. 1209 ; V. déjà, J. Moury, « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », D. 2016. Chron. 1013.

⁶⁹ G. Lardeux, « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », D. 2016. Chron. 1659 ; F. Labarthe, « La fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadres et prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du Code civil », JCP 2016. 642.

⁷⁰ A.-S. Lebret, « Les nullités revisitées », AJ Contrat 2017. 12 ; M. Mekki, « Réforme du droit des obligations : le droit des nullités », JCP N 2017. Actu. 101.

⁷¹ L. Veyre, « L'action interrogatoire en matière de nullité : personnes intéressées, soyez vigilantes ! », AJ Contrat 2017.

à répondre dans un délai de six mois à l'interrogation du cocontractant. À défaut, il est censé avoir confirmé l'acte vicié. Cette disposition comporte de nombreuses imperfections : le délai de six mois n'est-il pas incompatible avec le délai minimum d'un an imposé en droit commun de la prescription⁷² ? Ne faut-il pas rappeler la limite des délais d'ordre public qui devrait entraîner une éviction de cette disposition de droit commun ? Enfin, la référence à la cause de la nullité qui doit avoir cessé ne réduit-elle pas la portée de cette disposition contrairement à la volonté du législateur ? Pour toutes ces raisons, une nouvelle rédaction peut être proposée. Alinéa 1^{er} : « Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai d'un an à peine de forclusion, sous réserve des délais de prescription d'ordre public ». Alinéa 2 : « L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai d'un an, le contrat sera réputé confirmé ».

La caducité. S'agissant de la caducité⁷³, la première modification à introduire serait d'ordre formel. Les dispositions qui la concernent n'ont pas leur place dans la partie sur la sanction de la formation du contrat. Au surplus, la définition de l'article 1186 qui dispose qu'« un contrat valablement formé devient caduc si une condition nécessaire à sa validité disparaît en cours d'exécution » soulève quelques difficultés. De manière absurde, elle pourrait laisser entendre que la disparition du consentement ou la disparition d'une contrepartie convenue en cours d'exécution pourrait entraîner la caducité du contrat. Or, il n'en est rien. Aussi, soit le législateur abandonne toute définition, soit il accepte de faire confiance au juge qui saura éviter une application absurde de ce texte dont on comprend l'esprit.

En revanche, la caducité dans les contrats interdépendants peut à la fois être corrigée et complétée. La correction est surtout une précision. L'interdépendance existe lorsque, notamment, l'exécution du contrat disparu était la condition déterminante du consentement d'une partie. Pour des questions de preuve et être en accord avec la jurisprudence antérieure très exigeante sur la forme, il est opportun d'exiger la rédaction d'une clause expresse. L'article pourrait ainsi être rédigé : « Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour

⁷² C. civ., art. 2254, al. 1^{er}.

⁷³ J.-B. Seube, « L'article 1186 : la caducité », RDC 2015. 769 s. ; M. Mekki, « Fiche pratique : la caducité, entre l'excès et le défaut... », Gaz. Pal. 2017, n° 6, p. 12.

lesquels l'exécution du contrat disparu était, par une clause expresse, une condition déterminante du consentement d'une partie ». Quant à l'adjonction, elle concerne le nerf de la guerre du contentieux : la clause de divisibilité. Est-elle valable⁷⁴ ou l'article 1186 condamne-t-il une telle clause⁷⁵? Il serait bon de régler cette question une fois pour toutes et d'opter pour une validité de principe. La police de cette clause relèverait désormais des articles 1170 et 1171 nouveaux du code civil. Un alinéa pourrait ainsi être ajouté : « Toute clause de divisibilité est valable dès lors qu'elle est rédigée de manière claire, précise et non équivoque ».

2.4.L'exécution et l'inexécution du contrat

Les articles 1217 et suivants nouveaux du code civil passent pour être les mieux rédigés de la réforme⁷⁶. Certaines imperfections peuvent cependant être identifiées et corrigées.

L'exception d'inexécution. Les articles 1219 et 1220 nouveaux du code civil portent sur l'exception d'inexécution⁷⁷. Tout d'abord, cette exception d'inexécution n'est envisageable, classiquement, qu'entre obligations corrélatives, ayant un lien entre elles, condition qui n'est pas évoquée au sein du nouveau texte. Le préciser permettrait de rappeler que l'existence d'une inexécution suffisamment grave ne suffit pas⁷⁸. Traditionnellement, ensuite, la jurisprudence faisait de la proportionnalité une condition de mise en oeuvre de l'exception d'inexécution⁷⁹, condition qui ne figure pas au sein du nouvel article 1219 mais qui est pourtant rappelée par le rapport remis au président de la République. Pour éviter toute discussion et un contentieux inutile, il est préférable de rappeler que la réaction à l'inexécution d'une obligation doit être proportionnée : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation corrélative, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne, si cette inexécution est suffisamment grave et à condition que ce refus soit proportionné ».

⁷⁴ En ce sens, O. Deshayes, T. Génicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 360 et 361 ; comp. G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 415 et 416.

⁷⁵ S. Bros, « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », D. 2016. Chron. 29.

⁷⁶ Pour une vue d'ensemble, N. Dissaux, « Les nouvelles sanctions en matière contractuelle », AJ Contrat 2017. 10. ; M. Mekki, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », RDC 2016. 400.

⁷⁷ S. Guérin et N. Genty, « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », AJ Contrat 2017. 17.

⁷⁸ En ce sens not. G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, Dalloz, 2016, n° 629, p. 542.

⁷⁹ V. not. Civ. 1^{re}, 12 mai 2016, n° 15-20.834, D. 2017. 375, obs. M. Mekki.

L'exécution forcée en nature. L'article 1221 nouveau du code civil fait de l'exécution forcée en nature un principe tempéré par deux exceptions⁸⁰. Cette exécution forcée est exclue en cas d'impossibilité et en cas de disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier. Cette seconde exception n'est pas appréciée de certains professionnels qui y perçoivent un cadeau fait à certains professionnels de l'immobilier. Pour y remédier, une clause contractuelle pourrait évincer une telle exception, encore faut-il y voir une règle supplétive⁸¹. Cependant, si, comme le dit le ministère de la Justice, cette disposition est une application de la théorie de l'abus, on voit mal comment elle pourrait être qualifiée de supplétive⁸². Il appartient au législateur, sur une disposition aussi sensible, d'être plus précis en ajoutant une formule permettant de déterminer la nature de cette exception. Première version : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier, à moins dans ce dernier cas que les parties en aient disposé autrement ». Deuxième version qui a notre faveur : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. Dans ce dernier cas, toute clause contraire est prohibée ».

La réduction unilatérale du prix. L'article 1223 nouveau du code civil est une innovation majeure de la réforme en octroyant un pouvoir de réduction unilatérale du prix au créancier et un pouvoir de réduction judiciaire du prix en cas d'exécution imparfaite⁸³. Malheureusement cette disposition est très mal rédigée. On ne sait à quel moment le juge est censé intervenir et ce qu'il faut entendre par exécution imparfaite. On s'interroge également sur le caractère supplétif de cette règle⁸⁴. Le préciser éviterait un contentieux en aval et rassurerait les rédacteurs d'actes en amont. Sans modifier le fond de cette disposition, il peut être proposé la formule suivante. Alinéa 1^{er} : « Sauf clause contraire, le

⁸⁰ D. Mazeaud, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », D. 2016. Chron. 2477 ; M. Mekki, « Fiche pratique : l'exécution forcée "en nature", sauf si... », Gaz. Pal. 5 juill. 2016, p. 16.

⁸¹ En ce sens, A.-S. Choné-Grimaldi, « L'exécution forcée en nature », in T. Douville et alii, *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2016, p. 222 s. ; Y.-M. Laithier, RDC 2016. 4 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 9^e éd., LGDJ, 2017, spéc. n° 1129.

⁸² F. Chénéde, « La réduction du prix », RDC 2017. 571.

⁸³ D. Mazeaud, « L'exécution forcée... », préc., n° 13 ; M. Mekki, « Fiche pratique : l'exécution forcée... », préc., p. 16 ; C. Pérès, « Règles supplétives... », préc., spéc. p. 773.

⁸⁴ Pour la validité d'une telle clause d'éviction, B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, Francis Lefebvre, 2016, Coll. Dossiers pratiques, n° 716 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 496 ; A. Bénabent., *op. cit.*, n° 380 ; B. Fages, *Droit des obligations*, 6^e éd., LGDJ, 2016, n° 297 *in fine* ; P. Delebecque, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », Dr. et patr. juin 2016, p. 62, spéc. p. 67 ; A.-S. Choné-Grimaldi, préc., p. 227 ; G. Chantepie et M. Latina, *op. cit.*, n° 16 ; F. Chénéde, *Le nouveau droit...*, *op. cit.*, n° 28.138.

créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé, accepter une exécution tardive, partielle ou une mauvaise exécution du contrat et réduire unilatéralement et de manière proportionnelle le prix ». Alinéa 2 : « Le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais ». Alinéa 3 : « S'il a payé la totalité du prix et à défaut d'accord entre les parties, la demande doit être adressée au juge ».

La résolution judiciaire et ses effets. Il y aurait beaucoup à dire des articles 1227 et suivants nouveaux du code civil⁸⁵. Nous limiterons notre propos au seul article 1230 sur les effets de la résolution sur les clauses contractuelles. Si la définition des clauses relatives au règlement des différends qui continuent de produire leurs effets est compréhensible, il en va tout autrement de ce qu'il faut entendre par clauses destinées à produire effet même en cas de résolution. Les exemples donnés, la liste n'étant pas limitative, ne sont pas plus éclairants. Peut-on y intégrer par exemple les clauses pénales ? Que faut-il faire des clauses exonératoires de responsabilité ? Est-ce qu'une clause qualifiant expressément la clause exonératoire de responsabilité de clause destinée à produire effet même en cas de résolution pourrait suffire à la valider ? *A minima*, doit-on conseiller au législateur d'enrichir la liste d'un exemple supplémentaire, celui de la clause pénale, ou de supprimer tout exemple et de laisser au juge le soin de déterminer ce qui relève de la deuxième catégorie de clauses ? Peut-être, peut-on, pour limiter les risques, exiger une clause expresse faisant de ces stipulations des clauses destinées à produire effet même en cas de résolution. La première rédaction : « La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses pénales, de confidentialité et de non-concurrence ». La deuxième version est préférable : « La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées expressément à produire effet même en cas de résolution ».

En définitive, nous avons bien conscience que proposer une modification à la marge n'est pas chose aisée. Le diable se cache dans les détails et la frontière entre une simple retouche et une véritable refonte est poreuse, comme le confirme le projet de loi de ratification du **Sénat** voté en première lecture. Cependant, les interprètes de la loi (praticiens et universitaires) ont depuis plusieurs mois mis

⁸⁵ V. not. A. Tadros, Proposition de modification de l'article 1229 du code civil : la date des effets de la résolution judiciaire, RDC 2017. 193 ; M. Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VI), LPA 2016, n° 67, p. 5.

en lumière les incohérences, contradictions et ambiguïtés de certains textes. Gageons, à la lumière de ces analyses, que seules ces dispositions obscures, contradictoires ou ambiguës seront modifiées au risque pour le Parlement de se rendre coupable d'une dénaturation de la réforme dans son ensemble.

CAPITULO III. CONCLUSIONES

Ante un contexto de constantes cambios en el ámbito internacional sumado a un vertiginoso desarrollo del fenómeno de la globalización, los países se han visto ante la necesidad de reformar su normativa interna. Tanto a nivel local como internacional, los países han debido adecuar sus ordenamientos para, de esta forma, no quedar fuera de los constantes cambios experimentados por las relaciones jurídicas a propósito de la marcada apertura económica hacia donde éstas se han direccionado. Gran parte de las relaciones comerciales que se producen a diario y en todas partes, son principalmente de carácter contractual, involucran a personas de distintos países y continentes y por supuesto, se encuentran, la gran mayoría de las veces, sujetas a diferentes legislaciones.

Es en este contexto que se desarrolla la reforma al *Code* francés, dentro del marco de un proceso ya iniciado y marcado por una pronunciada tendencia mundial a la unificación del derecho en general y en particular del derecho de las obligaciones y los contratos.

El caso particular de Francia, es relevante para un país como Chile, no sólo por tratarse de una codificación que sirvió de fuente para la propia y para la codificación a lo largo de todo Latinoamérica, sino que también porque se trata de una legislación que marcó pauta a nivel mundial en los procesos de codificación. Sin embargo, se trataba de un Código con importantes lagunas principalmente en lo referente a la etapa de conclusión de los contratos. Lentamente con el paso de los años y las escasas reformas, el Código Civil de Francia se fue quedando atrás en lo que respecta a la evolución de las instituciones civiles, las cuales diferían bastante de lo que antiguamente eran en el Código Civil Napoleónico. Más allá de razones políticas y económicas, diversos aspectos técnicos sobre las reglas relativas a los contratos del Código francés necesitaban reforma. En primer lugar, nos encontramos con el problema de la descodificación. En efecto, la promulgación dispersa de normas para regular aspectos puntuales abandona a la legislación a las vicisitudes políticas del momento, además de dificultar la identificación de la norma aplicable a un caso determinado a los ciudadanos, a los comerciantes, a los practicantes del derecho y a todo tipo de operador jurídico.

Aun cuando el derecho privado francés fue evolucionando, lo hizo desde una perspectiva eminentemente jurisprudencial que provenía principalmente de las sentencias de la *Cour de Cassation*. Así, éste fue perdiendo su lugar de referente y modelo para otros países en el proceso de

armonización del derecho europeo y, en consecuencia, se volvió un derecho complejo, impredecible y poco atractivo para los contratantes extranjeros.

Es por ello que a través del gobierno y con motivo del bicentenario, se inició a un largo proceso de reforma del mismo, en la búsqueda principalmente de tres objetivos:

1. En primer lugar, hacer del derecho de obligaciones y contratos un derecho más accesible e inteligible, con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica de las partes contratantes y la sensación de seguridad de los inversores extranjeros sin que por ello se viera afectado el tráfico económico.
2. Recuperar el atractivo del derecho civil francés, reforzando, simplificando e implementando de manera eficaz instituciones que han surgido producto de la práctica contractual.
3. En tercer lugar, convertir el derecho civil francés en un garante de la seguridad, la justicia y la libertad contractuales.

Al respecto, y de acuerdo a lo mencionado en el texto, las principales reformas fueron realizadas al derecho de obligaciones y de los contratos tomando en consideración las soluciones propuestas por la jurisprudencia francesa y el derecho comparado. Ente ellas se destaca el establecimiento de una regulación sistemática y unitaria de los remedios contractuales que tiene el acreedor frente a un incumplimiento del deudor, fórmulas innovadoras respecto a instituciones ya conocidas por la doctrina como lo son la suspensión del contrato en caso de incumplimiento reversible, la fuerza mayor contractual, excepción de incumplimiento por anticipación, el costo manifiestamente irracional en casos de ejecución forzada, entre otras.

Sin lugar a dudas, dicha reforma cumplió en grandes términos los objetivos planteados. El derecho francés recuperó su atractivo jurídico respecto a otros ordenamientos jurídicos, como es el caso de Chile, ya que implementó de manera eficaz instituciones que fueron ampliamente solicitadas por la doctrina y aplicadas por la jurisprudencia.

Por otro lado, cabe mencionar que la reforma francesa también trajo aparejado un periodo transitorio donde, si bien se tienen avances referentes a la interpretación del nuevo texto legal, existen problemas de interpretación de las normas jurídicas de los contratos en el tiempo. En ese

sentido, el segundo texto traducido nos recuerda uno de los aspectos generales del derecho civil, el cual es la aplicación de la ley desde el punto de vista de en qué época se aplica, lo que la doctrina denomina "*efectos de la ley en el tiempo*".¹

Por lo anterior, pasaremos a analizar en forma breve conceptos o disposiciones importantes de la reforma francesa en relación con el derecho civil chileno.

I) Los remedios contractuales en general: problema en el Código Civil Chileno.

Uno de los aspectos más interesantes de la reforma dice relación con el incumplimiento y los remedios del acreedor frente a éste. Es en ese sentido, que hay que referirse ineludiblemente al artículo 1217 del Código Civil francés, que establece que, frente a un incumplimiento, el acreedor puede: i) ejecutar o suspender la ejecución de su propia obligación; ii) perseguir la ejecución forzada de la misma; iii) solicitar la reducción del precio; iv) provocar la resolución del contrato; o v) demandar la indemnización de perjuicios.

Al respecto, es importante recordar que uno de los grandes defectos del sistema francés antes de la reforma era que la normativa relacionada con el incumplimiento y los remedios contractuales se encontraba "*dispersas e incompletas*"², induciendo comúnmente a confusiones. Lo anterior, es ratificado por Rodrigo Momberg al señalar que el nuevo artículo 1217 del Código Francés "*sistematiza una materia que se encontraba dispersa en el texto original del Code, cuyo tratamiento es considerado por la mayoría de la doctrina como defectuoso*"³. Es decir, lo que hizo la reforma entonces fue sistematizar esta materia enumerando en un mismo artículo las distintas posibilidades con las que cuenta el acreedor frente a un incumplimiento contractual.

En ese sentido, es importante destacar que la problemática que soluciona el artículo 1217 del Código Civil Francés, se produce también en Chile debido a que ambos códigos civiles toman como preeminencia "*la clasificación entre obligaciones de dar, hacer y no hacer, con preeminencia de*

¹ DUCCI, C. (1984). *Derecho Civil Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica. Pág. 58.

² E. M., & M. Q. (2017). El nuevo derecho de las obligaciones y de los contratos en Francia. *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, pág. 8.

³ URIBE, R. M. (2015). La reforma al Derecho de Obligaciones y Contratos en Francia. Un Análisis Preliminar. *Revista de Derecho Privado*. Pág. 137.

aquellas de especie o cuerpo cierto, a partir de los cuales se construye el sistema de incumplimiento en estos códigos"⁴. En ese sentido, el profesor Carlos Pizarro indica:

"(...) en la época de dictación del Código Civil, el modelo de obligación imperante era la obligación unilateral de dar una especie o cuerpo cierto o una cosa específica, ello como consecuencia de la realidad económica que se vivía. Así ha sido corroborado en la doctrina reciente. En el libro IV, en que se atinge al derecho de los contratos, se regula una obligación desvinculada de su fuente, relacionada con la idea de la stipulatio romana creadora de una obligación civil unilateral. A ello se suma la ausencia en nuestro Código Civil de una teoría general de las obligaciones sinalagmáticas y de los efectos de su incumplimiento.

Sin embargo, la regla general en el tráfico contractual son las obligaciones denominadas genéricas y, en gran medida, los contratos de prestación de servicios que generan obligaciones de hacer. Esto arroja un cierto desajuste entre el tráfico contractual y las normas dispositivas del Código Civil en materia de obligaciones"⁵.

Como mencionábamos, en Chile en caso de incumplimiento no existe una reglamentación unitaria y/o sistemática que permita dilucidar las acciones que puede ejercer el acreedor en contra del deudor. Para ello, hay que realizar un acucioso estudio y de esta manera determinar, entre otras cosas, el tipo de contrato y las obligaciones que regula el negocio jurídico de las partes, el cual debe considerar ineludiblemente distinguir entre obligaciones de dar, hacer o no hacer para poder determinar la(s) acción(es) idónea a seguir. Como se puede apreciar, estos *"remedios que componen el sistema de protección del crédito son muchos y de muy diversa índole"*⁶.

En definitiva, la reforma francesa soluciona un problema que, para algunos autores nacionales⁷, es latente en Chile y que requiere *"una adaptación necesaria a la actual contratación, lo cual coincide*

⁴ PIZARRO WILSON, C. (2011). Los Remedios al Incumplimiento Contractual en los Proyectos Franceses de Reforma al Derecho de Contratos. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Págs. 122-123.

⁵ PIZARRO WILSON, C. (2010). Hacia un Sistema de Remedios al Incumplimiento Contractual. En C. P. Wilson, & Á. V. Olivares, Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños. Bogotá: Universidad del Rosario. Pág. 212.

⁶ SILVA, J. A. (2008). El "Commodum Repraesentationis" del artículo 1677 del "Código Civil" de Chile. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Pág. 39.

⁷ El profesor Alcalde señala respecto a esto: *"es la tendencia que paulatinamente se comienza a imponer en la doctrina chilena. Cfr. Barros Bourie (...); De la Maza Gazmuri (...); Mejías Alonso (...); Pizarro Wilson, Carlos -Agud Deik, Alejandra (...);*

con un movimiento legal, doctrinal y jurisprudencial a nivel de derecho comparado, siendo necesario construir un "sistema de remedios" que proteja en forma más adecuada el interés del acreedor, logrando superar la doctrina y jurisprudencia tradicional sobre la materia"⁸.

II) Excepción de contrato no cumplido.

Respecto a esta institución cabe mencionar que las "legislaciones normalmente no (la) consagran en forma expresa, sino que sólo recogen en disposiciones aisladas: que el deudor puede negarse a cumplir su obligación, mientras su acreedor no le cumpla a él lo que le debe, o se demuestre llano a hacerlo"⁹.

Del mismo modo, en Francia aunque era ampliamente reconocida por parte de la jurisprudencia, con anterioridad a la reforma esta excepción había sido omitida hasta su incorporación en el Código Civil. El profesor Abeliuk ya señalaba que el "Código Francés prácticamente la desconoció; sólo en la compraventa en el Art. 1612 dio derecho al vendedor a negarse a entregar lo vendido si el comprador no le paga el precio"¹⁰.

Por su parte, en Chile se señala que "nuestro Código fue más completo, puesto que en el Art. 1552 la acogió, aunque sólo respecto a la mora, declarando que no la hay en los contratos bilaterales si se deja de cumplir lo pactado, mientras el otro contratante no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos"¹¹. En ese sentido, "tradicionalmente se ha afirmado entre nosotros que la excepción de contrato no cumplido cuenta con una consagración expresa en nuestro Código Civil, en su artículo 1552"¹², el cual dispone:

"En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos."

Vidal Olivares". En nota pie de página. (El "Commodum Repraesentationis" del artículo 1677 del "Codigo Civil" de Chile, 2008, pág. 39)

⁸ PIZARRO WILSON, C. (2010). Op. Cit. Pág. 218.

⁹ ABELIUK MANASEVICH, R. (2009). Las Obligaciones. Santiago: Editorial Jurídica. Pág.942.

¹⁰ Ibídem. Pág. 942.

¹¹ Ibídem.

¹² MEJÍAS ALONZO, C. (2013). La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el código civil chileno. Revista Chilena de Derecho, 40(2), 389.

La reforma francesa consagró expresamente en el artículo 1219 la excepción de contrato no cumplido:

“Una parte puede negarse a cumplir con su obligación, aun cuando esta sea exigible, si la otra parte no cumple la suya, incluso parcialmente, y si tal incumplimiento es lo suficientemente grave. La excepción de contrato no cumplido debe implementarse en la medida que se encuentre justificada por el incumplimiento.”

Posteriormente, en el artículo 1220 del Código Francés se consagra la excepción de incumplimiento por anticipación:

“Una parte puede suspender la ejecución de su prestación cuando sepa con certeza que su co-contratante no ejecutará en la fecha estipulada y que las consecuencias de este incumplimiento son lo suficientemente graves para él. La suspensión cesa cuando la otra parte proporciona garantías suficientes de desempeño de su obligación. Esta suspensión debe ser notificada tan pronto como sea posible. La notificación debe incluir los motivos legítimos para dar lugar a la suspensión que, en caso de disputa, deben ser establecidos por la persona que la originó.”

De la normativa francesa en relación a la chilena, podemos destacar los siguientes aspectos:

- 1) Reconoce expresamente el requisito de gravedad del incumplimiento:

En lo que se refiere a este punto, *“es relevante considerar que ella no está presente en el artículo 1552 del Código civil”*¹³. Al efecto, la norma chilena no establece un reconocimiento expreso, por lo cual la doctrina y la jurisprudencia han reconocido este requisito denominándolo -tradicionalmente- como “buena fe del que opone la excepción”:

“No lo ha contemplado expresamente nuestro Código, pero es de la esencia de la institución, desde su origen. Con esta exigencia se evita que la excepción se transforme en una herramienta del deudor para retardar o eludir su propio cumplimiento. Por eso no podrá oponerse frente a incumplimientos insignificantes, como si un comprador pretendiera negarse

¹³ MEJÍAS ALONZO, C. (2014). La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la jurisprudencia nacional reciente y en la doctrina. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Pág. 127.

*a pagar la compra de una casa porque una llave gotea, ni tampoco si ellos no son imputables al acreedor*¹⁴.

Asimismo, se ha mencionado que la exigencia de la gravedad del incumplimiento radica en un fundamento común: *“la causa, mencionándose usualmente además, la buena fe y la equidad”*. Así, tradicionalmente en Chile el requisito de la gravedad del incumplimiento se ha construido en base a los principios fundamentales del Derecho Civil, entre ellos la buena fe.

El reconocimiento expreso en la normativa francesa de este requisito es un aspecto destacable en relación a la legislación nacional, ya que despeja toda discusión en torno a éste, más aun considerando que *“no todas las sentencias en las que se invoca la excepción de contrato no cumplido se centran en el análisis de sus requisitos de procedencia, dentro de ellos la gravedad”*¹⁵.

Por último, es necesario destacar la salvedad que realiza el profesor Mekki con posterioridad a la vigencia de la norma: *“En primer lugar, esta excepción de incumplimiento es clásicamente concebible solo entre obligaciones correlativas, existiendo un lazo entre ellas, condición que no se menciona en el nuevo texto. Dejarlo en claro permitiría recordar que la existencia de un incumplimiento suficientemente grave no es suficiente. Tradicionalmente, la jurisprudencia ha hecho de la proporcionalidad una condición para la implementación de la excepción de incumplimiento, condición que no aparece en el nuevo Artículo 1219 pero que, sin embargo, se recuerda en el informe presentado al presidente de la República”*. Es decir, no basta que exista un incumplimiento suficientemente grave sino que también la reacción del acreedor a este incumplimiento debe ser proporcional.

Es así como el profesor Mekki propone una nueva redacción del artículo 1219 francés: *“Una parte puede negarse a cumplir con su obligación correlativa, aun cuando esta sea exigible, si la contraparte no ejecuta la suya, si el incumplimiento es lo suficientemente grave y siempre que el rechazo sea proporcional”*.

¹⁴ ABELIUK MANASEVICH, R. (2009). Op. Cit. Pág. 945.

¹⁵ MEJÍAS ALONZO. C. (2013). Op. Cit. Pág. 130.

- 2) Incumplimiento anticipado, la posibilidad que tiene el acreedor de suspender el cumplimiento de su obligación:

Cabe mencionar que la doctrina chilena ha señalado expresamente el requisito de la exigibilidad de la obligación: *“Es necesario que la obligación del acreedor contra quien se opone la excepción sea exigible”*¹⁶. La doctrina ha interpretado que este requisito es necesario para que pueda *“prosperar la excepción de contrato no cumplido, de allí que se sostenga que es necesario que la obligación sea pura y simple o bien que, tratándose de una obligación a plazo, este se encuentre vencido, con independencia de que el crédito sea líquido o no”*.

Dicho requisito se cumple a cabalidad en aquellas situaciones en las cuales entre las partes existen obligaciones de cumplimiento simultáneo, sin embargo hay situaciones en que el incumplimiento no se ha producido pero se tiene cierta certeza o antecedentes que permiten presumir que lo habrá. En estas situaciones se habla que estamos en presencia de un *“incumplimiento anticipado”*.

La doctrina nacional lo ha denominado *“excepción preventiva de incumplimiento”*: *“el acreedor no puede quedar inerte mientras su obligación se hace exigible, esperando que se produzca el incumplimiento que notoriamente ha de venir para accionar en defensa de sus derechos”*¹⁷.

Esta excepción preventiva se encuentra recogida en el inciso final del artículo 1826 del Código Civil, el cual dispone: *“pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega, aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el precio”*.

Al respecto, el profesor Carlos Pizarro señala que *“en ciertas circunstancias basta el riesgo de incumplimiento para justificar la oposición de la excepción. Así ocurre en el contrato de compraventa, el art. 1826 del Código civil dispone en caso de haber menguado*

¹⁶ ABELIUK MANASEVICH, R. (2009). Op. Cit. Pág. 945.

¹⁷ *Ibidem*. Pág. 948.

considerablemente la fortuna del comprador, la imposibilidad de exigir la entrega de la cosa al vendedor. Aquí se aplica con carácter preventivo la excepción de incumplimiento contractual. Esta misma regla aparece recogida en la Convención de Viena de 1980 sobre venta internacional de mercaderías, cuyo artículo 71 autoriza a cualquiera de los contratantes a suspender la ejecución de sus obligaciones en caso de temor de incumplimiento de su contraparte.”¹⁸.

Sin embargo, se ha discutido la naturaleza y aplicación de esta disposición, es más, *“en la doctrina nacional, la postura mayoritaria se inclina por rechazar la admisibilidad de una excepción preventiva, toda vez que se considera que la obligación del demandante contra quien se opone la excepción no es actualmente exigible”¹⁹*. En el mismo sentido, se ha señalado que la disposición del artículo 1826 no puede extenderse *“a situaciones no previstas, por muy justificado que resulte, dado su carácter de excepción”²⁰*.

Por lo anterior, que el nuevo artículo 1220 del Código Civil Francés regule expresamente situaciones de incumplimiento anticipado con un alcance general nos parece bastante importante en relación a la normativa chilena, más aun considerando que en nuestro país su aplicación e interpretación es limitada ya que nos encontramos ante un *“vacío o laguna legal”²¹*.

III) Fuerza mayor contractual.

Un primer aspecto novedoso y destacado por el profesor Mekki en su texto, es que la reforma al código civil francés define específicamente qué debe entenderse por fuerza mayor en materia contractual. Al respecto, el profesor señala que existiría una *“definición unitaria”* propuesta por la *Cour de Cassation* la cual no es acogida en la reforma.

¹⁸ PIZARRO WILSON, C. (2005). La excepción por incumplimiento contractual en el derecho civil chileno. Estudios de Derecho Civil, I: Jornadas Nacionales de Derecho Civil (págs. 317-342). Valdivia: LexisNexis.

¹⁹ MEJÍAS ALONZO, C. (2014). Pág. 117.

²⁰ ABELIUK MANASEVICH, R. (2009). Op. Cit. Pág. 949

²¹ MEJÍAS ALONZO, C. (2014). Pág. 147.

En lo que se refiere al Código Civil Chileno, cabe mencionar que la fuerza mayor – y el caso fortuito²²- se encuentran definidos en el artículo 45 del Código Civil, el cual dispone que éste es aquel: “imprevisto que no es posible resistir”. Dicha definición tiene un alcance general para todas las disposiciones del Código Civil, por lo cual puede ser aplicado tanto para la responsabilidad contractual como la extracontractual, no existiendo una definición especial para cada una de ellas, a diferencia del actual Código Francés.

Por otro lado, el nuevo artículo 1218 del Código Galo regula expresamente los requisitos necesarios para que estemos ante una fuerza mayor en asuntos contractuales, a saber: i) un acontecimiento que está fuera del control del deudor impide el cumplimiento de su obligación; ii) acontecimiento imprevisto al momento de la celebración del contrato; y iii) efectos que no pueden evitarse mediante medidas apropiadas. Para poder realizar un breve análisis respecto de ellos, es necesario recordar que en Chile, de acuerdo al artículo 45 del Código Civil, son requisitos de procedencia de la fuerza mayor o caso fortuito²³: i) un hecho extraño a la voluntad de las partes; ii) su imprevisibilidad; e iii) imposibilidad de resistirlo.

Al efecto, comentaremos brevemente los requisitos establecidos en el artículo 1218 del Código Francés en relación con los chilenos:

- i) Un acontecimiento que está fuera del control del deudor que impide el cumplimiento de su obligación:

El profesor Carlos Pizarro nos adelantaba, ya en el año 2005, que *“la jurisprudencia Francesa exigía como condición la exterioridad”*²⁴. En ese sentido, el nuevo artículo 1218 del Código Francés recoge la exterioridad del hecho como condición para encontrarnos ante fuerza mayor contractual.

²² “El nombre de la institución; para nuestro Código, como puede apreciarse en la definición antes transcrita, caso fortuito y fuerza mayor son expresiones sinónimas; así se ha fallado.” (Abeliuk Manasevich, 2009, pág. 828)

²³ ABELIUK MANASEVICH, R. (2009). Op. Cit.

²⁴ PIZARRO WILSON, C. (2005). La fuerza mayor como defensa del deudor. Revista de Derecho Administrativo Económico(14), Pág. 116.

Sin embargo, en Chile como se puede apreciar del artículo 45 del Código Civil no existe una consagración expresa en la definición legal. No obstante lo anterior, según la doctrina tradicional chilena este requisito se desprende del artículo 1547: *“el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa”*. Esta última expresión se interpreta en el sentido de que *“el hecho que se invoca como fuerza mayor no debe haber sido provocado por el deudor”*²⁵.

En el mismo sentido, el profesor Fueyo²⁶ señala que este requisito se puede desprender de diversas disposiciones, tales como el artículo 1547 inciso 2, ya mencionado.

Por lo cual, el establecimiento expreso de la exterioridad del hecho es sin duda un avance para Francia, en el sentido de que en Chile no se encuentra expresamente contenido en la definición legal del artículo 45 del Código Civil, por lo cual debe interpretarse diversas disposiciones del código para encontrarlo.

ii) Imprevisto al momento de la celebración del contrato:

Cabe señalar que, en diferentes legislaciones – como es el caso de la chilena- se discute en doctrina el momento en que se debe calificar la imprevisibilidad del suceso, es decir, si debe ser previsible al momento en que ocurre el hecho o cuando se celebra el contrato.

Al respecto, la reforma francesa opta por la teoría de la imprevisibilidad se debe calificar en el momento en que se celebra el contrato. Lo anterior, no es nuevo para el ordenamiento jurídico francés ya que la jurisprudencia francesa señalaba que la imprevisibilidad debe ser calificada al momento en que se celebra el contrato²⁷.

En ese sentido, debemos recordar que el artículo 45 del Código Civil consagra la imprevisibilidad de manera general. Lo anterior tiene toda lógica, por cuanto dicha

²⁵ ABELIUK MANASEVICH, R. (2009). Op. Cit. Pág. 830.

²⁶ FUEYO, F. (1991). Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Pág. 388

²⁷ LARROUMET, C. (1999). Teoría general del contrato. Volumen I y II. Traducción de Jorge Guerrero R. Bogotá: Editorial Temis S.A. Pág. 169.

disposición es una definición legal universal para todo el Código Civil. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia agregan que la imprevisibilidad debe ser al momento de celebrarse el acto o contrato:

“Que sea imprevisible significa que las partes no lo han podido prever al celebrarse el acto o contrato, ni el deudor al momento de presentarse; hay ciertas circunstancias que normalmente pueden preverse, y el deudor debe tomar las precauciones necesarias para que si se presentan, no le impidan el cumplimiento”²⁸.

En ese sentido, es destacable que el Código Francés haya adoptado expresamente la postura de la imprevisibilidad al momento de celebrarse el contrato.

iii) Efectos que no pueden evitarse mediante medidas apropiadas:

Este elemento recoge el requisito de irresistibilidad. Al respecto, y sólo de manera ilustrativa, cabe mencionar que existen discusiones doctrinarias respecto a los límites y conceptos de irresistibilidad. Entre ellas destaca la distinción entre absoluta y relativa.

En efecto, según el profesor Abeliuk *“se ha fallado que un hecho es irresistible cuando no es posible evitar sus consecuencias, en términos que ni el agente ni ninguna otra persona colocada en sus mismas circunstancias habría podido hacerlo. Lo que caracteriza al caso fortuito es la imposibilidad total, absoluta; como lo destacan los fallos citados, nadie, ni el deudor ni persona alguna en sus circunstancias, habría podido impedirlo. En consecuencia, una imposibilidad relativa, esto es, la dificultad en el cumplimiento o una mayor onerosidad que la prevista en el mismo, no constituye caso fortuito”²⁹.*

Frente a esta posición de irresistibilidad absoluta o estricta, que sólo asume la posibilidad de una exoneración frente a una imposibilidad de carácter absoluto, *“Fueyo³⁰ introduce un factor moderador y señala que la dificultad absoluta, como única excusa eximente, debe ser relacionada con un elemento tratado a propósito del cumplimiento o pago, cual*

²⁸ ABELIUK MANASEVICH, R. (2009). Op. Cit. Pág. 830.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ FUEYO, F. (1991). Op. Cit. 394.

*es, la buena fe. Desde esta perspectiva, es la buena fe el factor inherente a todo cumplimiento que limita la onerosidad excesiva para una de las partes*³¹.

En lo que se refiere a la norma francesa, pareciera ser que ésta opta por una irresistibilidad relativa o moderada al señalar que se deben adoptar “medidas apropiadas”, sin embargo aquello solo podrá apreciarse con las interpretaciones que de la jurisprudencia francesa a dicha disposición.

III) Nuevos Remedios Contractuales.

En este apartado, mencionaremos los remedios contractuales establecidos por la reforma francesa que tienen aspectos destacados o novedosos en relación con la normativa chilena.

A) Reducción del precio.

El profesor Mekki señala que este aspecto *“es muy innovador al otorgar al acreedor la posibilidad de renunciar a la resolución del contrato solicitando una reducción del precio”*³².

Del mismo modo, y en concordancia con los proyectos de armonización europeos, la reforma entrega la posibilidad al acreedor de aceptar una ejecución distinta a la pactada con el deudor, a cambio de una reducción del precio proporcional a la gravedad del incumplimiento y sin necesidad de recurrir ante un juez. Se trata de una solución intermedia entre la excepción de incumplimiento y la resolución. Mediante una revisión del contrato y de aquello a lo cual se dio cumplimiento en relación con aquello que estaba contractualmente previsto, el acreedor puede aceptar un cumplimiento parcial o imperfecto de las obligaciones del deudor reduciendo proporcionalmente el precio.

Si bien ya existía una manifestación de esta posibilidad dentro de las normas del *Code*, antes de su reforma, estaba estipulada de manera específica para casos particulares. En consecuencia, su

³¹ SUFFIOTTI CISTERNAS, G., & Ubilla Pareja, M. (2012). La excesiva onerosidad sobreviniente en materia contractual. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago: Universidad de Chile.

³² MEKKI, M. (2015). Les remèdes à l'inexécution dans le projet de réforme du droit des obligations. Réponse à la consultation”, Dossier “Critiques constructives du projet d’ordonnance portant réforme du droit des obligations: Parfaire sans défaire. Gazette du Palais, 37.

incorporación para ser aplicada en todo contrato plantea un mecanismo bastante innovador que otorga prioridad a la conservación del contrato por sobre la resolución.

En el mismo sentido, el profesor Carlos Pizarro destaca que *“sanción al incumplimiento contractual es extraña a las codificaciones decimonónicas, en las cuales sólo aparece un tratamiento particular, por regla general a propósito de los vicios ocultos en forma de la acción quanti minoris. Su pertinencia en una modificación a las sanciones al incumplimiento contractual es controversial, en razón que el menor valor en el precio suele demandarse a través de la indemnización de perjuicios, lo que opaca el interés de otorgarle un reconocimiento general y autónomo”*³³.

Al respecto, y como fue indicado por el profesor Pizarro, cabe mencionar que en Chile no existe una norma general que permita al acreedor aceptar una ejecución imperfecta del contrato y deducir proporcionalmente el precio. Sin embargo, se contempla una acción específica a propósito de la compraventa denominada acción estimatoria o acción quanti minoris, la cual es una acción para pedir la restitución de una parte del precio, proporcional a la disminución resultante del vicio redhibitorio y que encuentra su regulación en los artículos 1857 y siguientes del Código Civil.

B) Resolución por incumplimiento.

Respecto a este tipo de sanción frente al incumplimiento, existe *“consenso que su tratamiento no sólo en cuanto a su ubicación sino que en lo sustantivo es defectuoso e incompleto en los códigos decimonónicos”*³⁴.

Esta institución, que hasta antes de la reforma había sido regulada exclusivamente como el ejercicio de una condición resolutoria implícita en todo contrato bilateral y cuya procedencia requería ser demandada y declarada judicialmente, es un claro ejemplo de una reforma consagrada en base a la práctica jurisprudencial.

La reforma aborda la resolución ya no simplemente desde una vinculación a la condición resolutoria, sino que como un remedio más al incumplimiento. Determina su estatuto en base a tres modos

³³ PIZARRO WILSON, C. (2011). Op. Cit. Pág. 131.

³⁴ *Ibidem*. Pág. 132.

distintos de resolución: la cláusula resolutoria, la resolución judicial y la resolución o terminación unilateral por parte del acreedor.

Mientras que la cláusula resolutoria opera desde el momento en que se cumplen las condiciones en ella previstas, en la resolución unilateral por notificación y la resolución judicial, debe existir un incumplimiento lo suficientemente grave para que sean procedentes.

En la resolución unilateral, como medida de protección al deudor, debe haber existido además una constitución en mora que le entregue al deudor la posibilidad de cumplir con su obligación dentro de un plazo determinado y sólo en caso que esto no ocurra, el acreedor tendrá el derecho de resolver el contrato. No obstante, el artículo 1226 del Código Francés exige además que en la notificación unilateral de resolución se haga una exposición de razones que motivan la procedencia de la misma. Hecho esto, el deudor tiene la posibilidad de impugnar la resolución recurriendo ante el juez, recayendo la carga de probar la gravedad sobre las manos del acreedor. Esta es una de las mayores novedades de la reforma, inspirada en gran medida por los proyectos de armonización europeos y al constante desarrollo del mismo por la jurisprudencia francesa.

Por otro lado, en Chile no existe una regulación sistemática de la resolución por incumplimiento como remedio contractual que abarque los diferentes tipos de resolución que se contemplan a nivel de derecho comparado, a saber, resolución judicial, convencional, unilateral y por anticipación. Es más, algunos de estos casos de resolución simplemente no se encuentran regulados en el Código Civil chileno, como por ejemplo la terminación unilateral del contrato.

En síntesis y de manera ilustrativa, en Chile encontramos por un lado; i) la condición resolutoria tácita en el artículo 1489 que va envuelta en todo contrato bilateral para el caso que, de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, pueda el otro contratante pedir a su arbitrio la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicio; y, por otro, ii) el pacto comisorio que no es sino la condición resolutoria tácita cuando las partes la expresan. Respecto a este último, si a él se le agrega una cláusula de resolución *ipso facto*, se le denomina habitualmente pacto comisorio calificado.

“El pacto comisorio calificado o con cláusula de resolución ipso facto se caracteriza por esto último, es decir, porque las partes han buscado alterar los efectos normales de la resolución, conviniendo que el contrato se resuelva de pleno derecho de inmediato por el solo incumplimiento”³⁵.

Sin embargo, respecto al pacto comisorio calificado existen diferentes discusiones respecto a cómo opera, las cuales no encuentran una solución unánime por parte de la doctrina y la jurisprudencia. En ese sentido, el profesor Abeliuk señala que, a propósito del Código Italiano, esto se puede resolver por medio de establecer una regulación general de la cláusula resolutoria expresa³⁶, es decir, realizar una regulación general de la resolución por incumplimiento.

C) Ejecución forzada.

Respecto a este punto, cabe mencionar que la reforma francesa lo aborda como uno de los remedios respecto al cual puede optar el acreedor en el artículo 1217:

“La parte respecto a la cual la prestación no se ha ejecutado o se ha ejecutado imperfectamente, puede: (...) perseguir el cumplimiento forzado de la obligación”.

Posteriormente, el artículo 1221 establece que *“el acreedor de una obligación puede, luego de un aviso formal, continuar la ejecución en especie a menos que tal ejecución sea imposible o el costo sea manifiestamente irrazonable”.*

Al efecto, cabe mencionar que el Código Francés optó por ampliar los límites a la ejecución forzada no solo a la imposibilidad, sino también el caso que el costo sea manifiestamente irracional, lo cual es a todas luces un aspecto novedoso, ya destacado por el profesor Mekki: *“Lo novedoso en el proyecto de reforma es haber agregado un dato económico, poco acorde con la tradición francesa: el “costo manifiestamente irrazonable”³⁷.*

³⁵ ABELIUK MANASEVICH, R. (2009). Op. Cit. Pág. 523.

³⁶ *Ibidem*. Pág. 529.

³⁷ MEKKI, M. (2015). Op. Cit.

Respecto a los aspectos generales de esta consagración de la ejecución forzada, el código francés en relación con el código civil chileno, establece la idea de que la ejecución forzada prevalece por sobre otros tipos de remedios (ejemplo la indemnización de daños). *“La regla, precisamente, es que el acreedor puede optar libremente entre ésta y el cumplimiento. Así ocurre entre las obligaciones de hacer”*³⁸ -artículo 1553-. Además de lo anterior, destaca en la legislación francesa lo relativo a limitar los efectos del cumplimiento forzado a límites económicos, lo cual no se encuentra establecido expresamente en el código civil chileno.

IV) Vigencia de las normas: irretroactividad de la ley.

Por último, hay que destacar lo que sucedió con posterioridad a la reforma, especialmente en lo que se refiere a la aplicación de las normas respecto a las relaciones jurídicas que se formaron con anterioridad a ésta.

Al respecto, el profesor Mekki se refiere en este sentido a dicha problemática: *“Sin entrar en detalle sobre las cuestiones de derecho transitorio, el artículo 9 de la ordenanza del 10 de febrero de 2016 sigue siendo relativamente sucinto sobre este tema fundamental que preocupa a los practicantes y cuestiona a los primeros jueces que se han ocupado de esta cuestión. (..) Completamente redactado para regir las disposiciones relativas al derecho de contratos, el artículo 9 guarda silencio sobre la aplicación en el tiempo de las disposiciones relativas al sistema general de obligaciones, que no siempre están vinculadas a un contrato, y sobre la aplicación en el tiempo de las disposiciones relativas a la prueba. Sobre estos diferentes aspectos, la ley de ratificación podría proporcionar algunas ideas. Cuando las normas sobre el sistema general de obligaciones no están vinculadas a la preexistencia de un contrato, debe preferirse el principio de aplicación inmediata de la ley. Tal sería el caso con las disposiciones relativas a la indivisibilidad, solidaridad, pago, constitución en mora, confusión, indemnización, etc. En cuanto a la prueba, la ley de ratificación podría precisar que las normas que rigen la administración y la admisibilidad de las pruebas constituidas durante el curso de la instancia (por ejemplo: confesión y juramento) son cuestiones de procedimiento y justifican su aplicación inmediata a los procedimientos en curso, mientras que las normas relativas a la*

³⁸ PIZARRO WILSON, C. (2010). Hacia un Sistema de Remedios al Incumplimiento Contractual. En C. P. Wilson, & Á. V. Olivares, Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños (págs. 209-220). Bogotá: Universidad del Rosario. Pág. 215.

*admisibilidad de las pruebas pre constituidas y aquellas relacionadas con la carga de la prueba se rigen por la legislación vigente del día en que se concluyó el acto al que se refiere*³⁹ (Mekki, Por une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016, Propositions en droit des contrats: less is more., 2017).

Como bien lo señala el profesor, en toda modificación de la normativa vigente existirá un periodo transitorio en el cual convivirán actos o contratos nacidos a la luz de las leyes derogadas y otros de las nuevas, asimismo habrá contratos que producirán efectos con posterioridad al periodo transitorio que generalmente se dispone en este tipo de reformas. Los problemas que suscita aquello se refiere a lo que la doctrina llama “Efectos de la ley en cuanto al tiempo”, el cual considera la problemática de la retroactividad de la ley:

“No obstante que una ley no tenga carácter retroactivo es indudable que, posiblemente, al crear nuevos estatutos jurídicos y necesariamente al modificar la legislación, va entrar a regir una situación que estaba ya regulada por un régimen legal anterior.

*La nueva ley se encuentra con situaciones constituidas, con derechos adquiridos, con expectativas desarrolladas en un sistema legal que se deroga y que ella pasa a regular en forma distinta; de ello surgen conflictos que es necesarios solucionar*⁴⁰.

En ese sentido, hay que mencionar que en Chile, cuando no existen normas transitorias que resuelvan los problemas derivados del cambio de legislación, se debe recurrir a la ley de 7 de octubre de 1861, denominada “Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes”. Al efecto, esta norma regula que los conflictos que resultaren de la aplicación de leyes dictadas en diversos espacios de tiempo se regirán por las disposiciones que establece dicha norma.

Por lo anterior, si en Chile existiera una reforma al Código Civil y no existieran disposiciones transitorias que regulen expresamente el tema, podríamos utilizar dicha norma. Esta ley está basada en la teoría de los derechos adquiridos y de las meras expectativas, *“esta teoría considera que la ley*

³⁹ MEKKI, M. (2017). Por une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016, Propositions en droit des contrats: less is more.. Aj Cntrat, 462.

⁴⁰ DUCCI, C. (1984). Op. Cit. Pág. 64.

*no puede vulnerar derechos adquiridos en virtud de la ley anterior y sólo puede afectar a las meras facultades legales o a las simples expectativas*⁴¹.

En lo que se refiere a las materias tratadas en los textos traducidos y el presente capítulo –los contratos en general-, la Ley de Efecto Retroactiva establece en su artículo 22 que *“en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*. Es decir, la normativa antigua rige *“tanto a los requisitos externos como los requisitos internos de los actos y contratos y aún más los efectos de dichos actos en el futuro”*⁴². Por lo anterior, en el caso de aplicar dicha ley, se ha señalado que no estaríamos ante un problema de retroactividad de la ley, sino un problema de supervivencia de la ley.

Por último, el profesor Mekki menciona un aspecto no menos importante respecto a este punto y es que los jueces, en el período de un año con posterioridad a la reforma, tendieron a interpretar los contratos antiguos de conformidad a los principios establecidos en la reforma. Lo anterior, si bien no es una aplicación legal retroactiva de la reforma francesa, si es en cierto modo, una interpretación judicial retroactiva de los principios del derecho civil a los efectos de los contratos, el cual debe ser tomado en cuenta al momento de establecer disposiciones transitorias en una eventual reforma al código civil chileno.

Podemos concluir entonces que la reforma ha sido de gran importancia dado que intenta integrar los distintos estándares sostenidos en los mecanismos de codificación del derecho comparado. Así, se logró positivizar y sistematizar ciertas nociones que se encontraban dispersas, dando lugar a un texto que abre un espacio para la interpretación y la discusión, reconociendo la necesidad de darle mayor efectividad y certidumbre al derecho, característica fundamental del objetivo armonizador de la reforma. Esta discusión que plantea la reforma debe ser vista con buenos ojos y las soluciones planteadas en la nueva regulación francesa deben ser tomadas en cuenta en nuestro país, pues sirven para alivianar problemas de sistematización e inseguridad en las fuentes mismas del derecho.

⁴¹ *Ibidem*. Pág. 65.

⁴² *Ibidem*.

De esta manera, la traducción y revisión en profundidad de todo tipo de literatura analítica de la reforma francesa y sus diversas e importantes modificaciones, es útil e importante para el trabajo, aún pendiente, de reforma y modernización de nuestro propio código. Las reformas que el legislador francés ha llevado a cabo, debiesen ser objeto de un estudio profundo e integral, tomando en consideración los avances y realidades de nuestra propia doctrina y jurisprudencia en relación con los avances y cambios en el modelo económico tanto local como en conexión con el resto del mundo.

Como dijo José Gabriel Rivera, destacado profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú *“debemos tener presente que la evolución del Derecho no se encuentra “en castellano”, la **actualidad jurídica de nuestro tiempo** se encuentra en inglés, francés, alemán, portugués, italiano, entre otras lenguas. De allí que constituya un deber insoslayable para quien quiera informar a los demás de la actualidad jurídica de otros países el **conocimiento de idiomas.**”*

Bibliografía y obras consultadas.

- ABELIUK MANASEVICH, R. (2009). Las Obligaciones. Santiago: Editorial Jurídica.

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (2010). De los Contratos. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. (2002). "Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB". Boletín Oficial del Estado, Gobierno de España".

- CORTÉS, F. T. (2017). La reforma del Código Civil Francés. Un proemio al cambio estructural de los principios de derecho privado del Código Napoleónico. Revista Verba Iuris, 155-169.

- DUCCI, C. (1984). Derecho Civil Parte General. Santiago: Editorial Jurídica.

- DUCCI, C. (1997). Interpretación Jurídica. Santiago: Editorial Jurídica.

- E. M., & M. Q. (2017). El nuevo derecho de las obligaciones y de los contratos en Francia. El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia, 8.

- FUEYO, F. (1991). Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- LARROUMET, C. (1999). Teoría general del contrato. Volumen I y II. Traducción de Jorge Guerrero R. Bogotá: Editorial Temis S.A.

- LLAMAS POMBO, E. (1999). Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Madrid: Edigrafos S.A.

- MEJÍAS ALONZO, C. (2013). La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el código civil chileno. Revista Chilena de Derecho, 40(2), 389-412.

- MEJÍAS ALONZO, C. (2014). La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la

jurisprudencia nacional reciente y en la doctrina. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 111-156.

- MEKKI, M. (2015). Les remèdes à l'inexécution dans le projet de réforme du droit des obligations. Réponse à la consultation", Dossier "Critiques constructives du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations: Parfaire sans défaire. Gazette du Palais, 37.

- MEKKI, M. (2017). Por une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016, Propositions en droit des contrats: less is more.. Aj Cntrat, 462.

- PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2006). Obligaciones: Teoría General y clasificaciones. Resolución por incumplimiento. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- PIZZARO WILSON, C. (2005). La excepción por incumplimiento contractual en el derecho civil chileno. Estudios de Derecho Civil, I: Jornadas Nacionales de Derecho Civil (págs. 317-342). Valdivia: LexisNexis.

- PIZZARO WILSON, C. (2005). La fuerza mayor como defensa del deudor. Revista de Derecho Administrativo Económico(14), 112-124.

- PIZZARO WILSON, C. (2010). Hacia un Sistema de Remedios al Incumplimiento Contractual. En C. P. Wilson, & Á. V. Olivares, Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños (págs. 209-220). Bógota: Universidad del Rosario.

- PIZZARO WILSON, C. (2011). Los Remedios al Incumplimiento Contractual en los Proyectos Franceses de Reforma al Derecho de Contratos. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso , 117-138.

- RODRÍGUEZ GREZ, P. (2003). Responsabilidad Contractual. Santiago: Editorial Jurídica.

- SAVAUX, E. (2016). El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos (Vol. Tomo LXIX). Poitiers: Anuario de Derecho Civil.

- SAVAUX, E. (Julio de 2016). El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos. Anuario de Derecho Civil(LXIX-III), 715-741.

- SILVA, J. A. (2008). El "Commodum Repraesentationis" del artículo 1677 del "Codigo Civil" de Chile. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 37-161.

- SUFFIOTTI CISTERNAS, G., & Ubilla Pareja, M. (2012). La excesiva onerosidad sobreviniente en materia contractual. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago: Universidad de Chile.

- TABARES, C. (2017). "La reforma del Código Civil Francés. Un proemio al cambio estructural de los principios de derecho privado del Código Napoleónico." Revista Verba Iuris, 12(38), pp. 155-169.

- UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO. (2007). Revista Actualidad Jurídica N°16 Julio. Santiago.

- URIBE, R. M. (2015). La reforma al Derecho de Obligaciones y Contratos en Francia. Un Análisis Preliminar. Revista de Derecho Privado, 121-142.