

DEL CONTRATO, DE LAS OBLIGACIONES Y DE LA PRESCRIPCIÓN
Ante-Proyecto de Reforma del Código Civil francés
Libro III, títulos III y XX

**DEL CONTRATO,
DE LAS OBLIGACIONES
Y DE LA PRESCRIPCIÓN**

*Ante-Proyecto de Reforma del Código Civil francés
Libro III, títulos III y XX*

TRADUCCIÓN A CARGO DE

FERNANDO HINESTROSA

RECTOR DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Prohibida la reproducción impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

ISBN 958-710-075-1

- © UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2006
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá - Colombia. Fax 342 4948.
[www.librosuexternado.edu.co]
- © MINISTÈRE DE LA JUSTICE, 2006
[www.justice.gouv.fr]

Primera edición: agosto de 2006

Portada: Egidio (Gilles) Sadeler, 1570-1625, tomado de: [digilander.libero.it]

Composición: Proyectos Editoriales Curcio Penen

Fotomecánica, impresión y encuadernación: PANAMERICANA, formas e impresos,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Participantes en la preparación del Ante-Proyecto (por orden alfabético)	13
Presentación	15
Presentación general del Ante-Proyecto <i>Pierre Catala</i>	19
LIBRO TERCERO - TÍTULO III, "DE LAS OBLIGACIONES"	29
Introducción <i>Gérard Cornu</i>	31
Exposición de motivos. Fuente de las obligaciones. Definiciones (arts. 1101 a 1103) <i>Gérard Cornu</i>	41
Formación del contrato (arts. 1104 a 1107) <i>Philippe Delebecque</i> <i>Denis Mazeaud</i>	47
Validez del contrato - Consentimiento (arts. 1108 a 1115-1) <i>Yves Lequette</i> <i>Grégoire Loiseau</i> <i>Yves-Marie Serinet</i>	53
Validez Capacidad y poder (arts. 1116 a 1120-2) <i>Jean Hauser</i> <i>Guillaume Wicker</i>	61
Validez - Objeto (arts. 1121 a 1123) <i>Jérôme Huet</i> <i>Rémy Cabrillac</i>	65
Validez - Causa (arts. 1124 a 1126-1) <i>Jacques Ghestin</i>	69
Validez - Forma (arts. 1127 a 1123-2) <i>Pierre Catala</i>	79
Sanciones (arts. 1129 a 1133) <i>Philippe Simler</i>	83

Efecto de las convenciones, interpretación, calificación (arts. 1134 a 1143) <i>Alain Ghozi</i>	89
Distintas clases de obligaciones (arts. 1144 a 1151) <i>Didier R. Martin</i>	95
Ejecución de las obligaciones (arts. 1152 a 1156-2) <i>Laurent Leveneur</i> <i>Hervé Lécuyer</i>	99
Inejecución de las obligaciones (arts. 1157 a 1160-1) <i>Judith Rochfeld</i>	105
Restituciones consiguientes a la eliminación del contrato (arts. 1161 a 1164-7) <i>Yves-Marie Serinet</i>	111
El efecto de las convenciones con respecto a los terceros (arts. 1165 a 1172-3) <i>Jean-Luc Aubert</i> <i>Pierre Leclercq</i>	123
Obligaciones condicionales, a término, alternativas y facultativas (arts. 1173 a 1196) <i>Jean-Jacque Taisne</i>	129
Obligaciones solidarias e indivisibles (arts. 1197 a 1217) <i>Pierre Catala</i>	133
Extinción de las obligaciones (arts. 1228 a 1250) <i>Jérôme François</i> <i>Rémy Libchaber</i>	137
De la consignación con oferta de pago (arts. 1228 a 1250) <i>Philippe Théry</i>	143
Operaciones sobre créditos (arts. 1233 a 1236) <i>Hervé Synvet</i>	147
Prueba de las obligaciones (arts. 1283 a 1326-2) <i>Philippe Stoffel-Munck</i>	153
Cuasi-contratos (arts. 1327 a 1339) <i>Gérard Cornu</i>	157

TÍTULO III, “DE LAS OBLIGACIONES”	161
CAPÍTULO PRELIMINAR. DE LA FUENTE DE LAS OBLIGACIONES (ARTS. 1101 A 1101-2)	164
SUB-TÍTULO I. DEL CONTRATO Y DE LAS OBLIGACIONES CONVENCIONALES EN GENERAL (ARTS. 1102 A 1326-2)	164
CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES	164
Sección 1. Definiciones (arts. 1102 a 1103)	164
Sección 2. De la formación del contrato (arts. 1104 a 1107)	166
CAPÍTULO II. DE LAS CONDICIONES ESENCIALES PARA LA VALIDEZ DE LAS CONVENCIONES	167
Sección 1. Del consentimiento (arts. 1109 a 1115-1)	168
Sub-sección 1. De la existencia del consentimiento	168
Sub-sección 2. De la calidad del consentimiento	168
Sección 2. De la capacidad de las partes contratantes y del poder para obrar a nombre de otro (arts. 1116 a 1120-2)	171
Sección 3. Del objeto (arts. 1121 a 1122-3)	175
Sección 4. De la causa (arts. 1124 a 1126-1)	177
Sección 5. De la forma (arts. 1127 a 1128-2)	178
Sección 6. De las sanciones (arts. 1129 a 1133)	180
CAPÍTULO III. DEL EFECTO DE LAS CONVENCIONES	183
Sección 1. Disposiciones generales (arts. 1134 y 1135)	183
Sección 2. De la interpretación y de la calificación (arts. 1136 a 1143)	184
Sección 3. De las distintas clases de obligaciones (arts. 1144 a 1151)	187
Sección 4. De la ejecución de las obligaciones (arts. 1152 A 1156-2)	189
Sección 5. De la inexecución de las obligaciones y de la resolución del contrato (arts. 1157 a 1160-1)	191

Sección 6. De las restituciones luego de la eliminación del contrato (arts. 1161 a 1164-1)	193
Sección 7. Del efecto de las convenciones frente a terceros (arts. 1165 a 1172-3)	196
CAPÍTULO IV. DE LAS MODALIDADES DE LA OBLIGACIÓN	200
Sección 1. De las obligaciones condicionales (arts. 1173 a 1184-1)	200
Sección 2. De las obligaciones a término (arts. 1185 a 1188)	203
Sección 3. De las obligaciones alternativas y facultativas (arts. 1189 a 1196)	205
Sección 4. De las obligaciones solidarias (arts. 1197 a 1212)	206
Sección 5. De las obligaciones indivisibles (arts. 1213 a 1217)	209
CAPÍTULO V. DE LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES	210
Sección 1. Del pago (arts. 1219 a 1236)	210
Sección 2. De la remisión de la deuda (arts. 1237 a 1239-1)	216
Sección 3. De la compensación (arts. 1240 a 1247)	216
Sección 4. De la confusión (arts. 1249 y 1250)	218
CAPÍTULO VI. DE LAS OPERACIONES SOBRE CRÉDITOS	218
Sección 1. De la cesión de crédito (arts. 1251 a 1257-1)	218
Sección 2. De la subrogación personal (arts. 1258 a 1264-2)	220
Sección 3. De la novación (arts. 1265 a 1274)	222
Sección 4. De la delegación (arts. 1275 a 1282)	224
CAPÍTULO VII. DE LA PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES	225
Sección 1. Disposiciones generales (arts. 1283 a 1290)	226
Sección 2. De las formas de la prueba documental de los actos jurídicos (arts. 1291 a 1305)	229

Sección 3. De la exigencia de una prueba por escrito y de la prueba testimonial de los actos jurídicos (arts. 1306 a 1313)	233
Sección 4. Reglas especiales de las presunciones, la confesión y el juramento (arts. 1314 a 1326-2)	235
SUB-TÍTULO II - DE LOS CUASI-CONTRATOS (ARTS. 1327 A 1339)	239
CAPÍTULO I. DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS (O: DE LA GESTIÓN SIN TÍTULO DEL NEGOCIO AJENO)	240
CAPÍTULO II - DEL PAGO DE LO INDEBIDO	241
CAPÍTULO III. DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	242
Subtítulo III - “De la responsabilidad civil” (arts. 1340 a 1386) Exposición de motivos <i>Geneviève Viney</i>	245
SUB-TÍTULO III - “DE LA RESPONSABILIDAD CIVI” (ARTS. 1340 A 1386)	261
CAPÍTULO I. DISPOSICIONES PRELIMINARES	263
CAPÍTULO 2. DE LAS CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD	264
Sección 2. Disposiciones propias de la responsabilidad extracontractual	267
Sección 3. Disposiciones propias de la responsabilidad contractual	272
CAPÍTULO III. DE LOS EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD	273
Sección 1. Principios	273
Sección 2. Reglas especiales de la reparación de algunas categorías de daños	276
Sección 3. Las convenciones relativas a la reparación	280
Sección 4. La prescripción de la acción de responsabilidad	282
CAPÍTULO IV. DE LOS PRINCIPALES RÉGIMENES ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD O DE INDEMNIZACIÓN	282
Sección 1. La indemnización de las víctimas de accidentes de circulación	282
Sección 2. La responsabilidad por el hecho de productos defectuosos	284

LIBRO TERCERO - TÍTULO XX, “DE LA PRESCRIPCIÓN Y DE LA POSESIÓN” (ARTS. 2234 A 2281)	285
Exposición de motivos <i>Philippe Malaurie</i>	287
TÍTULO XX, “DE LA PRESCRIPCIÓN Y DE LA POSESIÓN” (ARTS. 2234 A 2281)	299
CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES (ARTS. 2234 A 2242)	301
CAPÍTULO II. DE LA POSESIÓN	301
CAPÍTULO III. DE LAS CAUSAS QUE IMPIDEN LA PRESCRIPCIÓN	302
CAPÍTULO IV. DE LAS CAUSAS QUE INTERRUMPEN O SUSPENDEN EL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN	303
Sección 1. De las causas que interrumpen la prescripción	303
Sección 2. Del curso de la prescripción y de las causas que lo suspenden	303
CAPÍTULO V. DEL TIEMPO EXIGIDO PARA PRESCRIBIR	304
Sección 1. Disposiciones generales	304
Sección 2. De las prescripciones especiales	304
Sección 3. Del plazo máximo de las prescripciones extintivas	305
Sección 4. De la posesión mobiliaria	306
Sección 5. Derecho transitorio	306
AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS (ARTICLES 1101 À 1386 DU CODE CIVIL.) ET DU DROIT DE LA PRESCRIPTION (ARTICLES 2234 À 2281 DU CODE CIVIL.) RAPPORT À MONSIEUR PASCAL CLÉMENT, GARDE DES SCEAUX, MINISTRE DE LA JUSTICE. 22 SEPTEMBRE 2005	307

PARTICIPANTES EN LA PREPARACIÓN DEL ANTE-PROYECTO
(POR ORDEN ALFABÉTICO)

PASCAL ANCEL	Profesor de la Universidad de Saint-Etienne
JEAN-LUC AUBERT	Consejero honorario de la Corte de Casación. Profesor de la Facultad de Derecho
LAURENT AYNES	Profesor de la Universidad de París 1
ALAIN BENABENT	Abogado del Consejo del Estado y de la Corte de Casación Profesor de la Facultad de Derecho
PHILIPPE BRUN	Profesor de la Universidad de Savoie
RÉMY CABRILLAC	Profesor de la Universidad de Montpellier 1
PIERRE CATALA	Profesor emérito de la Universidad de París 2
GÉRARD CORNU	Profesor emérito de la Universidad de París 2
PHILIPPE DELEBECQUE	Profesor de la Universidad de París 1
JEAN-PIERRE DUMAS	Presidente de la Sala Honoraria en la Corte de Casación
GEORGES DURRY	Profesor emérito de la Universidad de París 2
JÉRÔME FRANCOIS	Profesor de la Universidad de París 5
ALAIN GHOZI	Profesor de la Universidad de París 2
JACQUES GHESTIN	Profesor emérito de la Universidad de París 1
JEAN HAUSER	Profesor de la Universidad de Bordeaux 4
JÉRÔME HUET	Profesor de la Universidad de París 2
PATRICE JOURDAIN	Profesor de la Universidad de París 1
PIERRE LECLERCQ	Consejero honorario de la Corte de Casación
HERVÉ LECUYER	Profesor de la Universidad de París 2
FABRICE LEDUC	Profesor de la Universidad de Tours
YVES LEQUETTE	Profesor de la Universidad de París 2
LAURENT LEVENEUR	Profesor de la Universidad de París 2
RÉMY LIBCHABER	Profesor de la Universidad de París 1
GRÉGOIRE LOISEAU	Profesor de la Universidad de París 1
PHILIPPE MALAURIE	Profesor emérito de la Universidad de París 2
PHILIPPE MALINVAUD	Profesor emérito de la Universidad de París 2
DIDIER MARTIN	Profesor de la Universidad de París 11
DENIS MAZEAUD	Profesor de la Universidad de París 2
JUDITH ROCHFELD	Profesor de la Universidad de París 11
YVES-MARIE SERINET	Profesor de la Universidad de Cergy Pontoise
PHILIPPE SIMLER	Profesor de la Universidad de Estrasburgo 3
PHILIPPE STOFFEL-MUNCK	Profesor de la Universidad de París 1
HERVÉ SYNDET	Profesor de la Universidad de París 2
JEAN-JACQUES TAISNE	Profesor de la Universidad de Lille
GENEVIÈVE VINEY	Profesor de la Universidad de París 1
GUILLAUME WICKER	Profesor de la Universidad de Bordeaux 4

Por solicitud honrosa de la Association Henri Capitant de Amigos de la Cultura Jurídica Francesa y, más ampliamente, de la Latina, y deferencia especial del Prof. PIERRE CATALA, nuestra Universidad realizó la traducción al español del Ante-Proyecto de Reforma del título III del libro III del *Code civil français* y del derecho de la prescripción, elaborado de manera diligente y esmerada por un grupo de civilistas de la más alta calidad y de la mayor prestancia, que trabajó con tenacidad y diligencia sumas, bajo la dirección del Prof. CATALA, cual él lo resalta en su Presentación.

Dicho Ante-Proyecto fue entregado al Guardasellos, Ministro de Justicia de la República francesa, en el mes de septiembre del año pasado, y tiene vocación de convertirse en puntal de una actualización de la respectiva normatividad, en razón de la calidad y autenticidad del trabajo, el renombre de sus autores, la oportunidad de su realización, las exigencias actuales del derecho de los contratos, especialmente en el concierto europeo, y la presión de las distintas vertientes del derecho privado por una “modernización” del derecho de los contratos.

La última década del siglo XX y el primer quinquenio del siglo XXI estuvieron marcados, a tal propósito, por la promulgación de nuevos códigos civiles, reformas a dichos códigos, la elaboración y divulgación de proyectos de códigos y de principios europeos del derecho de contratos, y de principios de los contratos internacionales. Los códigos civiles de Quebec y de Holanda, los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, el Código Civil de Brasil, el Proyecto de Código europeo de contratos de la Academia de iusprivatistas europeos de Pavía (G. GANDOLFI), los Principios de derecho europeo de los contratos (O. LANDÖ), el Código europeo de los contratos (BAR), la Reforma del BGB, son empeños fundamentales, de distinto origen y con diferente alcance, en un proceso de consolidación, renovación, actualización, aproximación de los derechos y, en últimas, del derecho de las obligaciones y de los contratos, cuya importancia sempiterna huelga destacar, y cuya trascendencia en el mundo actual es incalculable.

La incorporación de los dictados jurisprudenciales y doctrinarios a la normatividad ha sido un movimiento continuo que busca consolidar los adelantos en la concepción y la administración de las distintas figuras, y primordialmente que el derecho vivo responda a las necesidades y a los dictados éticos y políticos de su tiempo. Las reformas a los códigos añejos, en buena medida reflejan el producto de aquellas posturas y esfuerzos, hoy más necesarios, si se tiene en cuenta el crecimiento y la complejidad del tráfico jurídico internacional. A lo

cual se agrega, por fuerza de la mundialización y del surgimiento y desarrollo de comunidades continentales y sub-continentales de naciones, el apremio de una aproximación jurídica, para no hablar de un derecho común, que para algunos debería derivar de tratados, acuerdos, pactos internacionales, que para otros es algo irrealizable, por no decir inconcebible, y que, sin más, se ofrece, con claros antecedentes en la experiencia histórica, como un *desideratum* y un destino fatal, fuerza centrípeta, que ha de convivir inexorablemente con la fuerza centrífuga que la propia “globalización” estimula, de contragolpe, insertada en las tradiciones, valores, experiencias nacionales.

Al rompe viene a la memoria la experiencia de la *Rezeption* del derecho romano por una Europa que habiéndose fraccionado en compartimentos territoriales y tribales, cerrados en fuerza de la inseguridad imperante, se vio compelida a buscar un *ius commune* con mayor aliento y visión que los derechos locales, por cierto firmemente arraigados al calor de la costumbre inveterada, y lo vino a encontrar en el derecho romano, o más propiamente en los *Digesta seu Pandectae* de JUSTINIANO, en cuyo aprendizaje y comentario posterior se formaron los escolares que pasaron a desempeñarse como jueces, administradores, consejeros y asesores en sus respectivos territorios, en competencia dura con los prácticos. Un derecho romano que aquellos doctos adoptaron y adaptaron, que no reconocerían los clásicos, pero que como derecho subsidiario y núcleo básico de principios y valores rigió en el continente hasta el advenimiento de las soberanías rivales, afirmadas en su propia codificación.

La escisión, producto de los nacionalismos, generó la formación de familias jurídicas mayores, con epígonos en el propio continente, como también en los continentes periféricos, América Latina, Asia, Medio Oriente, al parecer más empeñadas en anotar las diferencias que en reconocer la raíz común romanista o romano-germánica, que en últimas volvería, o volverá, a ser la espina dorsal de la disciplina de las obligaciones y de los contratos.

La presencia de nuevas formas de contratación, comenzando por los contratos masivos, indispensables en una economía de escala, la acentuación de los desequilibrios entre las partes, no sólo en razón de la desigualdad económica, el crecimiento de los contratos de larga duración, la aparición de nuevos medios de expresión y de nuevas formas de conservación de documentos, el incremento de los riesgos, han determinado una vuelta a examinar, validar, circunscribir, acentuar, en una palabra, reajustar, los principios básicos que gobiernan la autonomía privada por doquier: la libertad de disponer o no, de escoger compañía o destinatario, de elegir la figura legal o socialmente reconocida, de determinar el contenido y, por ende, los efectos de la disposición, sazonado todo por el imperio del principio de la buena fe, activa, diligente, lealtad y corrección en toda

oportunidad, que administra la tensión ineludible entre Estado y particular, *ius cogens* y autonomía privada, poder dispositivo e intervención del juez. Y con no menos calado, los principios, elementos y efectos de la responsabilidad en todas sus expresiones conflictivas.

La inserción de todos los pueblos en la deliberación universal y la unidad económica y política alcanzada por los países europeos, ha puesto de presente el apremio de modernización, actualización, del derecho, como también de aproximación de las previsiones y soluciones jurídicas. La labor de la jurisprudencia en ambos sentidos es fundamental, pero en ocasiones, de un lado, se demanda su firmeza o consolidación normativa, y de otro, se exige mayor dinamismo de su parte. De años atrás se escuchan en Francia voces, cada vez más vigorosas, a favor de una revisión de los textos del Código, para incorporar a ellos las interpretaciones jurisprudenciales pretorianas decantadas y acoger rumbos generalizados en los demás ordenamientos del continente, además de las directivas de la Unión Europea. El Ante-Proyecto de Reforma del título III del libro III del Código Civil y del derecho de la prescripción responde en buena medida a aquellos anhelos, y es de esperar que desemboque en esa actualización natural, cual ocurrió décadas atrás en materia de derecho de familia.

De todas formas para los estudiosos del derecho privado en los distintos continentes, más en la medida en que su respectivo ordenamiento esté arraigado al tronco nutricional francés, como es el caso de la mayoría de los países de habla hispana, que no están llamados a abdicar de una estirpe noble, valiosa y genuina, el conocimiento y el análisis del Ante-Proyecto y la discusión en torno de él, no sólo es indispensable, sino, antes bien, será de la mayor conveniencia, que solo fuere como oportunidad de volver sobre su propio ser en el océano de singularidades y generalidades que deslumbra y desconcierta al llamado “operador” jurídico de hoy, y de identificar su singularidad cultural y permanecer fiel a esa tradición y esa identidad, sin caer en el chauvinismo, a tiempo que sin dejarse deslumbrar por los fuegos de artificio de una post-modernidad alienante.

Con el gusto y la ilusión de contribuir a esos destinos y el agradecimiento a los patrocinadores, la Universidad Externado de Colombia ofrece este volumen a la comunidad jurídica hispano-parlante. La traducción estuvo a cargo del profesor y Rector Dr. FERNANDO HINESTROSA, asistido por los profesores Dres. FELIPE NAVIA, FERNANDO MONTOYA, ROBERTO NÚÑEZ y VERÓNICA PELÁEZ en cuanto a la Presentación y la Exposición de Motivos.

Bogotá, abril de 2006

PIERRE CATALA

Presentación general del Ante-Proyecto

1. *El bicentenario del Código Civil* tuvo una inmensa resonancia en la mayoría de los países que comparten la codificación, cualquiera que fuera su lengua. Dio lugar a innumerables manifestaciones, de las cuales emergieron, aunque con diferentes dimensiones e inspiraciones, los nombres de PORTALIS y de CARBONNIER. El fundador y el renovador tenían en común la cultura histórica, un conocimiento profundo de las costumbres y tradiciones que conforman “el espíritu de los siglos”, y el sentimiento de que “es útil conservar todo aquello que no es necesario destruir”. Ellos no fueron constructores de sistemas; sin embargo, no dudaban de que la ley es, antes que la jurisprudencia, madre del orden jurídico. “La ciencia del legislador consiste en encontrar, en cada materia, los principios más favorables al bien común; la ciencia del magistrado es la de poner esos principios en acción, de ramificarlos, de extenderlos, por medio de una aplicación sabia y razonada, a las hipótesis específicas” (Discurso preliminar).

De estos dos nombres reunidos surgió una doble certeza: que el Código de 1804 continuaba siendo un modelo ideal de legislación; y que era posible renovarlo sin deteriorar ni su estructura ni su forma. JEAN CARBONNIER lo demostró al transformar el libro primero con la fortuna que bien conocemos. Pero más allá de los propósitos agradables al oído de los ranceses, nos llegaba otro mensaje, a menudo tácito, que decía: ¿qué esperan para continuar la modernización de su Código?

2. Para esta tarea, y en la perspectiva de la gran cita de 2004, *un puñado de civilistas*, profesores universitarios, fue enrolado un año antes. El detonador lo proporcionó un coloquio organizado por la Facultad de Sceaux que puso en paralelo el derecho francés con “los Principios europeos del derecho de contratos” surgidos de los trabajos del profesor LANDÖ. Del coloquio parecía poder deducirse que, en ciertos puntos, nuestro derecho era o podía llegar a converger con la trama propuesta por Europa; mientras que en otros puntos, ésta última iba, en mayor grado, contra nuestra tradición nacional. En la coyuntura del momento, evidentemente ello merecía un análisis más profundo.

El propósito de quienes se reunieron para reflexionar al respecto no era el de oponerse a no importa quién y qué. Era el de cribar los títulos III y IV del libro tercero del Código Civil para detectar sus silencios y distinguir, dentro las disposiciones en vigor, aquellas que merecían ser conservadas tales cuales, de aquellas que debían ser escritas de nuevo, o simplemente abandonadas. Al obrar así, seguimos el ejemplo de nuestros vecinos alemanes y holandeses quienes acababan de renovar sus Códigos, del mismo modo que lo habían hecho, al otro lado del Atlántico, nuestros primos de Quebec y de América Latina.

En el centro del debate que se abría, estaba el tema del lugar del Código Civil en el orden jurídico privado. ¿Es todavía el derecho común por excelencia, la constitución Civil de Francia? Y si ya no lo es, ¿se lo puede restablecer como tal, en el centro de un sistema de leyes que prolifera al capricho de las políticas nacional y comunitaria y cuya complejidad se acrecienta tanto que en no pocas materias su conocimiento se convierte en patrimonio exclusivo de unos pocos iniciados? Para responder a estas dos preguntas, es necesario hacerse *una cierta idea de la ley civil*.

3. “Las leyes civiles, decía PORTALIS, disponen sobre las relaciones naturales o convencionales, forzadas o voluntarias, de rigor o de simple conveniencia, que vinculan a todo individuo con otro o con varios”. En estas simples palabras se encuentra descrito su oficio en su generalidad absoluta; en tanto que las leyes del comercio dejan plena libertad solo a los mercaderes para las necesidades de su negocio y que la protección del consumidor está específicamente organizada frente al profesional, la ley civil toma a estas mismas personas al margen de sus actividades de comerciante o de consumidor. El Código Civil se dirige de manera indiferenciada a todos los ciudadanos, de quienes se ocupa desde el primero hasta el último suspiro, en medio de una igualdad republicana.

Tratándose de los contratos, su vocación es a la vez la de moderar, por afán de una cierta justicia contractual, la libertad abierta a los comerciantes, sin llegar al punto de poner bajo tutela al consumidor. El derecho civil es un derecho de equilibrio, parejamente solícito a los intereses en juego, sin un a priori favorable a esta o a aquella parte. A otros códigos o leyes es a los que les incumbe la tarea de inclinar la balanza contractual hacia una mayor eficacia o una mayor seguridad, en función de las situaciones jurídicas en cuestión y de la utilidad social que se busque.

Cumplida en este espíritu de justo medio, la modernización del Código Civil lo mantendrá como pivote del derecho privado, tronco robusto de un árbol cuyas ramas crecen y se ramifican sin desligarse de su cepa. Con esta finalidad, el título “De las obligaciones” debe ser la sede de reglas generales que promulguen un derecho común actualizado, a la vez que recubra y oriente el particularismo de las nuevas leyes especiales. Es así como el Código seguirá siendo *el recurso natural del juez confrontado por el silencio de los estatutos particulares y de las convenciones; el fondo común de nuestra razón jurídica*.

4. Apadrinado por la Asociación Capitant, *el proyecto iniciado en el año 2003 se encuentra hoy terminado* con la ayuda del Ministerio de la Justicia, al cabo de treinta meses de su concepción. Para lograrlo en ese plazo, las pocas personas que lo comenzaron no habrían sido suficientes; era indispensable distribuir la carga de trabajo y congregar otras competencias. Nuestra primera tarea fue la

de dividir la materia y confiar los segmentos a colegas especialmente calificados, habiendo establecido un cierto número de reglas de tiempo y de forma. Rápidamente consideramos necesario conformar dos equipos diferentes, dedicado el uno a los contratos y cuasi-contratos y el otro a la responsabilidad civil. G. VINEY se separó del grupo inicial y conformó con G. DURRY un equipo de seis profesores universitarios en total, que asumió, colectivamente, la carga relativa a la responsabilidad civil. Para los contratos y los cuasi-contratos, por el contrario, pareció irrealizable un trabajo exclusivamente colectivo en vista de la cantidad de los temas que había que manejar. El grupo inicial aseguraría entonces la coordinación de un trabajo repartido, previo un aumento del número de coautores en medida suficiente. Veintitrés profesores universitarios y tres altos magistrados jubilados de la Corte de casación asumieron la refacción del título III (obligaciones convencionales), subdividido en dieciocho temas. Otros dos autores se consagraron, uno a los cuasi-contratos y otro a la prescripción. En total, *el programa movilizó a treinta y cuatro personas.*

Su ejecución se llevó a cabo *en cuatro fases* que a veces se entrelazaron. La primera etapa (febrero a julio de 2003) fue dedicada a la elaboración del programa: determinación de los objetivos, partición de la materia, reunión de los autores. En una segunda etapa (septiembre de 2003 a abril de 2004), éstos cumplieron con su misión, que consistía en redactar los artículos del capítulo o de la sección que se les había confiado y un texto de presentación.

En seguida, cada una de las contribuciones le fue enviada a todos los miembros del grupo con solicitud de su opinión, sugerencias y críticas: esta tercera fase constituyó una especie de “foro” de una gran riqueza, gracias a la participación en él de la mayoría de los autores. Se descubrieron lagunas y repeticiones, así como ciertos artículos del Código actual que no habían sido reclasificados luego de las modificaciones hechas al plan de trabajo. También se presentaron algunos conflictos de opinión, por cierto, menos de los que habrían podido esperarse, que en su mayoría fueron resueltos por consenso.

Estaba previsto que la tercera fase concluiría en el otoño de 2004, pero de hecho se prolongó hasta la finalización del trabajo. Lo cierto es que, paralelamente, había comenzado a desenvolverse la cuarta y última etapa desde el verano de 2004. Su objetivo inicial fue la armonización de una veintena de contribuciones, por fuerza heterogéneas en la forma, en razón del estilo propio de cada uno de los autores. A lo cual se agregó la carga de resolver las dificultades aparecidas durante el curso de la fase tres y de retocar numerosos textos en razón de las opiniones que el “foro” había inspirado. A ello se procedió con el concurso del grupo inicial, aumentado con algunos voluntarios en función de los temas debatidos; de ciertos capítulos se dieron hasta diez versiones... En cuanto a la

tarea de volver a escribir, G. CORNU jugó un papel primordial; cualquier lector advertido reconocerá su pluma.

Mientras que el derecho de los contratos y de los cuasi-contratos tomaba una nueva forma, el grupo Viney-Durry acababa de reconstruir la responsabilidad civil y PHILIPPE MALAURIE la prescripción. Se trata, entonces, de un anteproyecto bien logrado, que en el umbral del verano de 2005, será presentado a los poderes públicos y a la comunidad jurídica en su conjunto, de la siguiente manera: a una visión general sobre el proyecto seguirá una introducción relativa a las obligaciones convencionales de G. CORNU; luego vendrá una exposición de motivos en la que cada autor presentará la parte del proyecto que le correspondió trabajar; todo esto precederá al texto de los nuevos artículos 1101 a 1339. La segunda parte comprenderá una introducción de G. VINEY sobre la responsabilidad civil, seguida de los nuevos artículos 1340 a 1386. La tercera parte, relativa a la prescripción, contendrá una introducción de PH. MALAURIE como encabezamiento de los artículos 2234 a 2281.

5. Estas pocas páginas no podrían usurpar las explicaciones que serán dadas al lector por los espíritus más ilustrados. Su propósito no es otro que el de mostrar algunos de los lineamientos que tejen *la lógica* de un proyecto considerable por su amplitud y la diversidad de sus objetos.

En primer lugar, ha de rendirse homenaje a las fuentes, comenzando por la primera de ellas, la ley. El estudio muestra que un buen número de las soluciones del Código Napoleón conservan su valor luego de dos siglos de aplicación; se las encontrará sea bajo la misma forma que nuestros ancestros les dieron, sea con una redacción más adaptada al gusto de nuestro tiempo. En esa medida *el Anteproyecto no propone un Código de ruptura, sino de adecuación.*

En esto, el anteproyecto es deudor de la *doctrina* y de la *jurisprudencia*. La primera estuvo presente en el origen de no pocos hallazgos terminológicos que arropan innovaciones fundamentales: las obligaciones de medios y de resultado, para no citar más que una. El anteproyecto debe a la doctrina las numerosas definiciones que pareció conveniente consagrar en la ley, puesto que la definición, de no ser normativa *stricto sensu*, constituye una incomparable herramienta de análisis y de calificación.

No obstante, por grande que sea la deuda con la doctrina, la que se tiene con la jurisprudencia la sobrepasa ampliamente en lo que se refiere a la sustancia del anteproyecto. La estabilidad de los títulos III y IV se explica, ciertamente, en parte, por la aparición de códigos y de leyes que han germinado alrededor del Código Civil, pero más aún por la obra de la Corte de casación en la interpretación *praeter legem* del Código mismo. Fue ella la que le dio cuerpo al período pre-contractual, inventó la responsabilidad por el hecho de las cosas, esculpió la

estipulación para otro... Se la encontrará a cada paso o casi en todas las páginas que siguen.

6. Pero la huella del Código Napoleón y el préstamo hecho a las fuentes interpretativas, por importantes que ellos sean, están lejos de reducir el ante-proyecto al nivel de una codificación de derecho constante.

En ciertos puntos, y no en los menores, en él figuran *nuevas reglas contrarias a la jurisprudencia contemporánea*. La promesa unilateral obliga al promitente a celebrar el contrato si la aceptación del beneficiario ocurre durante el plazo de la opción (art. 1106); la función de la causa se agota con la celebración del contrato, sin interferir su ejecución (arts. 1123 y 1124 combinados). La obligación del delegado para con el delegatario hace indisponible el crédito del delegante para con el delegado, que no puede ser embargado ni cedido (art. 1284). De otra parte, los textos propuestos no se contraponen a la jurisprudencia, más bien tienden a *aclararla* (restituciones), a *enmarcarla* (consentimiento, cesión de contratos), a *atenuarla* por una regla de prueba (fijación del precio, art. 1121-4 y 1121-5), a *abrirle nuevas vías*: acción directa (art. 1168), contratos interdependientes (arts. 1172 y ss.), cesiones de crédito futuro (art. 1252).

En fin, deben tomarse en cuenta las materias que escapan al poder del juez dondequiera que *sólo la ley puede crear el derecho o transformarlo*. Sólo la ley podía sustituir el artículo 1142 del Código Civil con una disposición en sentido contrario (art. 1154 propuesto); ofrecer al acreedor insatisfecho la facultad de resolver unilateralmente el contrato (art. 1158); permitir al juez que ordene la renegociación de un contrato que perdió todo interés para una de las partes (art. 1135-2). Un texto legal era igualmente necesario para otorgar preferencia a los acreedores que ejercen la acción oblicua o pauliana (art. 1167-1), lo mismo que para aligerar las formas sustanciales de la cesión de crédito (art. 1254-2).

En materia de responsabilidad civil, corresponde a la ley afirmar la existencia de una responsabilidad contractual, crear un régimen de responsabilidad más favorable a las víctimas de daños corporales (arts. 1341, 1351, 1373 y 1382-1), ampliar la responsabilidad de pleno derecho en materia de actividades anormalmente peligrosas (art. 1362) y abrirle la vía a los daños y perjuicios punitivos (art. 1372). En lo que se relaciona con la *prescripción*, sólo al legislador corresponde fijar los términos, o redistribuir las respectivas funciones de la interrupción y de la suspensión.

7. Este cuadro, que por las necesidades de la exposición, oculta los matices que van de la continuidad al cambio, tal vez, no deja ver *la unidad del proyecto*. Se la encontrará, no obstante, en las múltiples directrices básicas que guiaron su elaboración.

Un mismo *principio de coherencia* entrelaza las condiciones de validez del contrato con sus sanciones (arts. 1122 y 1124-1) e inspira, especialmente, reglas de fondo, como la del artículo 1125, inciso 2.º, de interpretación (art. 1137) y de prueba (art. 1293). Más allá de estas manifestaciones ostensibles, una coherencia latente, que las “introducciones” que siguen mostrarán, enlaza las diferentes piezas del anteproyecto.

El poder de la voluntad es proclamado. Su omnipotencia es de principio en caso de intercambio de consentimientos (art. 1127 y 1136), incluso en materia de prueba (art. 1289), de responsabilidad (art. 1382) y de prescripción (art. 2235). Paralelamente se refuerzan los efectos reconocidos a la voluntad unilateral (arts. 1101-1, 1121-4, 1121-5 y 1158).

Pero si el Código Civil hubiese consagrado sin límites la libertad contractual, habría perdido la virtud de equilibrio que le es esencial; la afirmación de esta libertad no podía hacerse sin contrapesos generadores de seguridad jurídica. Así, un *deber de lealtad*, implícito o explícito, atraviesa de extremo a extremo toda la materia de las obligaciones convencionales (arts. 1104, 1110, 1120, 1134 y 1176).

Yendo más lejos, *un mismo espíritu de solidaridad* conduce a la ley civil a proteger a la parte más débil por medio de disposiciones generales que no se limitan al derecho del consumo. Tales son las reglas relativas a la forma, a la capacidad y al poder, que el anteproyecto desarrolla sensiblemente en relación con el Código Civil. A su lado, medidas concretas, inspiradas en el mismo espíritu, tocan las condiciones de validez del contrato (arts. 1114-3, 1122-3, 1125 y ss.), su interpretación (art. 1140-1), su ejecución (art. 1154 y 1175), su cesión (art. 1165-4) y su prueba (arts. 1289 inc. 3.º y 1299). De manera similar, la responsabilidad civil toma en consideración el comportamiento de personas cuyo estado hace necesaria una vigilancia especial (arts. 1356 y 1357) y la prescripción trata con indulgencia a aquellas que están impedidas para actuar (art. 2266).

8. Tal como se presenta, el anteproyecto se esfuerza, entonces, por equilibrar justamente el espíritu de los siglos con las necesidades del tiempo presente, cual antaño lo hicieron los padres del Código. Habiéndose impuesto esta misma combinación, a aquellos que nos rodean, al término de nuestra gestión, no carece de interés establecer en qué medida su resultado reduce los principios enunciados por el Prof. LANDÖ. El balance aparece mitigado.

Hay convergencias apreciables en la formación del contrato, los vicios del consentimiento y la representación (aunque el anteproyecto es más completo sobre este último punto). Igualmente, en la etapa de ejecución, uno encuentra que los dos favorecen el cumplimiento *in natura* del contrato, la trilogía de “medios” disponibles frente al incumplimiento del deudor (ejecución, resolución,

daños y perjuicios), así como la facultad de resolución unilateral. Mayor regocijo aún causa la identidad de puntos de vista en materia de prescripción.

Pero, los “Principios europeos” omiten la causa como justificación del compromiso, confieren al juez el poder de rehacer el contrato (lo que los autores del anteproyecto rechazaron de plano) y admiten la anulación del contrato por vía de notificación al otro contratante. Esos mismos Principios aceptan la prueba del contrato por cualquier medio, y hacen de la solidaridad el principio general en materia civil. Disponen que la cesión de crédito no demanda escrito ni ninguna otra exigencia de forma y que produce sus efectos desde el momento del acuerdo, sin regular el problema de su oponibilidad a los terceros. Estas soluciones, potencialmente peligrosas en materia civil, agregadas a la judicialización de los contratos, inspirarán, sin duda, reservas a los civilistas franceses.

9. El acto legislativo no es un acto unilateral sino colectivo. Nuestro propósito común fue el de darle cuerpo a una reforma general del derecho de obligaciones y de la prescripción, cuya necesidad urgente debería imponerse al espíritu del legislador nacional. Nuestra esperanza es que el anteproyecto sirva a la empresa que dará a Francia un derecho civil adaptado a su época y una voz en el concierto europeo.

“¿El plan que nosotros trazamos de estas instituciones cumplirá la finalidad buscada? Pedimos un poco de indulgencia para la debilidad de nuestros trabajos amparados en el celo que los ha sostenido y animado. Sin duda, estaremos por debajo de las esperanzas honorables con que concebimos nuestra misión, pero nos consuela pensar que nuestros errores no son irreparables; una discusión solemne, una discusión esclarecida los reparará”. Con estas palabras, PORTALIS concluyó el Discurso preliminar.

LIBRO TERCERO - TÍTULO III
“DE LAS OBLIGACIONES”

GÉRARD CORNU

Introducción

Lo que se dice, en este proyecto del contrato y de las obligaciones convencionales en general, no es el fruto de una reconstrucción integral después de haber hecho tabla rasa. Se trata de una revisión; de una *revisión de conjunto*. Y precisamente porque a esa escala no se había hecho ningún examen desde 1804, dicho trabajo tiene hoy títulos para entrar en el paisaje legislativo.

La perennidad de la teoría general del contrato en el Código Civil no es prueba de su obsolescencia—es afortunado contar con este monumento legislativo como herencia—. Pero tampoco es una patente de intangibilidad. El tiempo presente abre nuevas perspectivas.

Conforme a la idea que presidió, desde 1965, la reforma de los regímenes matrimoniales y, con el mismo espíritu, la reelaboración, dentro del Código, del derecho patrimonial y extra-patrimonial de la familia¹, *el derecho contractual demanda, a su turno, una reelaboración dentro del cuerpo de derecho al cual pertenece*. En el seno del Código Civil, la recodificación de esta parte se hace en relación con las demás, con el fin de que impere la concordancia entre ellas. Las disposiciones generales consagradas a las restituciones luego de la destrucción del contrato han sido establecidas contemplando las reglas que gobiernan la indivisión, las recompensas, la colación y reducción de las liberalidades (ejemplos entre otros muchos). Las mismas nociones, cabalgando sobre las mismas palabras, irrigan el todo. Es una ventaja de la renovación en cadena.

El contrato continúa siendo la figura central. Una vez reguladas su celebración y las condiciones de validez, el proyecto presenta la teoría de las obligaciones convencionales en general: interpretación, cumplimiento, incumplimiento, efectos respecto de los terceros, modalidades, modos de extinción, prueba. No obstante, en el umbral de esta parte principal, una presentación inicial ofrece un panorama de las fuentes de todas las obligaciones, no solamente de las obligaciones convencionales, sino también de todas las obligaciones extra-contractuales (cuasi-contratos y responsabilidad civil). *Este cuadro da una perspectiva de la división mayor de los actos jurídicos y de los hechos jurídicos* bajo cuyos auspicios se articulan todas sus especies. En el seno de los actos jurídicos, la convención toma su justo lugar al lado del acto jurídico unilateral y del acto colectivo. Entre los hechos jurídicos, a manera de antítesis, los cuasi-contratos y la responsabilidad civil generan, respectivamente, obligaciones a partir de las ventajas recibidas sin título o de los daños causados sin derecho. Es la reutilización de la disposición fundamental del actual artículo 1370, ampliada y puesta en claro.

1. Tutela de los menores, derecho de los mayores protegidos, autoridad parental, filiación, divorcio, sucesiones, en vía de completarse.

Esas varias especies de actos y hechos jurídicos son definidas del mismo modo que lo son las distintas clases de contratos. Pero el recurso a las definiciones legales está lejos de ser sistemático. Es el privilegio de las figuras jurídicas de referencia, que son claves del derecho contractual: clases de obligaciones, modalidades, causas de extinción, modos de prueba, operaciones de crédito, etc. Las obligaciones conforman una teoría en razón del orden introducido en estos conceptos por la práctica.

ORIENTACIONES DE FONDO

En el fondo, la apertura a la modernidad no significa el rechazo de las máximas que constituyen aún la fuerza viva del contrato. El artículo 1134 sigue siendo el pilar. Pertenece a los ciudadanos.

– No obstante, la libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato deben tener en cuenta las *aspiraciones de la justicia contractual*. La conciencia contemporánea espera progresos en tal sentido. Esa es, primordialmente, una de las ideas directrices de la revisión emprendida. El proyecto imprime a la justicia en el contrato todo el realce compatible con la seguridad jurídica. Para los mayores plenamente capaces, la rescisión por causa de lesión se conserva enmarcada con precisión, lo mismo que el error sobre el valor. Pero la violencia o fuerza ya no tiene exclusivamente la cara del constreñimiento físico o moral, puesto que también puede resultar de la amenaza abusiva de utilizar una vía de derecho o del estado de extrema precariedad en el que se encuentra uno de los contratantes, cuando el otro lo explota para obtener una ventaja manifiestamente excesiva. El dolo es tomado en consideración no sólo si proviene de la contraparte, sino también cuando resulta de la actividad del representante de éste o, incluso, si proviene, en ciertas circunstancias, de un tercero (art. 1113-2). Sobre todo, reenviando a los casos específicos en los cuales una ley de protección autoriza la revisión judicial de las cláusulas que generan un desequilibrio excesivo en detrimento de uno de los contratantes, el proyecto le abre el paso a la teoría de la imprevisión en materia civil, para el evento en que el equilibrio inicial resulte gravemente perturbado en los contratos de ejecución sucesiva o escalonada. Cuando las partes espontáneamente no acuerden la modificación necesaria para resolver el desequilibrio, el juez podrá ordenar una nueva negociación y, caso de fracasar ésta, desembocar en una terminación unilateral (arts. 1156 ss.). El mismo afán de equilibrio explica que, cuando una convención fue acordada bajo la influencia dominante de una de las partes, deba ser interpretada a favor de la otra (art. 1140-1).

– Todos estos avances de la justicia contractual van acompañados –es una correlación activa– de una mayor *relevancia dada a la buena fe*. Consagrado para gobernar el cumplimiento del contrato (art. 1134-2), el principio de la buena fe extiende su ley sobre su misma celebración (negociaciones, conversaciones preliminares, art. 1104, inciso 1.º, acuerdo sobre el término de la prescripción, art. 1162). La obligación de información hace una entrada razonable en el Código, y, en el campo de las modalidades de la obligación, el cumplimiento de la condición está bajo la égida de la lealtad (art. 1176). El favoritismo que se le da a la buena fe circula por todo el texto (cfr. art. 1120). Libertad dentro la probidad, la divisa es de alta tradición.

– Fenómeno más reciente, el dinamismo inventivo de las prácticas en la ramificación de las acciones económicas, exigía hacerle frente al desafío de la *complejidad creciente de las relaciones convencionales*. La relatividad mantiene sus huellas: las convenciones sólo obligan a las partes contratantes (art. 1165). Pero, a menudo, estas están obligadas en una operación de conjunto que crea una interdependencia entre ellas, rica en consecuencias (art. 1137). En últimas, dentro de dicho marco –así la cesión de deuda no sea admitida autónomamente– podrá hacerse la transferencia del contrato (especialmente por fusión o escisión de sociedad) que implique una sustitución del contratante (art. 1165-2). Dentro del mismo horizonte, las operaciones triangulares son cada vez más florecientes. La estipulación a favor de tercero y la promesa por otro tienen, ciertamente, carta de ciudadanía desde hace mucho tiempo. Pero una realidad económica mayor informa hoy la materia. En los patrimonios, el crédito constituye un valor, objeto de propiedad, fuente de garantía, materia de circulación financiera. El proyecto tiene por esencial reconstituir todas las operaciones sobre el crédito en el relieve de un capítulo nuevo (arts. 1251 y ss.). Si bien la subrogación y la novación conservan sus sólidas bases, la delegación (apenas mencionada en el Código) despliega toda su polivalencia (arts. 1275 y ss.) y, en la era de la electrónica, la cesión de crédito accede a la sencillez que ella demanda. *Inter partes*, la entrega del acto, o sea la elaboración del escrito que comprueba la cesión, opera por sí sola la transferencia, que se entiende cumplida *erga omnes*, sin necesidad de notificación (art. 1254). Dentro del mismo espíritu, la rigidez del individualismo absoluto es descartada en otros puntos. Hay una apertura a la acción directa de los acreedores (art. 1168). Elevado al rango de acto jurídico, el acto colectivo debe ser interpretado a la luz del interés común (art. 1136). En fin, cuando el proyecto afirma que las convenciones legalmente celebradas son oponibles a los terceros y que éstos deben respetarlas, se coloca dentro de la misma línea, pero con ello se refiere a otras experiencias consolidadas.

– Sin contradicción, el reconocimiento de estas realidades corre parejo –como un pescador lo dice recogiendo su red– con el ascenso de datos latentes confirmados, ya presentes en el pensamiento jurídico. La revisión del Código ha bebido de los intérpretes (jueces y autores), como de fuentes creadoras, el *consenso doctrinal* que autoriza una consagración legal (*communis opinio doctorum*). La revisión no ha vertido en la ley todas las riquezas jurisprudenciales y doctrinales, simplemente filtró el núcleo de los acuerdos, dejando que muchos de los presupuestos de aplicación busquen su destino preestablecido. Así, el proyecto propone consagrar –declarar– la libertad de prueba de los hechos jurídicos (art. 1287); el principio del consensualismo en la escogencia de las formas (art. 1127); el del paralelismo de las formas del acto original y del acto modificativo o contrario (art. 1127-6); la existencia de un orden público de protección individual (art. 1129-1); la autorización al incapaz relativo para realizar por sí mismo los actos corrientes permitidos por la costumbre y los actos que le conciernen en lo personal (art. 117-1); la afirmación, en el ámbito de las disposiciones generales, de que para celebrar una convención válida es necesario estar sano de mente (art. 1109). Del mismo modo, dio cabida dentro del Código a la teoría de la calificación (aquí a la calificación de los actos jurídicos, clave del análisis contractual (art. 1142 y ss.); a la teoría general de la representación (arts. 1119 y ss.); instituyó el poder de actuar a nombre de otro como condición específica de validez de los actos llevados a cabo por el representante legal, judicial o convencional (arts. 1108, 1119 y ss.); caracterizó la capacidad de goce frente a la capacidad de ejercicio (arts. 1116 y 1117); marcó los lazos que unen las incapacidades a la asistencia y a la representación, dando la parte que les corresponde a las personas morales y a la ilicitud el sentido genérico que le permite cubrir el orden público, las buenas costumbres y las reglas imperativas (arts. 1126 y 1162-3); definió la deuda de valor (art. 1148), etc. Sobre todos estos puntos de acuerdo, la costumbre ha sido, en suma, invitada por la ley y el Código a beber en esas fuentes autorizadas, y a salir de allí con nueva vida.

Sobre tres puntos controvertidos podríamos en verdad dudar del apoyo de la opinión común. El proyecto se conserva fiel a la causa (arts. 1124 y ss.), a la obligación de dar y a su cumplimiento por el sólo intercambio de consentimientos (arts. 1121, 1145, 1152 y ss.), así como a la retroactividad de la condición (art. 1182). Sopesando bien las cosas, prevaleció la convicción de que, dentro de la interpretación imperante, la doble función de la causa en la justificación del compromiso está bien definida, como lo están las obligaciones de dar y su cumplimiento, acompañadas de matices razonables que precisan su aplicación. En últimas, el mantenimiento de estas nociones genera muchos menos problemas que los recursos y rodeos a que habría que acudir para suplir el vacío abierto por su supresión.

– En la prolongación de esta acción “declarativa”, el proyecto propone *llenar numerosas lagunas*, mediante la introducción en el Código Civil de reglas que, sostenidas por reflexiones convergentes, están maduras para una incorporación de esa naturaleza. Se reconoce una vocación de principio al cumplimiento *in natura* de la obligación (art. 1154); se le abre campo a la resolución unilateral del contrato por incumplimiento (arts. 1158 y ss.); se le da al derecho de retención, enunciado como principio, una base legal en el Código (art. 1155-3), y sus proposiciones, sobre ciertos puntos, vienen como en manojo. Diseñado para la teoría general, el perfil de la negociación (arts. 1045 y ss.), del contrato marco (art. 1102-6), del acuerdo de principio (art. 1104-1), de la oferta y de la aceptación (art. 1105-3), de la promesa unilateral de contrato (art. 1106), del pacto de preferencia (art. 1106-1), del contrato de adhesión (art. 1102-5), del plazo de reflexión y del plazo de arrepentimiento (art. 1110-2), de la facultad de retractación (art. 134-1), da cuerpo *al conjunto de las reglas que estructuran la negociación contractual y la formación del contrato*, con un aumento notable.

ELEMENTOS DE MÉTODO

El lleno de las lagunas, cuyo postulado es el de que *echen raíces nuevos aportes en el Código*, conduce al método de la revisión, en cuanto ésta se despliega sobre el conjunto de la teoría general, con intervenciones, escalonadas de capítulo en capítulo, que proceden a poner al día en todo su valor y concordancia los trabajos de presentación, de modo de dar paso a muchas innovaciones armónicas.

– Así, el proyecto lleva a cabo algunos *reajustes*. Por ej., al destacar la trilogía de las fuentes de la compensación, ordena el cuadro de las cuatro condiciones esenciales de la compensación legal (art. 1241-1), respecto de la cual la compensación judicial y la compensación convencional toman su justo lugar. La consignación de la cosa debida, a título de pago, tiene probabilidades de desembocar en la liberación del deudor, siempre que las formalidades a las cuales está sometida (oferta de pago, constitución en mora) pongan a cargo del acreedor iniciativas, a falta de las cuales una salida razonable puede prosperar eficazmente, bajo el control del juez (arts. 1233 y ss.). Hasta ahora reducida a la oposición de la condición suspensiva a la condición resolutoria, la teoría de las condiciones se enriquece con una tercera especie, la condición extintiva, que, operando para el futuro sin retroactividad, responde a un criterio de utilidad y no solamente a la simetría del término extintivo (art. 1184-1). En el campo de estas mismas obligaciones modales, figuran solas las obligaciones indivisibles, con base en la observación de que, entre acreedor y deudor, la deuda se considera de derecho como indivisible (regla pura y simple del pago, art. 1224) y que se divide de pleno derecho entre sus herederos (regla sucesoral pura y

simple). En fin, la clasificación bipartita de las obligaciones según su objeto, de una parte, la obligación de dar, y de la otra las obligaciones de hacer y de no hacer, se presta a una profundización natural que hace emerger un tercer tipo de obligación especificado por su objeto, la obligación de dar en uso. En efecto, toda vez que es de la esencia del uso de la cosa ajena el deber de restitución, a cargo de quien se constituyó en su detentador precario, *dicha prestación no es reducible* a una enajenación (como en la obligación de dar), como también, análogamente, es evidente que quien detenta el uso no recibe de otro ni trabajo, ni servicios materiales o inmateriales (ni el beneficio de una abstención, como en la obligación de hacer o de no hacer), sino *específicamente una cosa que se debe restituir a su propietario luego del uso*, lo que hace de ella una noción diferente (arts. 1102, 1121, 1146, 1155 y ss.).

– De otra parte, se *reagruparon reglas* hasta ahora dispersas, cuya organización conforme a un factor común pone en evidencia su generalidad. Así, la forma de las convenciones se convierte en el lugar de disposiciones de síntesis (arts. 1108, 1127 y ss.). Las restituciones, luego de la eliminación del contrato (por resolución o nulidad), configuran, de ahí en adelante, un polo de referencia (arts. 1161 y ss.). La conciliación de nociones hasta ahora no escritas tiende al mismo resultado. Cumulativamente introducidas en el Código, la inoponibilidad, la caducidad y la regularización se caracterizan por su comparación, mediante una definición (arts. 1131 a 1133), y lo mismo ocurre con respecto a la obligación de medios y a la obligación de resultado (art. 1149). Estas consagraciones constituyen progresos evidentes.

– En fin, revisadas en su conjunto, las bases más experimentadas del derecho de obligaciones son objeto de ligeros *retoques* que, poniendo el acento sobre lo esencial, cancelan las reservas menores que las afectan. Así, basta con una rápida mirada a las definiciones de la ley para poner en claro el fundamento de toda presunción (art. 1314); la dispensa específica que surge de las presunciones legales (art. 1317); el carácter de prueba, siempre descargable mediante prueba en contrario, de aquellas que se dejan a la apreciación del juez (art. 1318); el efecto, a la vez preliminar e imperfecto, del principio de prueba por escrito, que haciendo admisibles todos los medios de prueba, exige ser corroborado por uno de ellos (art. 1312); la índole consensual de la remisión de deuda (arts. 1237 y ss.); el mecanismo refinado de la estipulación a favor de tercero (arts. 1171 y ss.); el deber de conciencia que yace bajo la obligación natural (art. 1151); en el fondo de la íntima convicción, la conciencia del juez (art. 1287). No exageraremos el alcance de esta legislación ocasional de tratamiento (la recodificación es la que da lugar a ella). Pero, sí anotamos que sobre la marcha se da la oportunidad de atender a ciertas esperanzas contemporáneas, como sería el caso de acoger con

amplitud las voluntades individuales, dentro de los límites de lo razonable, en cuanto concordantes, sobre ciertas adaptaciones (regulación convencional de las reglas de prueba, art. 1289, o de los plazos de prescripción). Tales aspiraciones invitan a darles aquí y allí sentido y ductilidad gracias a unos criterios directivos: por ejemplo, indicando que el contrato se interpreta conforme a la razón y a la equidad (art. 1139), que el lazo de unión entre los contratos innominados y los contratos vecinos se establece por analogía (art. 1103), que, en caso de duda, la probabilidad es un repliegue eficaz y pertinente (arts. 1287, 1293, 1314 y 1317).

De manera análoga, la revisión de conjunto ofrecía la oportunidad de aportar unas *clarificaciones* necesarias, que a menudo desembocan en nuevas soluciones. Así, definir el pago (art. 1219), enunciar que éste se prueba por todos los medios (art. 1231); señalar como factor común el carácter determinante de los vicios del consentimiento (art. 1111-1); extender al acto jurídico unilateral el principio de la interpretación exegética (art. 1136); medir el valor del silencio en la formación del contrato (art. 1105-6); prevenir apenas una nulidad relativa en caso de ausencia de consentimiento (art. 1109-2); dar, en principio, a la recepción de la aceptación el mérito de perfeccionar el contrato (art. 1107).

Estas modificaciones singulares son inseparables de otras propuestas. En efecto, míresela en el fondo o en su método, la *revisión de conjunto* que acaba de exponerse está ligada por las *dos ideas fundamentales que la inspiran*.

Las materias de la teoría general se trataron en concordancia recíproca. *El principio de coherencia* es el primer trazo de su unión. Cuando el contexto incita a ello, no se excluyen ciertas variaciones de redacción. Pero las mismas inspiraciones impregnan todo el texto y, bajo el texto, las nociones de fondo se reencuentran siempre con el mismo sentido. La teoría general del contrato es, por naturaleza, la organización de una diversidad, de lo simple a lo complejo. No se la empobrece, pero sí se la enriquece, al acoger lo que es nuevo, por medio de simplificaciones, ampliaciones o redistribuciones, siempre dentro de un ordenamiento sin el cual las obligaciones convencionales en general no existen. Los programas por rieles y por carretera se hacen en red, y lo mismo ocurre con la red contractual. Se modernizan las herramientas para el usuario.

En relación con otras reglas, dentro del Código o por fuera de él, las disposiciones de la teoría general están también unidas por su misma vocación singular. *Ellas constituyen el derecho común de los contratos*. Dejan jugar, cada una en su campo, a las reglas particulares de diferentes especies de convención que florecen allí. Pero se caracterizan, por una parte, por erigir en arquetipo las figuras principales del derecho de los contratos que por lo menos son hitos o mojones, y de otro lado, por abrir globalmente su aplicación al acto unilateral y

al acto colegiado en tanto que son la razón del derecho de las convenciones (art. 1101-1), y en fin, dan una solución residual a los problemas que el silencio de las leyes dejan sin respuesta, recurso subsidiario. Desde el umbral, el artículo 1103 establece este principio, que tiene su parte en el destino del Código Civil cuyo bicentenario celebramos.

GÉRARD CORNU

*Exposición de motivos.
Fuente de las obligaciones. Definiciones
(arts. 1101 a 1103)*

I. DE LA FUENTE DE LAS OBLIGACIONES
(ARTS. 1101 A 1101-2)

Nuevo, el capítulo preliminar con el cual se abre el título III “De las obligaciones”, es la consecuencia de la aparición, en el Código, de un título que agrupa el contrato, el cuasi-contrato y la responsabilidad civil. Tiene precisamente por objeto *la presentación inicial de las tres fuentes principales de la obligación*.

Cuadro de conjunto, el artículo 1101 retoma, ampliándola, la norma de articulación del actual artículo 1370. En efecto, este primer texto introduce, en su división mayor, “los hechos personales de quien se obliga” (entendamos los hechos jurídicos), a saber, de un lado los cuasi-contratos, del otro los delitos y cuasi-delitos, no sin antes haber puesto fuera de serie, ilustrando con ejemplos, “las obligaciones que surgen por la autoridad exclusiva de la ley”.

El artículo 1101 no omite recordar la existencia de tales obligaciones, pero su objetivo primordial, que encabeza el título “De las obligaciones”, es el de agregar a los hechos jurídicos los actos jurídicos, y en primer lugar el contrato, fundamento del conjunto.

Esta introducción a las fuentes principales de las obligaciones es *una puesta en perspectiva*. En efecto, es esencial poner en contacto entre sí *las nociones fundamentales que son coordinadas*. Más precisamente, indicar la ubicación del contrato dentro de la categoría más general de los actos jurídicos y, parejamente, la de los cuasi-contratos y otros hechos generadores de obligación dentro del conjunto de los hechos jurídicos.

De esta manera se manifiesta el *partido legislativo* que declara su fidelidad a la concepción tradicional francesa. El contrato es ciertamente una especie de acto jurídico, pero, dentro de la concepción imperante, confirmada aquí, *el contrato es y sigue siendo la figura central*. Por ello, el primer subtítulo del título “De las obligaciones” se centra en el contrato y, por la misma razón, para darles un orden, íntegras las especies de actos y de hechos se colocan delantadamente dentro del conjunto coherente que las engloba a todas.

La disposición del artículo 1101-1 se ocupa, en primer lugar, de definir los actos jurídicos en general (inc. 1.º) y de dar la definición particular de los tres elementos de la trilogía (incs. 2.º, 3.º y 4.º). La definición general y la de acto jurídico convencional son clásicas, en tanto que las definiciones de acto jurídico unilateral y de acto jurídico colectivo son más novedosas.

La consideración del autor del acto es una primera circunstancia de su diferenciación: dos o más personas para la convención; los miembros de la colectividad (dotada o no de personalidad jurídica), para el acto colectivo. En general realizado por una sola persona, el acto jurídico unilateral puede también emanar

de varias personas unidas en busca de un mismo interés (la unidad de interés permite reconocer, a pesar de la pluralidad de autores, el acto unilateral).

Pero sobre todo, su campo de acción los distingue. La apertura es general para la convención (en armonía con la libertad de las convenciones). Por el contrario, el objeto de las decisiones colectivas se inscribe dentro de la finalidad particular y la competencia especial de cada clase de colectividad (comunidad, asociación, sociedad, etc.). En cuanto a la *voluntad unilateral, no se la erigió en fuente general de obligaciones*: sólo puede prosperar bajo la égida de la ley o (y esto es un avance) de la costumbre.

Fundamentalmente, todos los actos jurídicos se caracterizan, como actos voluntarios, por la dirección que toma la voluntad (como quiera que los hechos jurídicos pueden ser también voluntarios). En el acto jurídico, la voluntad siempre tiende hacia el efecto de derecho conscientemente percibido y buscado por su autor (lo que se deduce de las palabras clave “destinados”, “con miras”).

En su último inciso, el artículo 1101 implícitamente remite la disciplina de los actos jurídicos unilaterales y los actos colectivos a las disposiciones especiales que respectivamente los gobiernan, tanto en cuanto a su validez como en cuanto a sus efectos. Pero, cuando la razón lo exige, el último inciso del artículo 1101 les aplica, subsidiariamente, el régimen general de las convenciones, que aparece así, en esa relación, como el *derecho común de los actos jurídicos*. El contrato es, pues, dentro de este conjunto, la figura centelleante.

El artículo 1101-2 pone en evidencia que si bien, en sí mismos, los hechos jurídicos son de una gran variedad, como actuación (individuales o colectivos) o como acontecimientos (hechos diversos particulares, económicos, políticos, naturales, etc.), siempre es la ley la que les asigna el efecto de derecho determinado por ella (que, si se trata de hechos voluntarios evidentemente no corresponde al propósito deliberado de su autor).

En fin, el artículo señala la división mayor entre los hechos dañosos, ilícitos generadores de responsabilidad civil (subtít. III) y los hechos lícitos útiles, fuente de obligación cuasi-contractual (para aquél que obtiene beneficio de ellos sin tener derecho a él (subtít. II).

II. DEFINICIONES (ARTS. 1102 S. A 1103)

La definición general de contrato que encabeza el subtítulo “Del contrato y de las obligaciones convencionales en general”, corresponde a una idea de los redactores del Código de 1804. Lo mismo que la de hacerla derivar de la definición particular de varias figuras de contrato, cada cual clasificada en singular, en contraposición con la figura antitética: así, el contrato sinalagmático

en contraposición con el contrato unilateral, el contrato a título oneroso por oposición al contrato a título gratuito, el contrato conmutativo por oposición al contrato aleatorio. Esta clasificación responde a la intención de darle un lugar a las grandes familias *de contrato en cuyo seno se ordenan los múltiples contratos* llamados especiales.

Dentro de su justeza y su claridad, algunas de estas definiciones no necesitan otra cosa que ser mantenidas (contrato sinalagmático) o apenas un pequeño retoque (contrato unilateral). La contraposición entre contrato a título oneroso y contrato a título gratuito adquiere sentido al poner el acento en la intención decisiva (“propósito”) en relación con una contrapartida (*animus donandi* para el contrato a título gratuito; búsqueda de una contrapartida para el contrato a título oneroso). Mediante una modificación, próxima, pero más pronunciada, la consideración de la equivalencia inicial de las prestaciones, en el pensamiento de los contratantes, es el criterio que separa el contrato conmutativo del contrato aleatorio.

El catálogo actual simplemente ha sido completado con nuevas definiciones expuestas, según el mismo método, no para la interpretación del texto, sino en función de la naturaleza propia de cada figura, dentro del conjunto del sistema jurídico. De esta manera, se propone la contraposición, ya conocida pero no escrita, entre contrato consensual y contrato solemne. La extraordinaria importancia práctica del contrato de adhesión y del contrato marco exigía que sus definiciones fuesen elaboradas, sobre todo con el fin de aclarar, en cuanto al contrato de adhesión, la distinción entre el núcleo impuesto y la parte complementaria, eventualmente negociada y, análogamente, en lo que hace al contrato marco, la distinción entre el acuerdo de base y las convenciones de aplicación.

Volvemos a encontrar en el artículo 1103 la afirmación de que *las reglas enunciadas en el título del contrato constituyen el derecho común de los contratos*. El texto reserva, ilustrándola con ejemplos tópicos, la aplicación a ciertos contratos de las reglas singulares que los gobiernan, pero al mismo tiempo insiste en la vocación de las reglas generales para la regulación de toda especie de contrato, nominado o innominado. En cuanto a estos últimos, hace un *precioso reenvío al razonamiento analógico*, a fin de llenar mediante discernimiento las lagunas de las previsiones contractuales.

Se habrá observado que, en el artículo 1102, ya no figura la referencia a la trilogía tradicional (dar, hacer, no hacer). Pero que volvemos a encontrar sus elementos en el artículo 1121 que determina el objeto del contrato. Esta transferencia, que evita una redundancia, tiene la ventaja de *completar la trilogía*, puesto que el contrato puede también tener por objeto el conceder la tenencia de una cosa, con o sin uso, *prestación específica que no se reduce ni a dar, ni a hacer, ni a no hacer*.

Desplegado así, el abanico de las prestaciones tiene su lugar natural en el objeto del contrato, sin recargar la definición general preliminar del contrato. Esta, en adelante, se referirá a una *noción genérica consagrada* que abarca todos los casos. Toda obligación que nace de un contrato tiene por objeto *el cumplimiento de una prestación*.

PHILIPPE DELEBECQUE

DENIS MAZEAUD

Formación del contrato

(arts. 1104 a 1107)

Los redactores del Código Civil de 1804, muy precisos sobre las condiciones de validez y los efectos del contrato, guardaron silencio sobre las condiciones de formación, es decir, a propósito de la fase del encuentro de las voluntades. El contraste es sorprendente frente al lujo de detalles de que dan prueba el legislador francés contemporáneo, particularmente en el terreno de los contratos de consumo, y los proyectos de armonización europea del derecho de los contratos, todos los cuales regulan con minuciosidad extrema las diferentes etapas que van de la simple intención de contratar a la celebración del acuerdo definitivo.

Pareció, entonces, legítimo a los promotores de este proyecto llenar esa laguna de nuestro Código y prever textos que enmarquen la formación del vínculo contractual. Ese es el objeto de los artículos 1104 y siguientes de esta sección titulada “De la formación del contrato”.

En cuanto a la estructura de esta sección, separándose de los textos elaborados a nivel europeo e internacional dirigidos a armonizar o a codificar el derecho de los contratos, los redactores optaron deliberadamente por reglas generales destinadas a sentar las bases del encuentro de voluntades, y renunciaron a reglamentar con muchas precisiones el proceso de formación del contrato, en el entendido de que, en este campo, la libertad de los futuros contratantes ha de poder desplegarse lo más ampliamente posible y que al juez que haya de decidir sobre la existencia del contrato se le debe dejar un cierto margen de apreciación. Por lo demás, había que considerar las diferentes maneras y pasos que marcan el camino que lleva a la creación del contrato. Así, los textos propuestos tienen por objeto los diferentes actos unilaterales o bilaterales más frecuentemente utilizados o explotados en la perspectiva de la celebración de un contrato.

En lo que hace al fondo, las reglas elaboradas se nutren de varias fuentes: en primer lugar, la jurisprudencia francesa producida en ese campo desde hace dos siglos; enseguida, algunas codificaciones europeas e internacionales recientes (Alemania, Países Bajos, Quebec); por último, los proyectos de armonización europea e internacional del derecho de los contratos (Anteproyecto de Código europeo de los contratos: Grupo Gandolfi; Principios del derecho europeo del contrato: comisión Landö; Principios de Unidroit). En fin, esas reglas están articuladas alrededor de un tríptico: libertad, lealtad, seguridad.

Libertad, en primer lugar, en el periodo de negociación pre-contractual (arts. 1104 a 1104-2). Quienes negocian son libres de entrar en conversaciones, de conducir sus negociaciones y de ponerles fin cuando y como a bien les parezca. En principio, ninguna responsabilidad se les puede achacar con ocasión de esta fase de negociaciones. En especial, no puede resultar comprometida por el solo hecho de que se hubieran roto las negociaciones y de que dicho rompimiento le hubiera ocasionado daño a uno de los participantes. Libertad, en segundo lugar,

en la fase de la oferta y de la aceptación: de una parte, el oferente dispone de un importante poder unilateral de retractación. De otra parte, el destinatario de la oferta no puede resultar, salvo circunstancias excepcionales, vinculado contractualmente cuando adopta una actitud pasiva frente a la oferta recibida. Libertad, en tercer lugar, en cuanto a los instrumentos que los participantes pueden emplear con miras a la celebración de su acuerdo definitivo: contrato de negociación, acuerdo de principio, promesa unilateral, pacto de preferencia. Ello en el entendido de que la “lista” no es exhaustiva y de que es posible acudir a otros instrumentos contractuales.

Lealtad, en segundo lugar. En efecto, la libertad pre-contractual se encuentra mitigada y canalizada por una exigencia de lealtad destinada a imponer cierta ética en el periodo que tiende a la celebración de un contrato, en la medida en que las negociaciones se prolongan e implican muchas veces importantes inversiones financieras. Igualmente la buena fe ha de guiar a los participantes desde el comienzo de aquellas y, de manera especial, con oportunidad de su ruptura. Asimismo, la libertad de celebrar pequeños contratos que impulsen y enmarquen las conversaciones preliminares está canalizada por la exigencia de buena fe.

Seguridad, en tercer lugar. Las reglas propuestas están inspiradas en el imperativo de garantizar la seguridad jurídica durante el período pre-contractual. Así, ante todo, el poder de revocación unilateral del oferente está neutralizado cuando su oferta, dirigida a persona determinada, comporta el compromiso de mantenerla durante un término preciso. En ese evento, la revocación de la oferta no impide la formación del contrato caso de ser aceptada dentro del plazo fijado, como tampoco la impiden la muerte del oferente o su incapacidad sobrevenidas durante el término para la aceptación. De igual forma a como la seguridad del destinatario de la oferta, singularmente el respeto de su creencia legítima en el mantenimiento de la oferta, está asegurada por esta disposición, la del oferente está promovida por la regla que prevé que el contrato sólo se considerará celebrado con la recepción de la aceptación. Así, el oferente no queda contractualmente vinculado sino cuando efectivamente ha podido tener conocimiento de la voluntad manifestada por su destinatario y no tiene por qué resultar jurídicamente comprometido sin saberlo. Solución que, además, refuerza automáticamente su poder de revocación unilateral. Seguidamente, en las nuevas reglas, se observa el propósito de protección de la confianza legítima del beneficiario del pacto de preferencia o de la promesa unilateral de contrato. En armonía con los textos relativos a la irrevocabilidad unilateral del contrato, a la ejecución forzada y, dentro de la preocupación de no privar de interés a los contratos preparatorios más utilizados en la práctica contractual, la

retractación del promitente se encuentra sancionada de la manera más enérgica posible. En efecto, la negativa del promitente a celebrar el contrato prometido o a su celebración con un tercero al que le había concedido una prioridad o una exclusividad al beneficiario, no constituyen obstáculo para la celebración del contrato prometido en provecho del beneficiario.

YVES LEQUETTE
GRÉGOIRE LOISEAU
YVES-MARIE SERINET

Validez del contrato - Consentimiento
(arts. 1108 a 1115-1)

Según una opinión unánime, las disposiciones en vigor en el Código Civil, relativas al consentimiento (arts. 1109 a 1118), no dan cuenta de la materia sino de manera imperfecta e incompleta.

Los textos, cuya redacción original permanece inalterada desde 1804, prevén solamente las calidades de lucidez y de libertad que debe tener el consentimiento a fin de que de la voluntad de cada contratante surja un compromiso válido.

Evidentemente, la perspectiva así escogida se muestra doblemente limitada respecto de los interrogantes que suscita esta condición esencial de formación de las convenciones en el derecho contemporáneo.

De una parte, la presentación de los codificadores lleva a pasar en silencio el proceso de expresión y de encuentro de las voluntades, de modo de ocultar la dificultad específica de la ausencia total de consentimiento.

De otra parte, no abre, a quien no contrató con pleno conocimiento de causa y libremente sino los remedios curativos de la anulación por vicio del consentimiento. Ahora bien, los desarrollos recientes del derecho del consumo han mostrado, al margen del Código Civil, que otras formas de protección permitirían, preventivamente, asegurar muchas veces de una manera más eficaz la misma función de protección.

Por lo demás, en el campo más clásico de la teoría de los vicios del consentimiento, se observa hoy que los textos iniciales no traducen el derecho positivo sino superficialmente, toda vez que las nociones de error, de dolo y de violencia experimentaron transformaciones profundas bajo la influencia de los debates doctrinales que se suscitaron desde finales del siglo XIX. En su prolongación, una jurisprudencia elaborada y sutil, a veces hasta el exceso, amplió considerablemente el régimen jurídico de cada uno de los vicios, al punto que desde entonces se ha tenido que buscar en ella la esencia de las reglas aplicables. Si en algunos puntos las opciones pretorianas siguen siendo todavía discutidas, no es menos cierto que, tomada en su conjunto, la elaboración jurisprudencial alcanzó un grado de madurez y de fineza suficiente como para servir de fuente de inspiración en la redacción de nuevos textos. Tanto es así que en esa materia el derecho positivo francés asegura una mejor protección y da fe de una mayor perfección técnica que las diversas propuestas de textos en otros países sobre el mismo tema.

Por tales razones, la redacción de una nueva sección del Código Civil, que tendría que versar sobre el consentimiento (arts. 1109 a 1115-1), en el espíritu de aquellos a quienes esa tarea fue confiada, necesitaría, de una parte, llenar las lagunas en la concepción de los codificadores de 1804, con la redacción de nuevas disposiciones relativas a la existencia y a la integridad del consentimiento y, de otra parte, extraer todas las consecuencias de las principales evoluciones

aportadas por la jurisprudencia para la construcción del régimen de los distintos vicios del consentimiento, con modificación y complementación de los textos actualmente en vigor.

Así, en una sub-sección 1 se propone adoptar varios textos generales que tratan del tema de la existencia del consentimiento. A ese propósito, pueden surgir dos dificultades, que, si bien no son las más frecuentes, sí constituyen de ordinario el objeto de un tratamiento poco satisfactorio de reenvío a textos especiales por fuera del núcleo del derecho de las obligaciones, o de apego a nociones contiguas pero diferentes.

La primera concierne a la ausencia de consentimiento de uno de los contratantes. Corresponde a la situación de una persona jurídicamente capaz que sufre una alteración de sus facultades mentales y se encuentra por ello en imposibilidad de emitir un verdadero consentimiento. El contrato no puede entonces formarse válidamente por defecto de una voluntad real en el origen de la declaración de voluntad. A fin de regular esta situación se considera la posibilidad de generalizar a todos los actos jurídicos la solución enunciada en el artículo 901 del Código Civil para las liberalidades que aparecía ya en el artículo 489 del Código Civil en las disposiciones relativas a los mayores, producto de la ley del 3 de enero de 1968 redactada por el decano CARBONNIER. Esta generalización, por lo demás, ya había sido considerada por él y permite regular de manera uniforme el tema del acto jurídico celebrado bajo el imperio de una perturbación mental en un nuevo artículo 1109.

La segunda dificultad es relativa a la ausencia de encuentro de los consentimientos, cuando las dos partes no han querido la misma cosa. Hay una apariencia de contrato, pero éste se basa en un malentendido, cuestión que se trata habitualmente como error obstáculo. Con el fin de regular esta situación, que las más de las veces se estudia dentro de la teoría del error, se ha previsto un nuevo artículo 1109-1.

En fin, en el artículo 1109-2 del Código Civil se propone una sanción uniforme para el caso de ausencia de consentimiento. Se trata de la nulidad relativa que se infería ya de la concepción moderna de las nulidades y resultaba de la reforma del 3 de enero de 1968. Además de que pone fin a las incertidumbres y discusiones sobre un eventual resurgimiento de la noción de inexistencia del contrato, esa escogencia presenta la ventaja de homogeneizar tales sanciones con aquellas clásicamente planteadas en materia de vicios del consentimiento.

Enseguida, en una sub-sección 2, las propuestas, en dos párrafos desigualmente innovadores, exponen de manera más detallada las reglas destinadas a asegurar la calidad del consentimiento de los contratantes.

En una primera subdivisión se incluyen nuevas disposiciones relativas a medidas positivas de protección del consentimiento. Su función preventiva justifica el título del párrafo que trata de la integridad del consentimiento. Aquí están sucesivamente definidos dos instrumentos que el derecho del consumo utiliza corrientemente para este fin, así el primero no se encuentre estrictamente limitado a él: de un lado, la obligación pre-contratual de información (arts. 1110 y 1110-1), y del otro, las técnicas tendientes a diferir la formación definitiva del contrato, o sea los plazos de reflexión y de arrepentimiento (art. 1110-2). En cada caso se trata de favorecer la reflexión del contratante de modo de permitirle tomar una decisión informada y darle tiempo suficiente antes de comprometerse definitiva e irrevocablemente.

Pareció necesario dar a esas nociones un marco general que permita superar, según el caso, la diversidad de sus fuentes (jurisprudencial o legal) y la explosión de sus regímenes. Fijar el sentido de ello y los principales caracteres en el derecho común de las obligaciones del Código Civil le devuelve a éste su coherencia y dimensión plenas, pero creando un punto de anclaje de los derechos especiales más técnicos, especialmente el derecho del consumo. Que el Código Civil vuelva a ser un Código piloto, rehaciéndolo, sería también una manera de responder a la crítica de que la reglamentación general de los contratos ha perdido su vigor y su capacidad creadora en beneficio del derecho del consumo, que, codificado más recientemente, encarnaría el derecho vivo...

Una segunda subdivisión redefine de manera más clásica el régimen de los vicios del consentimiento que originalmente había previsto el Código Civil, integrándole los aportes más sustanciales del derecho positivo, tomando partido en algunos puntos todavía objeto de discusión y esforzándose por juntar bajo un denominador común los elementos que reúnen las medidas curativas de protección del consentimiento.

En el encabezamiento y, después, al final del párrafo figuran cuatro disposiciones generales. Retomando la fórmula original del Código de 1804, exaltada especialmente por su fuerte valor expresivo, un nuevo artículo 1111 reagrupa la trilogía de los vicios del consentimiento, simplemente cambiando el orden de su enumeración con el fin de respetar el que se seguirá en su presentación. Le sigue el artículo 1111-1 que enuncia la condición de ser determinante del consentimiento, común a todos los vicios, en un texto que se inspira en una célebre sentencia pronunciada a propósito del error determinante (Cas. Civ. 28 de enero de 1913, S. 1913, I, 487). Se subraya igualmente la ausencia de distinción entre el vicio principal y el incidental, sin dejar de indicar los elementos de la apreciación del carácter determinante *in concreto*, y que el efecto del vicio del consentimiento debe apreciarse con relación a quien lo alega. Por lo demás, los

artículos 1115 y 1115-1 recuerdan que el error, el dolo y la violencia conceden clásicamente la acción en nulidad relativa, cuyo término, dado que tiende a la protección de la víctima, no corre sino a partir del día de cesación del vicio o de su descubrimiento. La proximidad de las vías de derecho de que habla la expresión tradicional de “*fungibilidad*” de los vicios del consentimiento autoriza las pasarelas procesales. En fin, la anulación del contrato se obtiene sin excluir la indemnización de eventuales daños y perjuicios, concedida cumulativa o alternativamente. En efecto, el dolo y la violencia siempre han presentado la estructura dualista de un delito civil, por parte de quien los comete, y de un vicio del consentimiento para el que los sufre. Pero incluso hoy se admite que el error provocado por las actuaciones culposas del contratante autoriza a reclamar una reparación en el campo extra-contractual. Es lo que el artículo 1115 inciso 2.º resume en una fórmula general derivada del artículo 1382 (ant.) del Código Civil.

A esas reglas comunes, se agregan disposiciones especiales propias de cada vicio del consentimiento.

Es así como el error está regulado, primeramente con sus dos objetos posibles que el artículo 1110 (ant.) del Código Civil previó desde 1804: la sustancia de la cosa y la persona del contratante (art. 1112). En ambos casos la calidad esencial sobre la cual recae la equivocación es aquella en razón de la cual las dos partes habrían contratado (calidad convenida) o que, tenida en cuenta por una de ellas, fue llevada al conocimiento de la otra (¿calidad que entra en el campo contractual?). De conformidad con una jurisprudencia bien consolidada, que se desarrolló a propósito de venta de obras de arte, se tiene establecido que la aceptación de un alea sobre una calidad de la cosa excluye el error (art. 1112-1 inc. 2.º). Igualmente se retoman otras soluciones, ampliamente utilizadas, que estiman los errores de derecho y de hecho como equivalentes y descartan, después del análisis de los comportamientos respectivos de las partes, la relevancia del error inexcusable (art. 1112-3). Con un espíritu similar, el simple error sobre el valor o sobre los motivos es considerado como indiferente dentro de las condiciones establecidas por la jurisprudencia al cabo de una larga evolución pretoriana (art. 1112-4).

En materia de dolo, las propuestas consagran la ampliación de la definición clásica del vicio a la reticencia dolosa (art. 1113-1), que ya se infería del artículo 1116 (ant.) del Código Civil, que presenta un interés práctico grande y permite hacer un puente con la obligación de información previamente establecida (art. 1110). Es más, las relaciones entre las dos nociones se clarifican, en cuanto se advierte que cuando no hay intención de engañar, el incumplimiento de dicha obligación sólo compromete la responsabilidad del obligado a ella. Basado en

el principio según el cual el dolo que no proviene del contratante carece de efecto sobre la validez del contrato, el artículo 1113-2 aporta algunos elementos, a veces conocidos, a fin de tener en cuenta la posible injerencia de un tercero en la celebración del contrato. Al dolo de una de las partes se asimila el de su representante, administrador o dependiente. Además, el artículo 1113-3 prevé que el error resultante de un dolo será más fácilmente sancionado que un error espontáneo, puesto que siempre se le tendrá por excusable y dará lugar a la nulidad aun cuando haya recaído sobre el solo valor o sobre simples motivos. Empero, el texto reserva esta extensión al solo caso de un error “provocado” por el dolo, lo que, *stricto sensu*, no será generalizable a la reticencia dolosa. Tácitamente la disposición conduce a ignorar la jurisprudencia Baldus (Cas. Civ. 1.^a, 3 de mayo de 2000, *Bull. Civ.* 1, n.º 130), por lo menos, si se quiere hacer una interpretación literal suya.

Queda la violencia. Al respecto, los textos propuestos retoman en lo esencial las disposiciones actuales del Código Civil (arts. 1111 a 1114 ant.). Apenas se procedió a introducir algunos cambios con el fin de tener en cuenta, particularmente, ajustes que la jurisprudencia ya había esbozado a propósito del empleo ilegítimo de una vía de derecho. La innovación real proviene de la consagración de la idea de explotación abusiva de una situación de debilidad provocada por un estado de necesidad o de dependencia. La posibilidad de considerar que en ese caso hay violencia, recientemente debatida, viene a ser aceptada bajo la forma de un nuevo artículo 1114-3, que precisa igualmente los criterios en función de los cuales ese caso particular de violencia deberá ser apreciado.

J E A N H A U S E R

G U I L L A U M E W I C K E R

Validez - Capacidad y poder
(arts. 1116 a 1120-2)

La capacidad de los sujetos de derecho fue tratada extrañamente por los autores del Código Civil a propósito de la creación de los actos jurídicos. Ello implicaba observar únicamente el aspecto activo de la capacidad, en tanto que nuestra sociedad, preocupada, en ocasiones de manera exagerada, por los principios, ve en ella más bien el aspecto pasivo de la cuestión. La capacidad es, en primer lugar, un tema del derecho de personas. Así, es pertinente preguntarse si el § 1 del proyecto sobre la capacidad de goce no encontraría mejor su lugar en los artículos insignia del Código, ahora los artículos 16 y siguientes, en vez de en los artículos consagrados al derecho de las obligaciones. En todo caso, la noción de “capacidad natural” es ahora familiar a la doctrina en esas materias y merecería un lugar aparte.

Por tanto, y a falta de una reforma global del Código, no era inútil señalar el vínculo de la capacidad de goce con la persona misma y mencionar allí las escasas incapacidades de goce que pueden afectar a algunas personas, como se resaltaré luego (art. 1116-2), por razones limitadas de contraposición de intereses. Al mismo tiempo, tampoco parecía inútil mencionar la capacidad de goce especial de las personas jurídicas, sobre la cual el Código no se pronunciaba, y al mismo tiempo precisar el contenido de dicha capacidad en una fórmula de la que la jurisprudencia pudiera sacar provecho. El texto puede servir de base a una teoría general de la capacidad de las personas jurídicas, que encontraría cómodamente su sitio en un Código Civil modernizado en donde esas personas, que aparecieron con posterioridad al Código de 1804, tendrían al fin el estatuto que merecen. En fin, los efectos del advenimiento de una incapacidad de goce de una de las partes durante un contrato merecían también una precisión.

Evidentemente, lo esencial debía estar consagrado a las incapacidades de ejercicio. El artículo 1117, que afirma el principio y la excepción, habría podido colocarse en otra parte, puesto que se trata de un principio general, que va mucho más allá de la celebración de los actos jurídicos. De esto se siguen dos consecuencias prácticas. En primer lugar era la oportunidad para consagrar, al menos teóricamente, la posibilidad de organizar una pérdida futura de la incapacidad de ejercicio, prevista en el proyecto de reforma del derecho de las incapacidades, cuya adopción se encuentra en trámite, bajo el rubro de mandato de protección futura.

En seguida, también era la ocasión de reafirmar y de generalizar lo que los textos y la jurisprudencia habían establecido progresivamente: la capacidad residual de la persona protegida para los actos conservatorios, los actos permitidos por la ley o la costumbre y los actos relativos a la persona. Sobre este último punto, particularmente delicado, pareció deseable precisar la necesaria distinción entre las consecuencias personales de esos actos, sometidos al prin-

cipio de autonomía, y las consecuencias patrimoniales conservadas en la esfera de la representación. La jurisprudencia tendrá inevitablemente que precisar esta frontera.

Pareció necesario precisar el efecto de la incapacidad resultante de la minoría de edad, por lo cual el estatuto legal respectivo está sensiblemente reforzado. Las condiciones de la rescisión por lesión y sus efectos están singularizados con suficiente nitidez, igual que las de la acción de nulidad a petición de las partes en el acto jurídico. La individualización de ese derecho de demandar nulidad o rescisión podría favorecer indirectamente una cierta extensión de la teoría de los actos corrientes en aquello en que los terceros contratantes se encontrarían mejor protegidos contra eventuales acciones restitutorias de la persona protegida.

La agregación de importantes disposiciones legislativas a propósito de la representación, muestra la preocupación por precisar una técnica a la postre muy poco estudiada, bajo el pretexto de que toda representación equivaldría a un mandato, lo que ciertamente es falso para la representación legal o la judicial, y provocó importantes confusiones incluso de la jurisprudencia. Así se encuentra precisada la misión del representante eventual en función de las categorías de actos por realizar, a falta de precisiones suficientes en el acto constitutivo de la representación. Los efectos mismos de la representación sobre los poderes del representado se detallan, con diferenciación de algo que no siempre ha sido claro: entre los efectos de la representación legal o judicial y los efectos de la representación convencional. En esta última se afirma el principio de que no se puede conceder una representación en contra de sí mismo, con la salvedad de observar un mínimo de lealtad para con el representante designado.

El volver a tomar, generalizándolas, las reglas de contraposición de intereses, bien conocidas de los especialistas del derecho de las incapacidades, debería dar origen a una verdadera teoría general, jamás elaborada, a propósito de las distintas clases de representación y no solamente de los casos de representación de un incapaz.

Como se indicó al comienzo, la capacidad es un tema más del derecho de personas que del derecho de las obligaciones. La capacidad para ser parte en una relación obligacional no es sino un elemento de la cuestión más vasta de la capacidad de la persona para participar en la vida jurídica en general y en la vida contractual en particular. El proyecto, limitado al sólo derecho de las obligaciones, deja entonces intacto el punto de una refacción global del Código Civil para la cual la generalidad de este tema resulta simbólica.

JÉRÔME HUET
RÉMY CABRILLAC

Validez - Objeto
(arts. 1121 a 1123)

En su estado actual, el objeto del contrato figura en una sección 3 del capítulo II del libro III, titulado “Del objeto y de la materia de los contratos”, que comprende cinco artículos (1126 a 1130). Estos textos legales son sustancialmente herencia de POTHIER, dado que DOMAT no fue muy disertado sobre el tema del objeto.

El objeto es poco tratado en las codificaciones recientes, oficiales u officiosas. El Código Civil de Quebec, por ejemplo, no le consagra sino dos artículos (1412 y 1413). Los Principios del derecho europeo de los contratos y el Código de la Academia de los privatistas europeos sólo mencionan el contenido del contrato.

Un asunto preliminar debía, entonces, ser resuelto: el del mantenimiento o no de la noción de objeto. Ese mantenimiento, así como el de las exigencias que de allí se siguen, pareció necesario en razón de las importantes consecuencias que de ello resultan, de lo cual da testimonio en estos últimos años una abundante jurisprudencia, en particular sobre el tema de la existencia y de la licitud del objeto, e incluso, de la determinación del precio. Además, la noción de contenido del contrato, a veces sustitutiva de la de objeto, tal vez no parece tener la precisión suficiente para garantizar la seguridad de las relaciones contractuales.

En consecuencia, el proyecto propone consagrar al objeto del contrato una sección 3 del capítulo II del subtítulo I del título III, titulado “Del objeto”, con diez artículos (1121 a 1131). En esta sección, la terminología tradicional fue conservada tanto como se pudo, aunque adaptada a la nueva clasificación de las obligaciones propuesta por el proyecto: dar, dar para fines de uso, hacer o no hacer (art. 1121).

Los textos legales necesitaban, en primer lugar, una limpieza. Convenía modificar, integrándolo al artículo 1121, el actual artículo 1127 que implica la obligación de dar para fines de uso, reconocida ahora como tal por el proyecto. Por lo demás, el actual artículo 1130 inciso 2.º, relativo a la prohibición de los pactos de sucesión futura, fue suprimido, puesto que su sitio no estaba en la teoría de las obligaciones, toda vez que la prohibición aparece en el artículo 722.

El actual artículo 1128, relativo a las “cosas fuera del comercio”, cuya fórmula célebre hace parte de nuestro patrimonio jurídico, fue conservado. Se prefirió mantenerlo en lugar de establecer una lista detallada de las cosas que están fuera del comercio, lo que habría sido complicado e inevitablemente incompleto. El sentido del texto es a la vez suficientemente amplio y preciso, como lo testimonia la jurisprudencia. Aparece prácticamente intacto en el artículo 1121-1.

También se conservó la posibilidad de que una cosa futura sea el objeto de una obligación (art. 1121-2 inc. 3.º).

Igualmente se agregó un artículo que indica las calidades necesarias del objeto, a manera de transición: el objeto debe ser lícito, posible y existir al mo-

mento de la formación del contrato (art. 1121-2). Del mismo modo se agregó un artículo que precisa las sanciones, especialmente para distinguir entre la ilicitud del objeto, viciado de nulidad absoluta, y la ausencia del objeto (art. 1122).

Más allá de estas modificaciones, las principales innovaciones contenidas en el proyecto se refieren a los tres puntos siguientes:

1. *Atentado contra un elemento esencial del contrato:*

La jurisprudencia que culminó con la sentencia Chronopost debía ser incorporada en el Código Civil. Pese a haber sido sentada con base en el artículo 1133, relativo a la causa, concierne más al objeto, y figura desde entonces en el artículo 1121 inciso 3.º.

2. *Determinación del objeto:*

El punto suscitó controversias doctrinales e iniciativas jurisprudenciales sobre las cuales es inútil volver.

Pareció juicioso mantener el principio de determinación en los mismos términos del Código, agregando solamente, para explicarlo, que la exigencia tiene por razón de ser no dejar a una de las partes a merced de la voluntad de la otra (art. 1121-3).

Pero fue necesario plantear dos clases de excepciones a ese principio. La primera relativa a los casos de los contratos-marco, especialmente en materia de distribución. La disposición ofrece a los contratantes cierta libertad, bajo reserva de un eventual control judicial a posteriori, solución inspirada en las sentencias de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación del 1.º de diciembre de 1995 (art. 1121-4). La segunda es propia de los contratos que, como el arrendamiento de obra o el mandato, implican una obligación de hacer cuyo alcance no puede ser fijado desde la celebración del contrato: la disposición se inscribe en la onda de la jurisprudencia actual (art. 1121-5).

3. *Falta de equivalencia entre las prestaciones:*

La falta de equivalencia entre las prestaciones de las partes en un contrato conmutativo no está prevenida actualmente en el Código Civil más que en una disposición relativa a la lesión, que figura en una sección relativa a los vicios del consentimiento. Esta opción legislativa ha sido criticada por la mayoría de la doctrina, a más de que pareció que el lugar más apropiado para este punto sería la sección relativa al objeto (art. 1122-1), donde una disposición específica está consagrada a las cláusulas abusivas.

Pero para evitar cualquier riesgo de ambigüedad, el caso de la falta de equivalencia entre las prestaciones de las partes en un contrato conmutativo, sobrevenida durante la ejecución del contrato, fue remitido a las disposiciones relativas al efecto de las convenciones que figuran en el capítulo III.

JACQUES GHESTIN

Validez - Causa

(arts. 1124 a 1126-1)

Artículo 1124. Se trata de afirmar que, de conformidad con nuestra tradición jurídica, una causa real y lícita continúa siendo condición de validez del contrato. Con todo, esta decisión implica evitar los dos escollos opuestos de una definición exageradamente restrictiva, que le quitaría todo interés práctico, o demasiado extensa, que atentaría contra la seguridad jurídica.

La que acá se toma en consideración es la *causa del compromiso*. Esta fórmula, relativamente nueva, evita especialmente tener que utilizar las denominaciones, combatidas por algunos, y sin duda criticables, de causa de la obligación, llamada objetiva y abstracta, contrapuesta a la causa del contrato, llamada subjetiva y concreta. Se ha observado especialmente que en cuanto, según la jurisprudencia más reciente de la Corte de Casación, para justificar la anulación del contrato basta con que una de las partes se hubiera propuesto un fin ilícito o inmoral, aun cuando la otra parte lo ignorara, resultaba difícil reservar a esta noción la calificación de causa del contrato por oposición a la causa de la sola obligación de una de las partes. Además, en cuanto “manifestación de voluntad (oferta o aceptación) por la cual una persona se obliga” (*Vocabulaire juridique*, G. CORNU [dir.]), el compromiso parece más apto para designar el acto que da nacimiento al contrato entendido como operación jurídica, léase económica, global y no solamente, de manera analítica, a una o varias obligaciones yuxtapuestas.

El artículo 1124 hace de la causa una *noción unitaria*. Ella es la justificación del compromiso; dicho de otra manera, la razón por la cual el derecho positivo le reconoce efectos jurídicos (lo que algunos autores llaman, dándole ese sentido, la “causa eficiente”). De conformidad con la tradición del derecho canónico la obligación nace de la sola declaración de voluntad del obligado a condición de tener una causa que la explique y la justifique. Veremos que, definiendo la causa como la contraprestación convenida, para apreciar su realidad en los contratos a título oneroso, el proyecto toma igualmente en consideración, al menos implícitamente, la “causa final” del compromiso, que es el interés perseguido.

La exigencia de una causa real y lícita distingue sus *dos funciones*: control de la existencia y de la licitud de la causa, cuyas sanciones específicas se indican en el artículo siguiente.

Artículo 1124-1. *La naturaleza relativa o absoluta de la nulidad correspondiente a las dos funciones de la causa*. Frente a la ausencia de causa del compromiso, es decir, según el artículo 1125 del proyecto, cuando “desde un principio, la contraprestación convenida es ilusoria o irrisoria”, lo que está en juego no es más que “la salvaguarda de un interés privado” (art. 1129-1 inc. 2.º), lo que circunscribe a la parte protegida la facultad de demandar la anulación o de confirmar el acto (art. 1129-1 inc. 3.º). En cambio, cuando la causa del compromiso es ilícita, es decir, según el artículo 1126, “cuando se contrata, al menos por una

de las partes, con un fin contrario al orden público, a las buenas costumbres o, de manera más general, a una regla imperativa”, “la salvaguarda del interés general” (art. 1120-1 inc. 1.º) impone que la anulación pueda ser “invocada por cualquiera persona que justifique interés, así como por el Ministerio Público”, y que pueda “también ser declarada de oficio por el juez” (art. 1120-2).

Artículo 1124-2. Este texto reproduce en su sustancia el artículo 1132 del Código Civil, precisando el sentido que le dan hoy una jurisprudencia y una doctrina unánimes.

Artículo 1125. 1. *El primer inciso es esencial.* En primer lugar pone de presente que *la causa es la justificación del compromiso y que debe ser real*, para advertir enseguida que *la realidad de la causa debe apreciarse al momento de la formación del contrato*. La causa, condición de validez, está así expresamente referida a ese momento, con exclusión de la ejecución del contrato, cuyo equilibrio está preservado por otros medios. En fin, y sobre todo, determina de conformidad con la jurisprudencia actual de la Corte de Casación, las condiciones de la ausencia de causa: *es necesario y basta que la contraprestación convenida sea ilusoria o irrisoria*. Y sobre esta definición se asienta el equilibrio entre justicia contractual y seguridad jurídica.

El artículo 1102-2 inciso 1.º del proyecto dispone que “el contrato es a título oneroso cuando cada una de las partes entiende recibir de la otra un provecho como contrapartida de la que ella procura”. En ese contrato el compromiso de cada parte debe estar justificado así por “un beneficio”, es decir, por la satisfacción de un interés que es la causa final. Para precisar esto es necesario, por un lado, evitar una abstracción excesiva que no tenga en cuenta ninguno de los móviles propios de cada parte que concretamente determinaron sus respectivas voluntades en procura de su interés particular y, de otro lado, preservar el carácter de procedimiento particular del contrato, con rechazo de la posibilidad de hacer depender su validez de motivos personales que no hayan sido integrados en lo que es frecuentemente llamado el “campo contractual”, y que sería preferible definir de manera más precisa como la contraprestación convenida. En efecto, para que el carácter contractual de la causa sea efectivo, el motivo determinante de una de las partes no solamente debe ser conocido y haber sido tenido en cuenta por la otra parte, sino, además, debe hacer parte de la definición contractual del objeto de la contraprestación. Se trata del objeto de la obligación o de la prestación prometida –o ejecutada cuando la ejecución es concomitante con la formación– por la otra parte.

La jurisprudencia de la Corte de Casación advierte que la contrapartida convenida se determina, primordialmente, por medio de una interpretación generalmente muy subjetiva (búsqueda de la común intención de las partes) y

excepcionalmente objetiva (determinación autoritaria del contenido del contrato), y que la apreciación de la existencia o la ausencia de la causa del compromiso de quien demanda la nulidad, depende de la realidad de aquella, es decir, de que no sea ilusoria ni irrisoria.

La jurisprudencia de la Corte de Casación muestra que igualmente la determinación del perímetro dentro del cual se debe apreciar la realidad de la contrapartida convenida, se debe hacer siempre por vía de interpretación. La Corte no predica la necesidad de una contrapartida propia de cada obligación surgida del contrato, o sea de cada cláusula; en cambio, si tiene en cuenta habitualmente el conjunto de contratos indivisibles. La ausencia de objeto real de la contraprestación estipulada en uno de ellos, por ejemplo, un precio puramente simbólico, no justificará la anulación por ausencia de causa, si se establece que el demandante se beneficiaba paralelamente de una contraprestación convenida en otro contrato indivisible. De esa manera, el control de la realidad de la causa desplaza en la práctica al control de la existencia del objeto se de la contraprestación.

2. *El segundo inciso* se endereza a confirmar la jurisprudencia Chronopost y las sentencias que la han aplicado. Ese inciso pone en marcha, sin que parezca oportuno decirlo expresamente, una necesidad lógica de coherencia. Su eventual vinculación a un “principio” de coherencia será tarea de la doctrina.

Artículo 1125-1. De conformidad con lo aceptado por una jurisprudencia constante y una doctrina unánime, es necesario asimilar a “la entrega de la cosa o de fondos a aquel que se obliga” aquella que se hace a un mandatario de éste último, o aun a un tercero con tal que su designación provenga de la convención.

En derecho romano el mutuario que no había recibido la suma de dinero que se había obligado a rembolsar, o sólo había recibido una parte de ella, podía utilizar la querella *non numeratae pecuniae*. La obligación de restituir está ligada a la entrega de la cosa que es igualmente una condición de formación de los contratos reales heredada del derecho romano. Esta categoría de contratos es hoy, acertada o equivocadamente, criticada en su principio mismo, y la jurisprudencia más reciente de la Corte de Casación tiende a excluir de ella los préstamos concedidos por los establecimientos financieros, hasta ahora uno de los campos predilectos de la nulidad por ausencia de causa. El artículo 1102-5 del proyecto no define sino el contrato consensual y el solemne. Es verdad que el contrato real no estaba definido en el Código Civil y que su consagración por la jurisprudencia se deduce de la definición de un cierto número de contratos especiales, tales como el préstamo de uso (art. 1875), el préstamo de consumo (art. 1892), el depósito (art. 1919), y la prenda (art. 2071).

En todo caso, en cuanto a la causa, en los contratos reales es la del compromiso de restitución. En efecto, la jurisprudencia y una doctrina ampliamente mayoritaria sostienen que la entrega de la cosa es la causa de la obligación de restitución, por el motivo subrayado por G. ROUHETTE (*Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, tesis, París, 1965, n.º 147, p. 467): que “es de simple sentido común que no se tenga que restituir una cosa que no ha sido entregada”. Tal compromiso carecería de justificación.

Es frecuente que un contrato preparatorio, una promesa de contrato, fije las modalidades esenciales del contrato real que se celebrará mediante la entrega de fondos o de la cosa, tales como, por ejemplo, la remuneración del depositario o, en el préstamo de dinero, la tasa de interés y la fecha de restitución. El artículo 1106 del proyecto trata de manera general “la promesa unilateral de contrato. Por la cual una parte promete a otra, que la acepta, darle la exclusividad para la celebración de un contrato cuyos elementos esenciales están determinados, pero para cuya formación, falta tan solo el consentimiento del beneficiario” (inc. 1.º). Contrariamente a la jurisprudencia actual de la Corte de Casación, pero concorde con una doctrina ampliamente mayoritaria, consagra la prohibición para el promitente “durante el tiempo dejado al beneficiario para expresar su consentimiento” de impedir con su retractación “la formación del contrato prometido” (inc. 2.º), y la inoponibilidad “al beneficiario de la promesa” del “contrato celebrado con un tercero” (inc. 3.º). Este texto, pese a su alcance general, puede parecer no aplicable directamente a todas las promesas de celebrar un contrato real, especialmente un préstamo, cuya formación tendrá lugar posteriormente por la entrega de los fondos o de la cosa. En efecto, estas promesas son muchas veces sinalagmáticas y no unilaterales, no tienen por objeto la exclusividad en la celebración de un contrato y, en fin, no es “el consentimiento del beneficiario” el que “solamente hace falta”, sino también la entrega de los fondos o de la cosa, lo que es diferente. Sin embargo, parece posible deducir de ello, por analogía, incluso *a fortiori*, que la promesa de celebrar un contrato real impone, en las condiciones que ella determine, la entrega de la cosa o de los fondos que lo formará. Basta precisar aquí que este contrato preparatorio no es en sí mismo válido sino en cuanto “el compromiso tenga una causa real y lícita que lo justifique” (art. 1124).

Artículo 1125-2. En los contratos sinalagmáticos conmutativos es excepcional que la contraprestación se pacte en beneficio de un tercero. Sin embargo ello ocurre cuando ésta se encuentra establecida en un conjunto contractual, por ejemplo para justificar la existencia de una contraprestación real de la venta de un terreno por un franco simbólico, porque sobre aquel estaba construida la fábrica de una sociedad cuyo vendedor era uno de los accionistas y cuyo com-

prador asumía el pasivo. Las sentencias de la Corte de Casación, que toman esta contraprestación como la causa del compromiso en cuestión, ponen de relieve el interés indirecto del deudor en ella, pero sin convertirla en condición de validez del contrato.

Como el texto lo precisa, la norma es potencialmente aplicable al conjunto de las estipulaciones a favor de otro. En la práctica la jurisprudencia se ha pronunciado sobre este punto, principalmente en materia de garantías. La contraprestación convenida en favor de un tercero en la fianza, por ejemplo, puede ser definida como el crédito o cualquier beneficio concedido por el acreedor al deudor principal, condicionado al otorgamiento de esa seguridad. El beneficio concedido puede exceder, según la voluntad de las partes, al abono inmediato de los fondos por parte del banco en la cuenta del tercero e implicar, por ejemplo, su compromiso correlativo de mantener durante un período más o menos determinado, pero determinable, algún concurso financiero. La fianza carecería de causa real si apareciera, especialmente por un cierre inmediato de la cuenta, que desde la formación del contrato el banco no tenía como objetivo contar con una garantía en caso de insolvencia del deudor principal, sino solamente sustituirlo por un deudor solvente. La contrapartida convenida sería en efecto ilusoria (V. PH. SIMLER, *Juris-Classeur Civil*, fasc. 20: *Contrats et obligations - Cause - Rôle pratique*, 15 de junio de 2002, n.º 33, texto y jurisprudencia citada).

El artículo 1125-2 precisa que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte de Casación, especialmente respecto de la fianza, el beneficio otorgado al deudor principal constituye la causa necesaria y suficiente del compromiso del fiador, independientemente del interés moral o material que tenga éste en razón de sus relaciones con el deudor.

Artículo 1125-3. Contrariamente a una fórmula usada con frecuencia, incluso por la Corte de casación, no es solamente la ausencia de alea la que permite caracterizar en esas convenciones, una ausencia de causa. Los contratos sinalagmáticos aleatorios, especialmente las ventas de un bien a título de renta vitalicia, no son anulados por ausencia de causa sino cuando desde la formación del contrato, la ausencia de álea vuelve ilusoria o irrisoria para uno de los contratantes la contraprestación convenida. Ello es así especialmente cuando el monto de la renta es inferior a los ingresos producidos por el bien cedido o cuando la esperanza de vida del acreedor, conocida por la otra parte, hace irrisorio, desde el origen, el monto de las rentas pagaderas.

Artículo 1125-4. Era necesario resolver si la causa en las liberalidades y más especialmente en los testamentos, que no son contratos, debía ser tratada en esta sección, directamente, o reenviada a las disposiciones especiales de las liberalidades. El hecho de que las disposiciones relativas a la licitud y la morali-

dad de la causa sean comunes a las dos categorías de actos aboga en favor de una definición de la existencia de la causa en los actos a título gratuito, enunciada paralelamente a la de los actos a título oneroso.

La fórmula propuesta se inspira en el artículo 911 del proyecto del decano JEAN CARBONNIER, PIERRE CATALA, JEAN DE SAINT AFFRIQUE y GEORGE MORIN, sobre las liberalidades.

Según el artículo 1102-2 inciso 2.º del proyecto, “el contrato es a título gratuito cuando una de las partes entiende procurar a la otra un beneficio sin recibir contrapartida”. De ello resulta, en primer lugar, que es la intención liberal abstracta la que permite calificar los actos a título gratuito y, *a fortiori*, las liberalidades testamentarias (inc. 1.º). De ahí se deduce, igualmente, que la existencia de la causa en las liberalidades no puede depender de la existencia de la contrapartida convenida. El inciso 2.º tiene presente, a título de justificación del compromiso, el interés –esencialmente moral en las liberalidades, a falta en las liberalidades de contrapartida material– que es su causa final. El imperativo de seguridad jurídica, destinado a proteger a la otra parte en los contratos a título oneroso, no tiene la misma intensidad frente al beneficiario de una liberalidad, lo que autoriza a tener aquí al motivo que determinó al disponente como justificación y causa del compromiso.

Examinando las donaciones y “los demás contratos en los que uno solo hace o da y el otro no hace ni da nada”, DOMAT observaba ya que “el compromiso de quien da tiene su fundamento en algún motivo razonable y justo, como un servicio prestado, o cualquier otro mérito del donatario, o el solo placer de hacer el bien”. Ese motivo, agregaba DOMAT, “hace las veces de causa para el que recibe y no da nada” (DOMAT. *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, 1.ª parte, tít. 1.º, sección 1.ª, p. 235).

Artículo 1126. Este artículo confirma el estado actual de la jurisprudencia en la materia, que parece satisfactoria. Significa, en particular, que el fin ilícito perseguido por una de las partes basta para imponer, en “la salvaguarda del interés general” (art. 1120-1, inc. 1.º del proyecto), la nulidad absoluta del contrato por ausencia de causa lícita, sin que sea necesario indagar si la otra parte se había propuesto el mismo fin o si tenía conocimiento de él.

En cambio, no prejuzga sobre el contenido de orden público o de buenas costumbres, especialmente en cuanto a las liberalidades dispuestas a favorecer relaciones adúlteras.

Artículo 1126-1. Las *restituciones* consiguientes a la anulación retroactiva del contrato están regidas por las disposiciones generales de los artículos 1162 inciso 1.º y 1162-3 del proyecto. El artículo 1126-1 busca corregir la injusticia que podría resultar del daño causado a la parte inocente por la anulación del

contrato. Aplica a ese caso particular el artículo 1162 del proyecto, según el cual “cuando la anulación o la resolución es imputable a una de las partes ésta debe, además (además de las restituciones), “indemnizar a la otra todos los daños y perjuicios”. Pero sienta *las condiciones de esta indemnización*. Conforme al inciso 1.º (“sin saberlo la otra”), en términos claramente indicados en el inciso 2.º el mero conocimiento del fin ilícito basta para excluir cualquiera pretensión indemnizatoria del perjuicio causado por la anulación del contrato, incluso de la parte que no perseguía dicho fin.

PIERRE CATALA

Validez - Forma

(arts. 1127 a 1123-2)

En el capítulo relativo a las condiciones esenciales para la validez de las convenciones, el Código Civil no contenía ninguna disposición atinente a la forma. La disciplina de esta se encontraba principalmente en el capítulo de la prueba y, esporádicamente, en los textos que regulan la oponibilidad de las convenciones. En cuanto a las formas exigidas con fines de validez, se las encontraba especificadas, acto por acto, y variaban de uno a otro, pasando del documento manuscrito al documento privado y a la escritura pública. Nadie duda, sin embargo, de que en derecho francés el consensualismo es el principio y el formalismo la excepción. ¿Se necesitaba, entonces, inscribir en la parte del anteproyecto consagrada a la formación de los contratos una sección dedicada a su forma? Al tomar ese partido no estaríamos solos, puesto que el Código europeo propuesto por la Academia de Pavía consagra su título IV a las formas del contrato (arts. 34 a 38).

Había en ese sentido un argumento determinante: la equivalencia del documento electrónico con los documentos tradicionales, reconocida por las leyes de 2000-230 del 13 de marzo de 2000 y 2004-75 del 21 de junio de 2004.

La historia reciente del documento electrónico es cautivante en razón de varios de sus rasgos. Por exigencia de una primera directiva europea, el Código Civil hubo de reconocer la fuerza probatoria del documento y de la firma electrónicos. Aceptó el principio y puso las condiciones en los nuevos artículos 1316 a 1316-4, en los términos de la ley del 13 de marzo de 2000. Entonces no se trataba sino de un formalismo *ad probationem*, que no reconocía validez a la forma electrónica para los actos en los que el documento era exigido so pena de nulidad. Pero la misma ley, en el artículo 1317 nuevo, previó que el documento público “puede estar plasmado en medio electrónico si se establece y conserva en las condiciones señaladas por decreto por el Consejo de Estado”. Ahora bien, aunque los documentos públicos figuran en el capítulo de la prueba en el Código Civil, es claro que el formalismo exige el documento no simplemente con fines probatorios, sino so pena de nulidad. El artículo 1317 inciso 2.º dispuso, así, para el documento electrónico, el paso del formalismo *ad probationem* al grado superior del formalismo *ad validitatem*.

Eso fue lo que hizo la ley del 21 de junio de 2004 sobre la economía digital que integró al derecho francés la directiva europea relativa al comercio electrónico. Dos nuevos artículos 1108-1 y 1108-2 aparecieron en el Código Civil en el capítulo de las condiciones esenciales para la validez de las convenciones. Desde entonces el formalismo hizo su entrada al rango de dichas condiciones, y por consiguiente merecía ser acogido en una sección especial del anteproyecto en la que los dos artículos precitados ingresan bajo los números 1127-2 y 1127-3.

El primero de esos textos dispone que, cuando se exige un documento electrónico para la validez de un acto jurídico, puede otorgarse y ser conservado bajo

forma electrónica en las condiciones previstas en los artículos 1316-1 y 1316-4 del Código Civil (es decir 1285-1 y 1286 del anteproyecto). De allí resulta una identidad de la forma solemne y la forma probatoria: una misma forma puede servir para varias finalidades. Se sabía ya por la aproximación de textos que la exigencia del documento público auténtico para las donaciones, so pena de nulidad, se hacía con fines de oponibilidad en las operaciones inmobiliarias. A propósito de esta polivalencia, era importante que la ley precisara el fin de la forma prescrita por ella: tal es el sentido del artículo 1297 del proyecto que retoca el artículo 1426 del Código Civil.

La sección propuesta no tiene como única razón de ser una estructura de acogimiento para las nuevas tecnologías de la escritura. Su propósito es más general.

El artículo 1127 proclama en términos expresos el principio del consensualismo. El artículo 1127-4, coherentemente con la sección vecina de las nulidades, dispone que el régimen de la acción de nulidad por falta o vicio de forma gira en torno de la naturaleza de los intereses que la forma protege. Así, aplica un principio general enunciado en el artículo 1129-1, al cual obedecen paralelamente los artículos 1122 (objeto) y 1124-1 (causa).

El artículo 1127-5 confirma que al lado de las formas solemnes hay formas exigidas con fines distintos de prueba o de oponibilidad, que no tienen efecto sobre la validez de las convenciones.

El artículo 1127-6 sienta el principio del paralelismo de las formas que se aplica a los actos que modifican o derogan una convención anterior. Su ubicación al final del párrafo hace pensar que vale para todas las manifestaciones del formalismo y no solamente para las formas exigidas so pena de nulidad.

El párrafo 2.º de la sección 5 se limita a acoger, bajo el signo de la forma electrónica, los artículos 1369-1 y siguientes del Código Civil que la ley del 22 de junio de 2004 sobre la economía digital introdujo en un nuevo capítulo del Código titulado “De los contratos bajo forma electrónica”. Son textos de inspiración consumista que rodean de formas protectoras las condiciones de la oferta y de la aceptación para que el contrato se considere válidamente celebrado.

PHILIPPE SIMLER

Sanciones

(*arts. 1129 a 1133*)

Las disposiciones de esta sección están dedicadas principalmente a la *nulidad de los actos jurídicos* (§ 1) y sustituyen a las contenidas en los artículos 1304 a 1314 del Código Civil actual, así como a los artículos 1338 a 1340. A ellas se agregan, limitados a una definición, tres artículos que se limitan a definir los conceptos relativos a la *caducidad* (§ 2), la *inoponibilidad* (§ 3) y la *regularización* (§ 4), disposiciones que como tales no aparecían en el Código de 1804.

Esta regulación fue colocada al final del capítulo relativo a las condiciones de validez de las convenciones. Ubicación ciertamente más pertinente que la de los artículos 1304 a 1314 actuales, colocados después de los relativos a las causas de extinción de las obligaciones y, *a fortiori*, que la de los artículos 1338 a 1340, curiosamente ubicados en el capítulo relativo a la prueba de las obligaciones.

Por lo demás, los artículos 1304 a 1314 actuales se refieren esencialmente (10 de 11 artículos, e incluso parte del 11) a la hipótesis de la incapacidad, que comporta sanciones específicas, cuya ubicación dentro del Código es correcta (lo que deja incólume la suerte de los textos actuales, que, en esta medida, seguirían siendo derecho positivo en el supuesto de que el presente proyecto sea adoptado).

En fin de cuentas, las disposiciones de esta sección se diferencian muy poco de las actuales. Sin embargo, desarrollan ampliamente la teoría de las nulidades y las soluciones del derecho positivo.

§ 1. DE LA NULIDAD

Los textos propuestos constituyen una consagración explícita de lo que resulta conveniente llamar “la teoría moderna de las nulidades”, en oposición a la teoría “orgánica” que se desarrolló ampliamente durante el siglo XIX y que prevaleció, en ciertos casos (por ejemplo, en materia de ausencia de causa), hasta época reciente. Esto resulta claramente del criterio de distinción entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa propuesto en el artículo 1129-1, esto es, de la salvaguarda, en su orden, del interés general o del interés privado. Con todo, es necesario precisar que si el interés privado pone en entredicho un valor fundamental, como la protección del cuerpo humano, la nulidad será absoluta.

El régimen de las nulidades, así definido, es conforme con las soluciones del derecho positivo. La nulidad absoluta puede ser invocada por toda persona que justifique un interés, y puede ser declarada de oficio por el juez; no es susceptible de confirmación y prescribe en el término establecido por el derecho común. La nulidad relativa puede ser invocada sólo por aquel al que la ley protege, quien puede renunciar a ella mediante confirmación expresa o tácita del acto viciado, por ejemplo ejecutándolo con pleno conocimiento de causa; y,

salvo disposiciones especiales, prescribe en un término más breve, actualmente de cinco años, pero que podría ser reducido a tres años.

En todos los casos, la nulidad es pronunciada por el juez. Pero es necesario precisar algo que a primera vista parece muy novedoso, como es el que las partes pueden verificarla de común acuerdo. En realidad, eso ya ocurría, pero no está de más decir que a veces es útil formular la norma. De la misma manera que las partes de una convención pueden válidamente renunciar a ella por *mutuus dissensus*, ellas deben, en consecuencia, poder verificar la ineficacia de un convenio viciado. El reconocimiento explícito de esta facultad permitiría evitar procesos inútiles. Por el contrario, ha sido descartada la posibilidad de una anulación unilateral que sería simplemente notificada a la otra parte, contando ésta con la facultad de discutirla. Tal solución es propuesta para la resolución (art. 1158). Siempre que la nulidad no haya podido ser el objeto de la verificación mutua anteriormente evocada, el contencioso será inevitable y parece entonces más justo imponer la carga de iniciativa a aquel que pide la nulidad en lugar de a quien la discute.

El proyecto tiende, además, a colmar la laguna legislativa sobre la extensión de la nulidad. Sabemos que la jurisprudencia llegó a soluciones satisfactorias mediante una interpretación convergente, pero poco respetuosa del texto, de los artículos 900 y 1172 del Código Civil. Ahora, trayendo a colación la idea del *favor contractus*, el artículo 1130-2 del proyecto consagra, en principio, la nulidad parcial del acto en el que una cláusula o una parte de ella se encuentra viciada, a menos que se pruebe el carácter determinante de dicha cláusula o parte de cláusula. Este criterio subjetivo, que demanda una búsqueda de intenciones, sin embargo, se descarta en los casos en que la ley considera como no escrita una cláusula y también si la finalidad protectora de la regla violada exige la conservación del acto.

El carácter retroactivo reconocido a la nulidad, que induce al principio de restitución de las prestaciones ya ejecutadas, es conforme con las soluciones en vigor, con reenvío a la sección que trata de manera más precisa las restituciones.

§ 2. DE LA CADUCIDAD

La caducidad existe y tiene numerosas facetas: caducidad de las liberalidades, en distintas circunstancias; caducidad de un acto dependiente de otro que fue anulado o resuelto; caducidad del matrimonio, incluso, en caso de cambio de sexo de uno de los esposos... No puede ser asimilada a ningún otro concepto, como el de nulidad o el de resolución. Merece, entonces, ser tratada de manera especial en el Código Civil.

Sin embargo, su definición es difícil; aunque es fácil diferenciarla de la nulidad o de la resolución, lo es menos definirla positivamente. Sus causas son muy variadas. Sus efectos, por lo demás, son variables, ya que puede ser retroactiva o no. En cierto modo aparece como una forma residual de ineficacia con causa diferente a la ausencia de una condición de validez o la inejecución. También se propuso introducir en el Código Civil una sola definición, en términos bastante amplios, para abarcar las distintas hipótesis.

§ 3. DE LA INOPONIBILIDAD

La definición de inoponibilidad propuesta es la comúnmente admitida: distingue claramente a las partes de los terceros, que son los únicos protegidos por este concepto.

Es necesario reconocer, sin embargo, que esa definición no se encuentra en armonía con su empleo, por lo demás, a menudo controvertible, incluso, en situaciones diferentes. La formulación de una definición precisa podrá contribuir a clarificaciones útiles.

§ 4. DE LA REGULARIZACIÓN

Este concepto mueve a observaciones semejantes. La regularización es mencionada en varios textos legislativos. La definición que se propone es de naturaleza tal que permite su aplicación a otras hipótesis, no expresamente previstas.

ALAIN GHOZI

*Efecto de las convenciones,
interpretación, calificación
(arts. 1134 a 1143)*

El capítulo 3 enuncia las reglas aplicables a los efectos de las obligaciones. Las organiza en siete secciones en orden lógico. Así se exponen sucesivamente: el contenido del acuerdo, la manera de interpretarlo, la calificación que de allí resulta, las distintas obligaciones que genera, las reglas propias de su ejecución o su inejecución y la resolución en que puede desembocar. Este capítulo se enriquece con numerosas disposiciones nuevas llamadas a resolver los problemas descubiertos por la práctica: algunas se encontraban implícitamente contenidas en las disposiciones de principio sobre la materia, mientras que otras, por añadidura, son originales. Así, concretamente, el régimen de la facultad de desdecirse, el tratamiento de las dificultades de ejecución a causa del cambio de las circunstancias económicas, la individualización del comportamiento unilateral lícito, la consagración de los conjuntos contractuales en sus distintas formas, y la introducción de la obligación de dar en uso. Así, también, el tratamiento de la facultad de terminación unilateral en caso de inejecución del contrato, la clarificación del régimen de las cláusulas resolutorias, las restituciones consiguientes a la anulación del contrato. Y en cuanto al efecto de las convenciones con relación a los terceros, se reglamentan la promesa del hecho de un tercero (*porte-fort*) y la estipulación en favor de un tercero, a la vez que se afirman los principios de la cesión de contrato. Cada uno de estos puntos merece ser profundizado. Así, para comenzar, la fuerza obligatoria y la interpretación.

Los artículos 1134 y 1135 constituyeron los ejes a cuyo derredor se ordena la trama de la relación contractual: efecto obligatorio del compromiso, contenido de este, y poder de las voluntades sobre el mismo. Con la prolongación necesaria de las reglas de interpretación de estos compromisos, en la sección 2.

Sin cambiar esta arquitectura, cuyos principios han sido consagrados por una práctica secular, se estimó oportuno enriquecerla en sus dos componentes: el contenido del compromiso, ese el aporte de la sección 1, y la articulación de la interpretación con la calificación, en la sección 2.

Sobre el primer punto, se impusieron dos innovaciones: el poder de las voluntades de organizar su desvinculación y el tratamiento de las consecuencias originadas por dificultades tan graves de ejecución que hacen perder su interés a la relación contractual.

RÉGIMEN DE LA FACULTAD DE RETRACTACIÓN

El artículo 1134-1 consagra explícitamente la posibilidad de desdecirse: si esta facultad es más frecuentemente unilateral, no es raro que sea bilateral, cuando cada una de las partes se reserva la posibilidad de desligarse de su interés en el contrato. Prolongación del artículo 1134, esta disposición significa que no

podría haber retractación sin que hubiera sido autorizada, en su existencia y en sus condiciones de ejecución, por acuerdo de las partes, la costumbre o la ley según las circunstancias. Por reflejo, esta disposición invita a las partes a prever la retractación, consagración de su poder sobre el compromiso que las obliga, sin excluir que pueda resultar de la costumbre, como ocurre, por ejemplo, en el caso de algunas prácticas mercantiles. Así se mantiene el vínculo intelectual con las disposiciones relativas a la extensión del compromiso, e incluso es reforzado por una reorganización de los textos hasta ahora mal ordenados en el Código: así el artículo 1135, que fundamenta la incorporación en el acuerdo de los complementos aportados por la ley, la costumbre y la equidad, resulta prolongado lógicamente por el antiguo artículo 1160 que se convierte en el inciso 2.º: en efecto, al contrato se han de agregar las cláusulas de uso, aunque no se hayan expresado.

CONSECUENCIAS DEL ADVENIMIENTO DE UN DESEQUILIBRIO GRAVE EN EL CURSO DE LA EJECUCIÓN

El poder de las partes es requerido en otro campo: la prevención contractual de dificultades de ejecución que pueden sobrevenir o, en su defecto, la previsión de una renegociación bajo el impulso del juez: este es el aporte de los artículos 1135-1 y siguientes introducidos en nuestra legislación civil.

A quienes no cesan de lamentar la ausencia de tratamiento de la imprevisión en el derecho civil francés, hay que recordarles que en el contrato, que por esencia es un acto de previsión, se deben prever las dificultades, y que no hay mejor solución que la negociada por las propias partes interesadas. Y sin que esto implique una referencia deliberada a la imprevisión. El éxito, jamás desmentido, del contrato de transacción, como modo alternativo de solución de los litigios y, en nuestros días, las exhortaciones al desarrollo de la mediación como otro modo negociado de solución, dan fe de ello. La práctica lo confirma cuando se estipulan las cláusulas de renegociación para el caso de que sobrevengan dificultades graves. Así, colocada en el centro de la normatividad, la negociación de las partes es encarecida una vez más, pero fue necesario encuadrarla en el evento de estas situaciones previendo el silencio de las partes y el eventual fracaso de su negociación. Tal el aporte de estas disposiciones.

Las partes son estimuladas a estipular cláusulas de renegociación de su contrato para el caso en que, por el efecto de las circunstancias, el equilibrio inicial de sus prestaciones sea perturbado, al extremo de que el contrato pierda todo interés para una de ellas (art. 1135-1). Prenda de la seguridad de las operaciones, la modificación está condicionada a la pérdida del interés en el

contrato, y es a la vez medida y prueba de la gravedad del desequilibrio. En reconocimiento de la virtud del contrato, la solución es negociada. A falta de cláusula de esa índole, hipótesis frente a la cual no podría pasarse de largo, la parte que pierde su interés en el contrato puede pedirle al juez (el presidente del juzgado de primera instancia) que ordene la negociación salvadora (1135-2). Y el fracaso de la negociación, exento de mala fe, faculta a ambas partes para pedir la terminación sin lugar a reconocimiento de gastos ni indemnizaciones (1135-3): desapareciendo el interés en el contrato, este debe desaparecer. Implícitamente, quien quiera la continuación del contrato sabrá hacer las concesiones necesarias para darle a su contraparte un mínimo de ventajas que la animen a perseverar en la relación contractual.

Esta norma original hizo eco a las disposiciones del artículo 900-2, teniendo en cuenta el carácter oneroso de la situación; así se logra la unidad de inspiración de las soluciones aplicables a las consecuencias de los cambios de circunstancias, que garantiza la armonía de la normatividad.

INTERPRETACIÓN; ACTOS UNILATERALES; CONJUNTOS DE CONTRATOS INTERDEPENDIENTES

Las disposiciones generales, en cuanto definen el contenido del compromiso, se prolongan lógicamente en aquellas atinentes a su interpretación y, se ha dicho, en las relaciones que mantienen con la calificación: este es el aporte de la sección 2.

Instrumento a disposición del juez para determinar el alcance del compromiso, las disposiciones relativas a la interpretación han sido actualizadas teniendo en cuenta el aporte considerable de la jurisprudencia, inclusive utilizada aquí como laboratorio para la experimentación indispensable de la regla, con miras a la satisfacción de las necesidades de nuestros tiempos. Con fidelidad al método del Código, se presentaron, de manera a la vez analítica y sucesiva, los métodos de interpretación de la obligación y del acto, del acto unilateral (art. 1136 inc. 2.º), del acto colectivo que abarca todas las decisiones y las deliberaciones de un grupo (art. 1136 inc. 3.º), otra novedad, en seguida del acto y del contrato, y en fin, otra novedad, de los contratos dentro de un conjunto contractual (art. 1137 inc. 2.º). De este modo las diferentes innovaciones de la práctica en materia de acto colectivo y, particularmente, en materia de agrupación contractual, se consideran incorporadas a nuestro derecho y categóricamente consagradas. Estas reglas, afortunadamente, se ven completadas por las relativas a los efectos de los contratos interdependientes (arts. 1172 y s.), de modo que nuestro Código ofrecerá en adelante un marco

completo para estas innovaciones de la práctica, a las que, así, les otorga una previsibilidad y una claridad que les faltaba hasta ahora.

Estas disposiciones incluso innovan al proveer instrumentos de control del equilibrio contractual. Toda vez que el contrato no puede convertirse en instrumento de sometimiento, debe ser interpretado, en primer lugar, con base en la razón, pero también en equidad. Es necesario, entonces, acudir a la razón de ser del compromiso, para determinar lo que quisieron las partes, su interés, su voluntad, que no podrá desembocar en lo inequitativo (art. 1139).

CONTROL DEL UNILATERALISMO LÍCITO

En la misma dirección, el acto celebrado bajo la influencia dominante de una de las partes, hipótesis frecuente en los contratos de consumo y de adhesión, pero también especialmente en las relaciones de distribución, debe interpretarse en favor de la otra (art. 1140-1). Esta solución completa armoniosamente la disposición original de la fijación unilateral del precio, que es otra innovación de nuestro Código: obliga a su autor a justificarse en caso de oposición (art. 1121-4 y 1121-5). Por esta inversión de la carga de la prueba, las relaciones contractuales se reequilibran; el titular del poder de obrar sólo está forzado a proceder con moderación, puesto que solo tiene que justificarse en caso de oposición.

CALIFICACIÓN

Correlativamente, había lugar a paliar el silencio del Código en materia de calificación (arts. 1142 y s.). Las reglas sobre la calificación son indispensables, ahora cuando la innovación contractual multiplica las figuras originales partiendo del modelo del contrato innominado para concebir acuerdos innominados, esto es, *sui generis*. Los principios allá enunciados deben guiar al juez y limitar la incertidumbre de su intervención. En particular se consagró el mecanismo de la conversión por reducción (art. 1143 nuevo). También se procuró articular estas disposiciones con las del nuevo Código de Procedimiento Civil. De la coordinación de estas nuevas reglas surge un verdadero cuerpo normativo tendiente a regular la creatividad contractual para darle la seguridad que garantiza su desarrollo.

DIDIER R. MARTIN

Distintas clases de obligaciones
(arts. 1144 a 1151)

La clasificación de las obligaciones –o su especificación– es un ejercicio delicado, porque tiende a expresar, en pocas palabras y figuras, los tipos generales dentro de los cuales se organizan, o con los cuales se enlazan, a pesar de su extrema diversidad, las obligaciones legales o voluntarias. ¿Fue la dificultad de la empresa la que disuadió a los diseñadores del Código Civil de arriesgarse a ello? La experiencia de la enseñanza y de la práctica del derecho pone en evidencia, sin embargo, el interés superior de tal trabajo que ilumina la teoría de las obligaciones con enriquecimiento de los conceptos fundamentales de su mismo objeto.

Tradicionalmente, las obligaciones se clasifican en tres especies elementales. La que previene una acción, un hecho positivo: es la obligación de hacer. La que, a la inversa, previene una abstención: es la obligación de no hacer, contrario y antítesis de la precedente. Por último, aquella que se denomina obligación “de dar”, cuya especificidad niega una corriente doctrinal, que, en realidad, no es reducible a cualquiera otra para expresar el deber que se asume de transferir un derecho real o personal. La sutileza del pensamiento permite hoy comprender que entre ambos arquetipos (hacer/no hacer y dar) se insinúa una variedad mal diagnosticada hasta ahora y que conviene calificar (así fuera sólo en razón de sus numerosas e importantes aplicaciones prácticas): la obligación de dar en uso cuya característica, exclusiva, es establecer un deber para sus beneficiarios, de restitución de la cosa o su equivalente al término del uso convenido.

Estos tipos universales son, por lo demás, susceptibles de características particulares o comunes que una clasificación de las obligaciones debe reflejar, en segundo grado. A este respecto, dos binomios mayores se imponen por su virtud –y su fuerza– aglutinante. Uno valora el objeto de la prestación: contrapone la obligación monetaria a aquella que no se refiere a una cantidad de dinero y que se denomina, por una límpida abstracción, *in natura*: el caso es que el dinero, patrón y contrapartida universales de todo, no se presta al tratamiento jurídico común de otros objetos de prestación. El otro se plantea respecto de la finalidad de la obligación: pone frente a frente la obligación de resultado –de producir la satisfacción prometida– y la obligación de medios, que es hacer lo mejor, con el cuidado correspondiente a una diligencia apropiada. Producto puro del genio jurídico nacional, esta distinción, que permite matices intermedios, trasciende las especies de obligaciones y regula su alcance.

En últimas, era menester especificar tres variedades atípicas de obligaciones. Primero, la obligación de valor, que se satisface en dinero, sobre el valor del bien a su vencimiento, o *in natura*, en la medida correspondiente a las necesidades de una persona o a los cuidados de una cosa. La obligación de seguridad que refleja, en una sociedad de precaución, la aspiración a una salvaguardia

contractual activa de la integridad de la persona y de sus bienes. Por último, la obligación natural: deber de conciencia, que bordea la frontera de lo jurídico y debe su “positivización” eventual sólo al buen querer del deudor; no es más que una prescripción virtual, unos puntos suspensivos en los que se agota el concepto mismo de obligación.

LAURENT LEVENEUR

HERVÉ LÉCUYER

Ejecución de las obligaciones

(arts. 1152 a 1156-2)

El capítulo III del título III será organizado más lógicamente, de modo de comprender una sección titulada “De la ejecución de las obligaciones” (cuestión que actualmente se regula en dos secciones dedicadas a la obligación de dar, y luego a la obligación de hacer o de no hacer). Esta sección vendrá después de la relativa a las varias especies de obligaciones, y antes de las disposiciones relativas a la inexecución de las obligaciones y a la resolución del contrato.

EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE DAR
(ARTS. 1152 A 1153-1)

El proyecto no se propuso modificar el gran principio de la transferencia de propiedad por el solo intercambio de consentimientos, que no presenta dificultades prácticas y que, por lo demás, se encuentra en los artículos 938 y 1583. La redacción de los artículos 1152-1 y 1152-2 emplea, para mayor claridad, las palabras dar para liberarse [*délivrer*] y entrega con liberación [*délivrance*], en lugar de entregar [*livrer*] y entrega [*livraison*] (como en los arts. 1136 y 1138 actuales), términos estos últimos que pueden ser ambiguos: la entrega del actual artículo 1138 es, en realidad, la liberación (dar para liberarse), es decir, el hecho de poner la cosa a disposición de la contraparte. Los redactores del Código Civil utilizaron las palabras liberación [*délivrance*] (arts. 1603 y s.) y entrega [*livraison*] como sinónimos. Se propone hablar sólo de liberación (dar para liberarse).

Este principio de transferencia inmediata presenta menos dificultades, ya que siempre está permitido a las partes diferirla, con la estipulación de una cláusula a propósito. Estas cláusulas son empleadas usualmente en materia inmobiliaria. A pesar de ello, también se dan algunas excepciones legales (p. ej., el art. 1585 sobre la venta de cosas de género que se han de medir). La redacción del nuevo artículo 1152 consagra dichas hipótesis.

La obligación de conservar la cosa hasta la liberación, empleando los cuidados de un buen padre de familia del famoso artículo 1137 actual, es retomada en el artículo 1152-1. La constitución del deudor en mora y sus consecuencias sobre la carga de los riesgos (art. 1139 de hoy) están consagradas en los artículos 1152-2 y 1152-3. Los artículos 1140 y 1141 se encuentran ahora bajo los números 1153-1 y 1153.

EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN
DE HACER O DE NO HACER
(ART. 1142 A 1145)

Se propone una modificación radical para la redacción del célebre artículo 1142. Se trata de tener en cuenta el hecho de que las excepciones y las modificaciones

sutiles introducidas a la regla establecida por el artículo 1142 actual, han alcanzado tal importancia que el principio puede ser presentado en lo sucesivo a la inversa, conforme a la realidad. Especialmente desde que algunas normas (leyes del 5 de julio de 1972, luego del 9 de julio de 1991) consagraron la ejecución forzada, es muy difícil continuar proclamando que “Toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en indemnización de daños y perjuicios, en caso de inejecución por parte del deudor”.

Sin lugar a duda, la multa [*astreinte*] es sólo un procedimiento indirecto de coacción, lo que permite, en general, a la doctrina tratar de conciliarla con el principio del artículo 1142, lo que no excluiría más que la coacción directa sobre la persona del deudor. Pero ello no impide que la multa comporte siempre la condena del deudor para que ejecute la obligación *in natura*, y como el ámbito de la multa es muy vasto, ya no será posible sostener que en el Código Civil la inejecución sólo da derecho a la indemnización de daños y perjuicios al acreedor...

Además, se puede observar que la coacción directa es de suyo, por lo general, posible: lanzamiento del arrendatario que debe restituir el inmueble al término del arrendamiento, embargo-aprehensión de un mueble que el deudor debe entregar o restituir...

La nueva redacción propuesta para el artículo 1142, que se convierte en el artículo 1154, consagra el principio de la ejecución *in natura*, cuando ésta es posible (esto es, una alusión directa al actual artículo 1184, que prevé, alternativamente a la resolución, la ejecución forzada de la convención “cuando ello es posible”), y deja implícitamente a las leyes procesales (en la actualidad, concretamente, la ley del 9 de julio de 1991 y el decreto del 31 de julio de 1992) la tarea de reglamentar los procedimientos de coacción directa (p. ej., lanzamiento; embargo-aprehensión) y, sobre todo, indirecta (multa), que permite obtener la ejecución en caso de inejecución por parte del deudor.

Lo más delicado es determinar los límites del derecho a la ejecución forzada por constreñimiento directo, de una parte, y por medio de multa, por otra parte, límites que se basan en la misma idea, pero que, al parecer, tienen una intensidad diferente: no se puede constreñir, usando la fuerza, a un empresario para que ejecute los trabajos prometidos (atentado excesivo contra la libertad individual), mientras que sí es posible ordenar que los haga bajo la amenaza de una multa; solo que la multa deja de ser posible si la prestación tiene un carácter eminentemente personal (el ejemplo clásico de la obra que un artista se comprometió a realizar).

En cambio, la facultad de sustitución prevista en los actuales artículos 1143 y 1144 puede ser mantenida casi tal cual: se la tenía por un paliativo de la im-

sibilidad de la ejecución forzada directa; pero, evidentemente es compatible, *a fortiori*, con el nuevo principio consagrado del derecho a la ejecución *in natura*, de la que viene a ser una modalidad. El nuevo artículo 1154-2 propuesto retoma en esencia las disposiciones de los artículos 1143 y 1144 actuales.

En cuanto al artículo 1145 (daños y perjuicios en caso de violación de la obligación de no hacer, sin constitución en mora), no se propone modificarlo. Pero su contenido se integra al artículo 1154-1.

JUDITH ROCHFELD

Inejecución de las obligaciones
(arts. 1157 a 1160-1)

Las propuestas que obran en el seno de esta sección se fundamentan en el estado actual de la materia, surgido de los textos iniciales y de los aportes de la jurisprudencia (1). Las propuestas intentan atenuar los vacíos existentes y responder a las necesidades de evolución que se han puesto de manifiesto desde 1804 (2). Ellas indican, para estos fines, varias direcciones (3).

EL ESTADO DE LA MATERIA

La materia relativa a la inejecución de las obligaciones y a la resolución del contrato (regida por el art. 1184 C. C.) se fundamenta en varios postulados tradicionales:

- La resolución se justifica por el mecanismo de la condición resolutoria;
- La resolución se considera implícita en todos los contratos sinalagmáticos,

y

- La resolución es concebida como medida judicial.

La filosofía jurídica que rodea esta materia es específica, como quiera que emana del pensamiento de los redactores del Código Civil, y se articula alrededor de dos ideas:

– El principio fundamental de la fuerza obligatoria del contrato y el moralismo contractual: el contrato debe aplicarse cualesquiera que sean las circunstancias y las dificultades encontradas. En consecuencia, sólo los casos muy graves de inejecución, esto es, de ausencia total de ejecución, justifican la eliminación del contrato. Por ello, es necesario recurrir, entonces, al juez con el fin de que controle ese umbral de gravedad, y

– La protección del deudor de la obligación no ejecutada y el humanismo contractual: el deudor no debe sufrir una sanción, impuesta ligeramente y sin control, por su contraparte contractual.

LAS LAGUNAS DE LA MATERIA Y LAS NECESIDADES DE CAMBIO

a. Las lagunas relativas a las previsiones iniciales del Código:

– La resolución es la única medida prevista para el conjunto de los contratos.

– Las demás medidas solamente se encuentran en textos especiales dispersos, si bien han sido generalizadas por la jurisprudencia y la práctica (excepción de inejecución; teoría de los riesgos, por medio de principios aplicables a todos los contratos sinalagmáticos).

– Ninguna norma rige la resolución convencional, a tiempo que en la práctica vino a generalizarse.

b. Las lagunas relativas a las condiciones de aplicación:

– El artículo 1184 funda la resolución en un mecanismo discutible: la condición resolutoria:

– En el seno de las reglas relativas a las obligaciones condicionales (cap. IV “De las diversas especies de obligaciones”, secc. primera “De las obligaciones condicionales”, § 3 “De la condición resolutoria”), dicho fundamento es desplazado como se ve en el texto del proyecto. Sin embargo esta ubicación es también discutible y en consecuencia se presta a una reevaluación.

– El artículo 1184 no precisa las condiciones de aplicación de la resolución: nada dice a propósito del mínimo de inejecución necesario para descargar la resolución: se reduce a una referencia al “caso en una de las partes no satisfaga en absoluto su obligación”. La regla se puede extender a la excepción de inejecución, hipótesis en la que sería necesario precisar el mínimo de relevancia.

c. Las lagunas relativas a los efectos:

– El artículo 1184 no precisa nada en cuanto a la extensión de los efectos de la medida: retroactivos o no; si afectan o no al contrato en su integridad.

– La resolución es tradicionalmente concebida como retroactiva, de acuerdo con su fundamento reivindicado de la “condición resolutoria”.

– La doctrina y la jurisprudencia crearon, sin embargo, una variedad: la “terminación” [*resiliación*], o más exactamente, resolución para el futuro, que deja de lado la retroactividad y produce efecto hacia el futuro. Sin embargo, el criterio de distinción entre la resolución total y retroactiva y la resolución parcial en el tiempo no es muy explícito. Cuando se adopta un criterio, éste consiste en el carácter sucesivo de la ejecución del contrato, criterio discutible en razón de que se asienta en la consideración de la dificultad específica de regular las restituciones para un contrato que se ha prolongado en el tiempo.

– Nada se dice sobre las consecuencias de la aplicación de estas varias medidas, especialmente sobre la disciplina de las restituciones y su fundamento.

d. Las influencias del derecho europeo:

– Los Principios del derecho europeo de los contratos únicamente prevén la resolución unilateral dispuesta por el acreedor, sobre el modelo de numerosos países vecinos (cap. 9, art. 9: 301). Esto coloca al derecho francés como diferente.

LAS DIRECTRICES PROPUESTAS

a. Las directrices en cuanto a la ubicación del texto:

– Es posible colocar la referencia a la condición resolutoria, que desaparece, en la sección que regula la inejecución, enseguida de la dedicada a la ejecución

del contrato (secc. 4, “De la ejecución de las obligaciones”, arts. 1152 a 1156-2; secc. 5, “De la inejecución de las obligaciones y de la resolución del contrato”, arts. 1157 a 1160-1).

b. Las directrices para mitigar los vacíos iniciales de las disposiciones del Código Civil:

– Se propone reconocer en el texto normativo la existencia de la excepción de inejecución y las condiciones de su aplicación, especialmente el umbral de esta (inejecución total art. 1157).

– Se propone integrar la “teoría de los riesgos” a la resolución, en cuanto aquella constituiría la medida de la responsabilidad por la inejecución del contrato, cualquiera que fuese la causa (art. 1158).

– Se propone introducir normativamente la posibilidad de estipular una cláusula de resolución y de regular las condiciones de su aplicación, igual que sus efectos (art. 1159).

c. Las directrices en cuanto a la opción entre resolución judicial y unilateral:

– Se propone optar por la conservación de la elección, por el acreedor, entre ejecución forzada, daños y perjuicios y resolución (art. 1158).

– Se propone darle, al acreedor que elija la resolución, una opción entre resolución judicial y resolución unilateral. En caso de que opte por esta última, no podría proceder a ella sino después de requerir al deudor para que cumpla y luego de transcurrido un plazo razonable para tal efecto. De no darse este último, la resolución habría de realizarse mediante notificación del acreedor, con exposición de los motivos de la ruptura (art. 1158).

– Se propone darle al deudor la posibilidad de impugnar judicialmente a posteriori la decisión del acreedor, mediante la refutación de la existencia de los incumplimientos que este le imputó (art. 1158-1).

d. Las directrices en cuanto al régimen de los efectos de la resolución:

– Se propone establecer normativamente el momento en que la resolución surte sus efectos: a partir de la demanda de resolución, cuando esta es judicial, o a partir de la recepción de la notificación, cuando ésta es unilateral (arts. 1158 y 1160-1).

– Se propone determinar normativamente los efectos de la resolución, sobre la base de un principio de resolución hacia el futuro, salvo en la hipótesis de retroactividad relativa en los contratos de ejecución instantánea (art. 1160-1 y reglas relativas a las restituciones, secc. 6).

– Se propone adoptar un criterio de modulación de estos efectos teniendo en cuenta el carácter divisible de la ejecución del contrato (art. 1160).

YVES-MARIE SERINET

*Restituciones consiguientes
a la eliminación del contrato
(arts. 1161 a 1164-7)*

Las reglas relativas a las restituciones consiguientes a la eliminación retroactiva del contrato, a causa de su anulación o de su resolución, no son actualmente objeto de disposición alguna en el Código Civil, si se exceptúa, sin duda, el artículo 1312 antiguo, relativo a las restituciones consiguientes a la rescisión del contrato por vicio de incapacidad. Es necesario precisar que la redacción de este último texto es posterior a 1804, ya que resulta de una ley del 18 de febrero de 1938.

Sin embargo, la cuestión de las restituciones no ha sido ignorada por los codificadores ya que, en la reglamentación de algunas otras instituciones, se encuentran reglas especiales que organizan la puesta en ejecución de este mecanismo. Tal es el caso, muy especialmente, de las disposiciones del Código Civil relativas a la repetición del pago de lo no debido, a las cuales se suele remitir la materia (antiguos arts. 1376 y ss. C. C.); de las reglas que determinan los efectos de la garantía de la evicción (antiguos arts. 1630 y ss.), de las que se dice que establecen un régimen derogatorio de la restitución, textos aplicables a las acciones por vicios redhibitorios (antiguos arts. 1644 y ss.), dado que se consideran, por naturaleza, acciones que tienen la vocación de disponer una restitución, e incluso al régimen aplicable a la retroventa (antiguos arts. 1659 y ss.), o a la rescisión de la venta por causa de lesión (antiguos arts. 1674 y ss.), a este respecto todavía significativo.

En la redacción de los proyectos de los textos aquí presentados, estas disposiciones dispersas del Código Civil, en su mayoría no modificadas desde 1804, pueden servir de fuente de inspiración y de redacción en la elaboración de nuevos textos. Empero, no parece que sean directamente trasladables a la materia propia de las restituciones consiguientes a la anulación o a la resolución, dado que su espíritu es, o bien demasiado particularista, tratándose de reglas relativas a ciertas formas especiales de eliminación del contrato, como es el caso de la venta, o bien demasiado diferente, tratándose de reglas que rigen las restituciones en los casos de repetición del pago de lo no debido.

Importantes trabajos doctrinales recientes (c. GUELFUCCI-THIBIERGE. *Nullité, restitutions y responsabilités*, prólogo de J. GHESTIN, tesis, París, LGDJ, 1992; M. MALAURIE. *Les restitutions en droit civil*, G. CORNU [prefacio], tesis, París, Cujas, 1991) han demostrado que la materia de las restituciones *lato sensu* padece la intervención de varias ramas del derecho ajenas al derecho de las obligaciones (el derecho de los bienes) o, en el seno del derecho de las obligaciones, de disciplinas distintas del derecho de los contratos (derecho de la responsabilidad civil, cuasi-contratos con las teorías de la repetición del pago de lo no debido y del enriquecimiento sin causa). Ahora bien, las finalidades del derecho de los bienes cuando trata la teoría de los frutos, de las expensas o de la accesión, así

como las de la responsabilidad civil cuando define las condiciones de la reparación del perjuicio, sea contractual o extra-contractual, no son las finalidades de las restituciones consiguientes a la anulación o a la resolución retroactivas. Lo que lleva a afirmar que habría una *summa divisio* entre las restituciones normales, las que se presentan en el usufructo, el préstamo, incluso en la retroventa o en la condición resolutoria, y las restituciones anormales, que se dan en la reivindicación, la nulidad y la resolución, la repetición de lo no debido o al regreso del ausente. A esta primera división viene a sumarse otra, encaminada a distinguir las restituciones que se presentan en el ámbito contractual, que en ciertos aspectos experimentan la influencia del contrato anulado o resuelto e imponen una reciprocidad de volver al estado anterior cuando la ejecución en el tiempo intermedio fue bilateral, de aquellas que se presentan fuera del ámbito contractual y que las más de las veces tienen un carácter unilateral.

Por todas estas razones, hoy no solo parece oportuno, sino también indispensable, definir un régimen coherente propio de las restituciones consiguientes a la anulación o a la resolución, es decir, a la eliminación retroactiva del contrato.

Por consiguiente, se procura presentar aquí las reglas generales que, sintetizando las propuestas doctrinales más avanzadas, así como las mejores soluciones adoptadas por la jurisprudencia o susceptibles de ser recogidas en las disposiciones dispersas del Código Civil, respondan a la finalidad común objetiva de un retorno al *statu quo ante* que sea lo más fiel posible.

Con ello, la naturaleza enmarañada de la materia habrá de ganar en claridad y de ser podada siguiendo las líneas clásicas del jardín a la francesa.

Dentro de la perspectiva diseñada, se propone introducir la Sección 6 relativa a la materia (arts. 1161 a 1164-7). El artículo 1161 determinaría, desde el comienzo, el campo de aplicación de las reglas recientemente promulgadas. Tal disposición liminar permitiría, en efecto, determinar la medida en que las múltiples hipótesis de restitución que el Código Civil reglamentó se encuentran sometidas a este cuerpo de reglas generales, en el que el régimen de las restituciones consiguientes a la eliminación del contrato se subdividiría en tres párrafos que, en su orden, fijarían los principios que gobiernan la categoría de las restituciones consiguientes a la eliminación del contrato, sus modalidades y las reglas complementarias que a veces se designan con la expresión evocadora “cuenta de restitución” [*compte de restitution*].

Así, en el primer párrafo se propone adoptar varios textos que enuncian los principios comunes a esta clase de restituciones.

En una primera disposición, el artículo 1162, se propone el mecanismo general de las restituciones consiguientes a la eliminación del contrato.

En cuanto a su campo de aplicación, parece racional que la existencia, el significado y la extensión de un eventual efecto retroactivo sean fijados en las

secciones que tratan, respectivamente, de la nulidad y la resolución. Así, la ficción de la retroactividad operará sistemáticamente para la anulación y de un modo más reducido para la resolución, como quiera que ésta se circunscribe a los contratos de ejecución instantánea. Dicha solución, pragmática y conforme a la diferencia de naturaleza de las dos sanciones, parece oportuna. Así se explica que el texto señale, sin restricción, las consecuencias de la anulación, siempre retroactiva, pero limite su aplicación a la resolución a las solas hipótesis en las que produce este efecto.

Desde el punto de vista de su alcance, la disposición consagra el principio de una restitución “*integral*”, corrientemente admitida, en virtud del cual cada parte ha de recibir ni más ni menos de aquello que suministró. La restitución debe ser “*recíproca*” cuando el contrato es sinalagmático. Por tanto, sería necesario no tomar al pie de la letra la imagen, tan sugestiva, del contrato sinalagmático invertido, propuesta por CARBONNIER, porque la restitución depende sobre todo de lo que haya sido ejecutado, llegado el caso por cada parte, durante el período intermedio. Así, el cálculo de las restituciones no es global sino analítico y presupone determinar, para cada obligación ejecutada, la suma de los beneficios directos o indirectos recibidos, que serán objeto de la restitución. La reciprocidad no opera sino en la fusión de estos artículos y en las garantías eventuales que ella implica. En fin, se aclara que la restitución se impone igualmente en los contratos que no son bilaterales, lo que se expresa con la locución “*si a ello hubiere lugar*”. Por último, se advierte que hay lugar a la restitución “*de pleno derecho*” por la anulación o la resolución retroactiva. Se trata de insistir en el carácter automático de las restituciones y de indicar que no hay lugar a distinguir entre dos clases de acciones y dos pretensiones que serían el objeto de ellas: la eliminación y la restitución, lo que tiene repercusión en el régimen procesal aplicable.

En general, el texto, en su inciso 2.º, deja a salvo la posibilidad de pretender indemnización de daños y perjuicios dentro de las condiciones ordinarias de la responsabilidad civil. De esta manera, tiende a mostrar que, ciertamente, la restitución no tiene la misma lógica ni obedece a las mismas condiciones dado que se mantiene como un mecanismo estrictamente objetivo.

Dos reglas técnicas, pero de una importancia práctica considerable, vienen luego a consagrar soluciones propuestas por la jurisprudencia (art. 1162-1).

De una parte, se prevé que la obligación de restitución se beneficie del total de las garantías constituidas para el pago de la obligación primitiva. Es la consagración de una solución desarrollada por fuera de todo texto, a propósito de la fianza constituida para garantizar el reembolso de los vencimientos de un préstamo, como quiera que desde hace tiempo se da por sentado que la garantía cubre la restitución de las sumas prestadas cuando el contrato es anulado.

De otra parte, la cuestión de la prescripción de la obligación de restitución queda zanjada en el sentido de una decisión reciente de la Corte de Casación que se negó a aplicar, a este caso, las reglas de la repetición del pago de lo no debido (Cas. Civ. secc. I.^a, 24 de septiembre de 2002: *Bull. Civ.* I, n.º 218, p. 168). En efecto, parece natural que las restituciones consiguientes a la eliminación del contrato puedan encontrar un mismo régimen en las reglas de la nulidad o de la resolución, ya que operan de pleno derecho.

Luego, en un texto se agrupan las propuestas que establecen, por varios conceptos, el papel del juez en el otorgamiento de las restituciones consiguientes a la eliminación del contrato (art. 1162-2).

En primer lugar, parece legítimo darle al juez la posibilidad de disponer de oficio sobre las restituciones, toda vez que éstas se encuentran virtualmente comprendidas en la pretensión de anulación o de resolución, como uno de los efectos de esta sanción (cfr. en este sentido, Cass Civ. S, 29 de enero de 2003: apelación 01-03185, JCP 2003, II, 10116). A la postre, podemos preguntarnos si, pensando en las pretensiones formuladas, pedir la nulidad no significa, en primer lugar, dentro del espíritu del litigante, pedir la restitución. Sea cual fuere el caso, el texto no llega hasta imponerle al juez una obligación a este respecto, que, con todo, habría podido parecer lógica. Incumbirá, pues, a las partes formular adecuadamente sus pretensiones sobre este punto, y excepcionalmente el juez podrá decidir suplir su ausencia. Esto también le deja a las partes la posibilidad de acudir al juez de nuevo, en el caso en que la cuestión no haya sido resuelta. Así se explica la disposición, natural en últimas, del inciso 3.º que recuerda la interversión de la prescripción producto del fallo a favor de la prescripción treintenaria. En su defecto, el riesgo, aunque teórico, existiría en la medida en que la petición de restitución podría resultar rápidamente prescrita para cuando la eliminación del contrato haya sido pronunciada.

El inciso 2.º consagra el principio de una cuenta judicial de restitución, cuyos componentes se compensan, por supuesto, a condición de que dicha compensación sea técnicamente posible, pues no se podrían sumar o restar sino cosas de la misma naturaleza.

Tradicionalmente, el mecanismo de la restitución integral ha tenido dos límites que se justifican por consideraciones subjetivas de moralidad y de equidad, y que merecen ser mantenidos como válvulas que vienen a atemperar el rigor del principio.

A este respecto, la disposición del artículo 1162-3 consagra la transposición deseada del adagio *Nemo auditur...* De ahí se sigue una ampliación del alcance de la negativa de restitución relativa a toda contravención consciente del orden público y de las buenas costumbres, allí donde, de ordinario, sólo los comportamientos inmorales eran sancionados por la jurisprudencia.

Se conserva la medida de salvaguardia establecida en favor del incapaz (art. 1312 antiguo), pero en un lugar diferente que le reserva la nueva sección del Código Civil relativa a la capacidad de las partes contratantes y al poder para actuar en nombre de otro (art. 1117-5). Se repite el texto antiguo con una simplificación muy ligera de su redacción, toda vez que el término general de “*incapaz*” sustituye a los de “*menor*” y “*mayor bajo tutela*”. Así como la conservación de esta protección se justifica en equidad, su especificidad explica que sea tratada junto con otras reglas relativas a la incapacidad.

En el *segundo párrafo*, se atiende a las diferentes *modalidades de la restitución*.

Una primera disposición (art. 1163) previene dos formas posibles de restitución.

La ejecución de una prestación contractual da derecho a pretender la restitución *in natura*, sea de la misma prestación o sea de una equivalente. Cuando ello es imposible, se sustituye por una restitución en valor. Hay pues dos modos de restitución, de suerte que la imposibilidad de restituir *in natura* no debe presentarse nunca más, pese a que esa situación era considerada por la jurisprudencia, de antiguo, como un obstáculo para la restitución. Por lo demás, era importante resaltar que la propia restitución *in natura* puede hacerse de dos formas que dependen de la naturaleza de la cosa que haya de ser restituida. Tratándose de cuerpos ciertos, la cosa restituida deber ser la misma. Para las cosas de género, la máxima *genera non pereunt* expresa la idea que puede hacerse por un equivalente de la misma naturaleza (p. ej., una tonelada de arena por otra tonelada de arena anteriormente entregada).

Resulta, así, que la forma de restitución depende prioritariamente de la naturaleza de las prestaciones satisfechas en ejecución del contrato, cosa que los artículos siguientes desarrollan. Subsidiariamente, puede, inclusive, verse afectada por acontecimientos ocurridos durante el período intermedio que separó el cumplimiento de la prestación que hay que repetir, de la anulación o de la resolución.

Los artículos 1163-1 a 1163-6 introducen salvedades puntualizadas a la propuesta general precedente.

En efecto, cuando la obligación fue de hacer o de no hacer (art. 1163-1), la restitución se hará lógicamente en valor, dado que esa es, entonces, la única forma posible de hacerla. La evaluación debe hacerse sin tener en cuenta las estipulaciones del contrato. No obstante, para evitar que una prestación resulte con una doble remuneración, hay lugar a tener en cuenta los desembolsos externos realizados por quien la cumplió (ej.: en los negocios de encargados o responsables de una estación surtidora de gasolina de marca, cuando el encar-

gado actuó en calidad de mandatario y ya recibió la utilidad de la reventa de los productos), o el beneficio indirecto retirado (ej.: en un contrato de enseñanza, la formación dispensada adicionalmente al precio).

Cuando la obligación fue de dar una cosa de género, la restitución se hará con su equivalente. Este régimen de restitución se aplica naturalmente a la obligación monetaria (art. 1163-2). El texto subraya que la moneda es un bien esencialmente fungible y que se aplica el principio del nominalismo monetario (antiguo art. 1895 C. Civ.), reiterado por la jurisprudencia. Pero el artículo 1163-4 expresamente se refiere a otras cosas de género, para introducir una opción. Sin embargo, nada parece excluir la restitución *in natura* en forma equivalente. Empero, a sabiendas de que puede resultar del todo inútil para aquel a quien se debe la restitución, parece natural ofrecerle la posibilidad de escoger. Es necesario anotar que el artículo 587 antiguo prevé la posibilidad de escogencia, en el mismo sentido, en materia de cuasi-usufructo, pero en favor de quien devuelve la cosa, o sea del usufructuario. La lógica de la nulidad y de la resolución conduce a replantear la regla a sabiendas de que, dado su carácter fungible, siempre será posible para el que restituye proveer cosas equivalentes con el fin de satisfacer a su obligación.

Si la obligación fue de dar un cuerpo cierto (art. 1163-3), la restitución se hará *in natura* cuando la cosa exista aún en manos de quien la recibió. La imposibilidad de una restitución “*específica*” no prohíbe, sin embargo, otra forma de restitución. Ésta se hará por su valor, si la propia cosa no es restituible a causa de su destrucción, su transformación o su incorporación. En el primer caso, debe hacerse la restitución completa cuando la destrucción de la cosa haya sido fortuita o provenga de un acto voluntario del que la recibió, lo cual concuerda con la jurisprudencia que pasa de largo por la distinción y trata ambas situaciones de igual manera. De otra parte, dicha solución es conforme con la idea de que quien detentó la cosa durante el período intermedio era el más llamado a asegurarla. En fin, una última disposición prevé la posibilidad de que el quebranto sufrido por el cuerpo cierto haya sido solamente parcial. Entonces se abre una opción, en el evento de que la restitución parcial pueda haber perdido todo interés para aquel a quien se le ha de hacer. En este caso, como está previsto en numerosos textos de derecho especial, se le faculta para preferir la restitución integral en valor.

Consecuentemente con este inventario, el artículo 1163-5 preconiza la adopción de dos disposiciones complementarias que pretenden simplificar el proceso de vuelta al *statu quo ante* sin tener que acudir a la restitución en valor. Tal es el caso de pérdida fortuita de la cosa que había sido asegurada o cuya pérdida es imputable a un tercero, e incluso, de aquel en que la cosa que se debe restituir

fue vendida. En estas hipótesis la restitución en valor parece imponerse técnicamente. Pero a la vez, parece más eficaz y también justo hacer primar la vía de la subrogación real [el precio de la venta], a semejanza de lo que prevé el artículo 1380 antiguo a propósito de la repetición del pago de lo no debido. Igualmente la restitución se trocará de pleno derecho, según las circunstancias, en la indemnización o en el precio, o aun en el crédito de indemnización o de precio.

Por último, el artículo 1163-6 indica el método de evaluación de las restituciones en valor. Al disponer que el juez debe estimar el valor de la cosa al día de su decisión, según su estado al día del pago de la obligación, aplica la teoría de la deuda de valor. La solución es coherente con la manera como han de ser indemnizadas las valorizaciones y las depreciaciones. Igualmente es conforme con el procedimiento de evaluación del beneficio que resultó de la ejecución de una obligación de hacer o de no hacer (art. 1163-1).

El tercer párrafo determina los pagos complementarios que, cuando sea del caso, se añaden a las restituciones principales e integran la cuenta de la restitución. En esta categoría han de ser incluidas las sumas correspondientes, en su orden, a los accesorios, los gastos así como a las valorizaciones y depreciaciones.

Tratándose de accesorios, está previsto que quien restituye sea responsable no sólo de lo principal de cada obligación pagada, sino también de sus accesorios al día del pago (art. 1164). Contrariamente al régimen instituido por los textos del derecho de los bienes (art. 549 antiguo sobre frutos) o relativos a la repetición del pago de lo no debido (art. 1378 antiguo), el carácter objetivo de las restituciones consiguientes a la eliminación del contrato mueve a tener en cuenta todos los accesorios sin tomar en consideración la buena o mala fe de las partes (*c.* GUELFUCCI-THIBIERGE. *Nullité, restitutions et responsabilités*, cit., n.º 802), que solamente adquiere relevancia para una eventual indemnización complementaria. También conviene comenzar la cuenta a partir del día de la ejecución del contrato (el “pago” de cada obligación) con el fin de determinar la utilidad adicional derivada de ella. No hay lugar a aplicar a regla *Lauxius vixit...*, porque de todos modos las obligaciones periódicas (frutos o intereses acumulados) se compensarán hasta concurrencia del mayor valor de las dos sumas en los contratos sinalagmáticos.

Naturalmente, los accesorios varían según la naturaleza de las prestaciones ejecutadas en razón del contrato. La cantidad de dinero que debe restituirse (art. 1164-1) comprenderá los intereses a la tasa legal, lo que es una solución clásica, e inclusive los impuestos pagados sobre el precio. Como es lógico, incluirá únicamente los efectivamente pagados por quien restituye el precio. Obviamente el IVA se ha de incluir cuando el impuesto pagado fue un comple-

mento del precio, y quien lo restituye habrá de recuperarlo del Tesoro Público. Cuando la restitución tiene por objeto una cosa distinta de una suma de dinero (art. 1164-2), los accesorios comprenden los frutos o el goce proporcionado por dicha cosa. Se trata de volver sobre una solución adoptada recientemente por la Corte de Casación (Cas., *Chambre mixte*, 9 de julio de 2004, *D.* 2004, p. 2175, *nota* CH. TUAILLON, *JCP*, 2004, I, 173) después de muchas vacilaciones (Cas. Civ., 11 de marzo de 2003, *Bull. civ.* n.º 74, y Cas. Civ. 3.ª, 12 de marzo de 2003, *Bull. civ.*, III, n.º 63, *D.* 2003, p. 2522). Contrariamente a lo decidido, se puede pensar en simplificar el cálculo de las restituciones complementarias, pues parece más lógico y equilibrado rembolsar el goce del bien, cualquiera que sea la naturaleza del contrato, goce que se toma, en efecto, como un equivalente económico de los frutos que habría podido producir (R. WINTGEN. *L'indemnité de jouissance en cas d'anéantissement rétroactif d'un contrat translatif*, *Deffrénois* 2004, art. 37942, pp. 692 y ss.). De otra parte, en cuanto a la hipótesis de la cosa fructífera, la Corte de Casación aceptaba antes la compensación global entre los intereses y este disfrute. En efecto los intereses corresponden, a la vez, a una remuneración del goce y a los frutos del dinero. Por lo demás, la solución actual no está de acuerdo con el principio de retroactividad, ni con la idea de que conviene eliminar todos los efectos, directos e indirectos, de la ejecución del contrato.

Tratándose de expensas, los textos repiten una distinción doctrinal (MALAURIE. *Ob. cit.*, p. 205) propuesta entre las ocasionadas por el contrato (ej., costo de estudio, costo del otorgamiento, derechos de registro, de publicidad de bienes raíces, derechos de cambio o de consignación) y las correspondientes a la cosa, de las que se puede decir que están comprometidas *intuitu rei* (ej., gastos de seguro de la cosa, cargas relativas al bien...). Su disciplina se encuentra netamente diferenciada, como quiera que el régimen de las primeras se mantiene claramente sometido a las reglas de la responsabilidad extra-contractual (art. 1163-3), mientras que el de las segundas, objetivo, permanece dentro del campo de las restituciones (art. 1163-4).

Queda por resolver la cuestión de las valorizaciones y desvalorizaciones. Se propone adoptar normas que sinteticen los principios aceptados en la materia, así la jurisprudencia no sea ni muy clara ni consistente (cfr. *c.* GUELFUCCI-THIBIERGE. *Nullité, restitutions et responsabilités*, *cit.*, n.ºs 808 y ss.; MALAURIE. *Ob. cit.*, pp. 215 y ss.).

Acá se acoge, en ambos casos, la regla común del avalúo al día de la restitución (art. 1164-6), que es coherente con la manera de calcular anteriormente enunciada para la restitución integral en valor. Todas las plusvalías pasan al acreedor de la restitución, pero el equilibrio patrimonial se restablece por medio

de una compensación que va a retribuir el aumento de valor proveniente del hecho de quien restituye (art. 1164-4). En lo que hace a las desvalorizaciones, las cosas son bastante complejas, por la necesidad de conjugar dos ideas diferentes: de una parte, la necesidad de armonizar los regímenes aplicables a la pérdida total fortuita y al deterioro o a la pérdida parcial que tienen el mismo origen, ya que en ambos casos la diferencia es sólo de grado, y de otra parte, el cuidado de una correlación entre las diferentes clases de plusvalías y desvalorizaciones, cuando, por lo menos, sea posible establecer entre ellas una relación de reciprocidad. Ahora bien, los aumentos o disminuciones de valor de la cosa tienen un origen variado (material, jurídico, económico o monetario), algunas veces provienen de quien restituye, pero queda abierta la posibilidad de que provengan de otros factores externos (MALAURIE. *Ob. cit.*, pp. 219 y s., 237 y s.). Teniendo en cuenta estos elementos, se propone introducir un artículo 1164-5 que disponga que quien debe restituir la cosa responde por las degradaciones y deterioros que menguaron el valor o llevaron a su pérdida, sin distinción de origen. De este modo, las hipótesis fortuitas de deterioro seguirán la misma suerte de la pérdida total de la cosa, que impone, en este caso, una restitución en valor (art. 1163-3). Así mismo, el deterioro normal del bien resultante de su uso será indemnizado aunque no sea imputable a culpa alguna de quien restituye. Ambas soluciones son, desde todo punto de vista, conformes con las posiciones adoptadas por la jurisprudencia sobre la materia (Cas. Com., 21 de julio de 1975, *D.* 1976, p. 582, *note* E. AGOSTINI y P. DIENER; Cas. Civ. I.^a, 2 de junio de 1987, *Bull. Civ.* n.º 183, *Defrénois*, 1988, art. 34202, n.º 13, p. 373, *ob.* J. L. AUBERT). A la inversa, la obsolescencia de la cosa como consecuencia del paso del tiempo, no dará lugar a restitución, porque no se trata propiamente de un daño o un deterioro de la cosa, calificables de daños a su integridad. La correlación entre valorizaciones y desvalorizaciones queda asegurada, pues en ambos casos las que tienen origen económico o monetario no son restituibles. La única diferencia entre ellas concierne a la responsabilidad de quien restituye, por las pérdidas parciales y los deterioros fortuitos que no tengan correspondencia en las valorizaciones, lo que permite armonizar las reglas que gobiernan la pérdida total y las desvalorizaciones fortuitas.

JEAN-LUC AUBERT

PIERRE LECLERCQ

*El efecto de las convenciones
con respecto a los terceros
(arts. 1165 a 1172-3)*

Dentro de un espíritu de clarificación y de modernización, esta sección reúne en cinco párrafos los diferentes elementos que constituyen la sustancia tradicional de la cuestión relativa *al efecto obligatorio del contrato*, tradicionalmente gobernada por el principio del *efecto relativo*, con la aspiración de determinar mejor la situación de los terceros frente a la convención celebrada por dos o más personas, teniendo en cuenta las necesidades puestas de manifiesto por la práctica contractual moderna. Seguidamente, el proyecto se propone reunir los diferentes aspectos de la cuestión, que el Código Civil atendía de forma algo dispersa. Posteriormente, con base en el trabajo realizado por la jurisprudencia y la doctrina, el proyecto incorpora disposiciones más numerosas y explícitas sobre esta materia, que se encuentra en el corazón mismo de la vida del contrato. Por último, se proponen varias disposiciones para llenar lagunas o insuficiencias del Código.

El *parágrafo primero* enuncia, bajo el título “Disposiciones generales”, los dos principios que dominan la materia, al resaltar la diferencia del alcance de la convención con respecto a las partes contratantes, de un lado, y con relación a los terceros, del otro.

El artículo 1165 declara que “Las convenciones solo obligan a las partes contratantes”, con lo cual limita el efecto obligatorio del contrato a quienes lo celebran, salvo excepciones y algunas particularidades que serán precisadas posteriormente al pie de los artículos.

El artículo 1165-1 agrega que “las convenciones son oponibles a los terceros”, con lo cual consagra el principio de *oponibilidad* de los contratos *erga omnes* que habían desarrollado poco a poco la doctrina y la jurisprudencia. El texto resalta el doble sentido de esta oponibilidad, que opera, tanto en contra como a favor de los terceros, con la salvedad, esencial, en este último caso, de que ellos no pueden exigir la ejecución del contrato, lo que permite distinguir, de manera radical, el efecto obligatorio de la oponibilidad.

El *parágrafo segundo* precisa, de una manera innovadora, los posibles desplazamientos del efecto obligatorio del contrato de una de las partes contratantes a un tercero, de modo de consagrar así la eventualidad de una *sustitución de partes* en el contrato.

Es este el efecto clásico de las transmisiones por causa de muerte (art. 1165-2).

Es también la consecuencia de la *cesión*, entre vivos, *de la calidad de parte* en el contrato, cuya posibilidad se propone consagrar expresamente, pero subordinándola al acuerdo de la contraparte (art. 1165-3).

Esta exigencia comporta, sin embargo, algunas *excepciones*: de un lado, no se aplicará si la ley dispone otra cosa; de otro lado, no se aplica a los contratos que

hacen parte de una operación constitutiva de un conjunto indivisible (fusiones de sociedad, aportes parciales de activos). El contratante que no haya consentido en la transferencia del contrato, conserva el derecho de retirarse del contrato transmitido, salvo convención en contrario.

El *parágrafo tercero* regula las diferentes acciones que la ley concede en beneficio de los terceros acreedores de un contratante. Se encuentran la *acción oblicua* y la *acción pauliana*, como también la *acción directa*, cuya noción se propone consagrar expresamente, con señalamiento de sus límites.

En relación con las dos primeras, los textos propuestos retoman las diferentes soluciones elaboradas por la jurisprudencia teniendo en cuenta dos importantes salvedades. De un lado, con el fin de remediar la relativa ineficacia de la *acción oblicua*, el artículo 1167-1 inciso 1.º permite, a los acreedores que demandaron, hacerse pagar con prelación sobre las sumas que ingresen al patrimonio del deudor negligente, como resultado de la acción. De otro lado, para remediar la perturbación de la estabilidad del contrato que ella crea, la acción pauliana está limitada a un término de dos años contados desde el conocimiento por parte de los acreedores del fraude cometido por el deudor.

En cuanto a la *acción directa*, su noción se encuentra formalmente afirmada, y el principio que le sirve de base es también puramente legal (art. 1168 inc. 1.º). Sin embargo, se propone admitir tal acción, por fuera de la previsiones señaladas expresamente por la ley y en consideración del vínculo que une los contratos, “cuando ella permita, por sí sola, evitar el empobrecimiento injusto del acreedor” (art. 1168 inc. 2.º).

El *parágrafo cuarto* se refiere a la *promesa del hecho de otro* y a la *estipulación en favor de tercero*.

Se trata aquí, esencialmente, de poner en forma y en orden los avances de la jurisprudencia que, sobre la base de los artículos 1120 y 1121, tiene establecido el régimen de estos dos mecanismos.

En cuanto a la *promesa del hecho ajeno* (art. 1170), se aclara el conjunto de los efectos de este mecanismo, señalando los riesgos que corre el promitente (el inc. 1.º retoma, precisándola la disposición del artículo 1120 C. C), y la posibilidad de su liberación total, caso de obtener aquello que prometió (inc. 2.º). El texto invita a consagrar la obligación del tercero que hereda al promitente, de ejecutar el compromiso asumido por su *de cuius* (inc. 3.º).

En relación con la *estipulación en favor de tercero*, se consagra en su conjunto la construcción jurisprudencial. En particular, el artículo 1171-1 ofrece el núcleo de este mecanismo: libre revocación de la estipulación mientras no haya sido aceptada por el tercero (inc. 1.º); irrevocabilidad de la estipulación siempre que la aceptación del tercero se dé antes de la revocación (inc. 2.º); derecho directo

del tercero contra el promitente para la ejecución del compromiso asumido por éste (inc. 3.º). También se toma partido, con miras a organizar mejor ciertas situaciones frente a las cuales la regulación era insuficiente. De esta forma, el artículo 1171-2, luego de consagrar que la revocación puede darse por los herederos del estipulante después del deceso de este, indica que aquellos no pueden ejercer ese derecho sino tres meses después de haber requerido en vano al beneficiario para que aceptara. Así mismo, el artículo 11713 precisa *in fine* que la aceptación puede provenir de los herederos del beneficiario después de la muerte de éste (salvo estipulación en contrario) y que la aceptación “puede darse inclusive después de la muerte del estipulante o del promitente”.

Por último, el *parágrafo quinto* introduce una innovación al consagrar la eventual interdependencia de los varios contratos que configuran un conjunto (arts. 1172 a 1172-3).

Tal interdependencia se caracteriza por el hecho de hacer parte los varios contratos en juego de una misma operación de conjunto, y por la necesidad de su ejecución para la realización de aquella (art. 1172).

Se propone agregar a dicha interdependencia un efecto ampliado de algunas de las cláusulas contenidas en cualquiera de los contratos interdependientes, a pesar de la falta de su aceptación expresa por los demás contratantes. Cuando menos es necesario que estos últimos hayan tenido conocimiento oportuno de su compromiso y que no hubiesen formulado reservas. Sin embargo, la presunción de aceptación así planteada, no puede aplicarse más que a ciertas cláusulas limitativamente enumeradas: cláusulas relativas a la responsabilidad, cláusulas compromisorias y cláusulas de atribución de competencia (art. 1172-1).

El proyecto añade dos precisiones importantes:

En primer lugar, por fuera de en los casos previstos, la extensión del efecto de una cláusula estipulada en uno de los contratos a los demás contratos del conjunto, presupone que dicha cláusula hubiera sido reproducida en ellos y aceptada (art. 1172-2).

Seguidamente, que la nulidad de uno de los contratos interdependientes autoriza a las partes de los demás contratos del conjunto para aducir la caducidad de éstos (art. 1172-3).

JEAN-JACQUE TAISNE

*Obligaciones condicionales, a término,
alternativas y facultativas
(arts. 1173 a 1196)*

I. DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES

El contencioso que suscita a menudo el empleo de la condición pone en evidencia las imperfecciones de la codificación actual. La abundancia de algunas definiciones y los elementos contradictorios que a veces se deslizan, afectan la claridad de nociones esenciales. Si bien la prolijidad caracteriza a algunos desarrollos, los textos son lagunosos sobre otros puntos, lo cual demanda la intervención de la jurisprudencia. Por dichas razones, dos preocupaciones fundamentales deben orientar el trabajo de reforma de los textos. En primer lugar, la preocupación de la simplificación; en segundo lugar, la de asegurar a las partes una perfecta previsibilidad de las consecuencias anejas a la condición.

A priori, estos dos objetivos implican dos métodos diferentes: el primero postularía una depuración seria; el segundo, a la inversa, una reglamentación completa y minuciosa. Sin embargo es posible pensar en un equilibrio. Sobre numerosos puntos, la referencia a la común intención de las partes permite resolver toda dificultad y conferir al régimen de la obligación condicional la flexibilidad deseable. Pero conviene igualmente, y en razón del papel reconocido a la voluntad de las partes, ayudarles a tomar plena conciencia de los puntos que podrían generar dificultad entre ellas.

El presente proyecto propone, en primer lugar, suprimir los textos superfluos: así, conforme a la opinión defendida en 1946 y 1947 por la Comisión de reforma del Código Civil:

– Los textos relativos a la clasificación de las condiciones en casuales, potestativas o mixtas (arts. 1169 a 1171), con lo cual quedaría vigente tan solo el texto prohibitivo de la condición potestativa de parte del deudor, redactado en armonía con el artículo 944, hipotéticamente no tocado.

– Los textos relativos al modo de cumplimiento de las condiciones positivas o negativas (arts. 1176 y 1177), que expresan verdades evidentes que se desprenden del artículo 1175, a su turno deducido del artículo 1156.

También se excluye del campo de la condición el artículo 1184 que desde hace largo tiempo se volvió totalmente extraño a ella.

A la inversa, el proyecto propone introducir en la teoría general de la obligación condicional disposiciones que le faltaban. La Comisión de reforma del Código Civil tuvo presentes a este respecto los textos relativos a la suerte de los actos de administración o de las percepciones de frutos, con posterioridad al cumplimiento del hecho. Conviene inspirarse en ella. Igualmente es útil sumar a la invitación de la jurisprudencia, los textos dedicados a la renuncia a la condición.

Por último, el proyecto sugiere completar los textos actuales, sea para precisar el régimen de una sanción (nulidad de la obligación bajo condición potestativa

por parte del deudor), sea para generalizar a todas las condiciones la obligación de lealtad que textualmente solo se prevenía para la condición suspensiva, o en fin, para poner de manifiesto una condición simplemente extintiva, distinta de la condición resolutoria, lo que clarifica implícitamente la atribución controvertida de los riesgos en las transferencias bajo condición resolutoria.

En un punto singular el proyecto le vuelve la espalda al modelo redactado por la Comisión de reforma del Código Civil, al no abandonar el principio de retroactividad de la condición suspensiva una vez cumplida. Se decidió, en consecuencia, que un cambio brusco de posición no era convincente; la retroactividad se justifica a la vez en términos racionales y en términos prácticos, y prescindir de ella necesariamente obligaría a prevenir que durante la pendencia el deudor tiene que comportarse conforme a la buena fe y no hacer nada que atente contra los intereses de la otra parte, fórmulas que pueden considerarse vagas y complicadas. Ha de anotarse que el Código de Quebec conserva la retroactividad (art. 1506) y que todas las legislaciones o propuestas “europeas” contemporáneas que la descartan, la restablecen, sin embargo, cuando media la voluntad expresa de las partes. El presente proyecto procede en orden inverso; fiel al derecho actual, mantiene la retroactividad, con las salvedades de matizar sus *efectos* o permitir a las partes descartarla, si lo consideran preferible.

2. DE LAS OBLIGACIONES A TÉRMINO

La codificación actual suscita pocas dificultades, pero parece esquelética, comparada con las codificaciones más recientes: como son Quebec y sobre todo El Líbano. Se procura hacer presentes, expresamente, las nociones de término cierto e incierto y de término suspensivo y extintivo.

3. DE LAS OBLIGACIONES CON VARIOS OBJETOS

En este tema el Código ofrece pocas dificultades. Lo que se propone, en fin de cuentas, es redactarlo de manera más actual y regular la obligación facultativa.

PIERRE CATALA

Obligaciones solidarias e indivisibles
(arts. 1197 a 1217)

La materia de las obligaciones plurales es aquella a la que el anteproyecto aporta menos modificaciones: la inmensa mayoría de los artículos del Código Civil se conserva al pie de la letra o su sustancia se vuelve a encontrar en las reagrupaciones y los retoques de la redacción.

En el caso de las obligaciones solidarias, no se cambia nada a la solidaridad activa. En cuanto a la solidaridad pasiva, una sola propuesta nueva aparece en el artículo 1211, en el que la interpretación podrá fundarse para afinar el análisis de la modalidad.

Otra innovación esperada consiste en la desaparición de la obligación *in solidum* en materia de responsabilidad civil. No estando consagrada en el título de las obligaciones convencionales, es el artículo 1378, en el subtítulo de la responsabilidad civil, el encargado de formalizar su desaparición.

El único debate importante relativo a las obligaciones solidarias recayó sobre las condiciones de la solidaridad. Una opinión fuertemente argumentada sostenía que la solidaridad debía convertirse en el principio en materia civil, salvo convención en contrario, entre los codeudores de una obligación común (y lo mismo por activa entre acreedores).

Ello implicaba ajustar la ley civil a la regla comercial. Esta opinión no convenció a la mayoría del grupo de trabajo, al cual le pareció que los riesgos y los beneficios de este cambio radical habían sido mal medidos y eran difícilmente mensurables. El cambio parecía reñir por completo con el espíritu de protección del consumidor, que el Código Civil debe tener en cuenta, así no se considere casado con él. Además, cabía temer sorpresas desagradables para los codeudores civiles, cuando a uno de ellos le fuese reconocido el beneficio de las leyes relativas al sobre-endeudamiento.

Esa reforma, por lo demás, habría generado una distorsión en cuanto a la solidaridad entre los codeudores y los fiadores dentro de la perspectiva en que éstos están colocados por el artículo 2294 del proyecto de reforma de las garantías. En resumen, la opinión mayoritaria consideró que la conservación de la presunción actual generaría menos problemas que su inversión.

Tratándose de obligaciones indivisibles, se concluyó que el régimen de la obligación indivisible no merecía cambio alguno. A la inversa, la obligación divisible no es una modalidad de la obligación pero forma parte de su naturaleza cuando la indivisibilidad no es impuesta por la fuerza de los hechos, la ley o el convenio. Se suprimió, entonces, el párrafo del Código Civil relativo a la obligación divisible, y la regla del actual artículo 1220 se trasladó al artículo 1224-1 dentro del capítulo del pago.

JÉRÔME FRANÇOIS

RÉMY LIBCHABER

Extinción de las obligaciones

(arts. 1228 a 1250)

El capítulo v del título III del libro III del Código Civil, dedicado a la extinción de las obligaciones, en términos generales, se muestra adaptado a las necesidades actuales. En principio, fue suficiente un retoque, más que una reforma.

La subrogación y la novación desaparecieron de este capítulo, la primera debido a su efecto puramente traslativo; la segunda dada su proximidad preponderante a la noción de operación sobre crédito. Ambas reaparecen en el capítulo siguiente.

Por lo demás, el artículo 1218, que es el texto inicial del capítulo v, separa las instituciones que no son asimilables a las demás causas de extinción de la obligación. Se trata de la nulidad, de la resolución, de la pérdida de la cosa, del efecto de la condición resolutoria, que figuran actualmente en el listado del artículo 1234 del Código Civil. Otras causas de extinción conservan su validez, sin perjuicio de ciertos arreglos de fondo o de forma.

SECCIÓN I. DEL PAGO

Las disposiciones relativas al pago demandaron especial atención. La evicción del pago con subrogación necesitó una reforma del plan de conjunto. En adelante la sección comprenderá cuatro párrafos. En seguida de las disposiciones generales (§ I), otros tres párrafos se dedican a la imputación (§ II), a la prueba (§ III) y a la consignación con oferta de pago y la constitución en mora (§ IV).

Después de haber contemplado la noción de pago, las disposiciones generales (§ I) tratan las cuestiones relativas a las personas, al objeto del pago y a su régimen.

En lo que concierne a la noción de pago, el proyecto se limita a consagrar en el artículo 1219 una definición genérica, para retomar luego, en el artículo 1220, el 1235 actual relativo a la repetición del pago de lo no debido.

En lo que concierne a las personas, no se dan innovaciones importantes, exceptuando el artículo 1222, cuyo inciso 1.º sintetiza la jurisprudencia actual con insistencia en la buena fe del deudor. El segundo está destinado exclusivamente al pago electrónico, para el cual se exige que el acreedor garantice al deudor la seguridad del modo de pago propuesto.

En cuanto al objeto del pago, el proyecto conserva en sus artículos 1223, 1224 y 1224-1 las disposiciones de los actuales artículos 1243, 1244 y 1220 C. C., a tiempo que trae, hacia el futuro, en el artículo 1223 inciso 2.º una definición de la dación en pago, figura hasta hoy desprovista de reconocimiento legal.

Se introdujeron reglas específicas para las obligaciones monetarias. Así, el artículo 1225 consagra el principio del nominalismo monetario, con relación a todas las obligaciones contraídas en dinero, previsto en la actualidad sólo en

disposiciones específicas (cfr. en especial el art. 1895 relativo al préstamo). Pero el principio del nominalismo no se opone ni a la indización (principio recordado en el art. 1225-1), ni a la deuda de valor (art. 1225-2), ni, desde luego, a la producción de intereses y a su eventual capitalización (art. 1225-3 y 1225-4). Además, con incorporación de los aportes de la jurisprudencia en la materia se redactó un artículo nuevo (1226).

Por último, a propósito del régimen del pago (el lugar, la fecha, los plazos de gracia, la calidad de la cosa y los gastos del pago), se refrendaron ampliamente las disposiciones del Código Civil actual.

El párrafo II está dedicado a la imputación de los pagos, con modificación sustancial, pero racionalizada. En lo sucesivo se distinguirá entre la imputación de un pago parcial de una deuda única (art-1228) y la imputación de un pago, total o parcial, de una pluralidad de deudas (arts. 1228-1 a 1230).

El párrafo III relativo a la prueba del pago es nuevo, tanto en la forma como en el fondo. El artículo 1231 consagra el principio de la prueba por todos los medios, que se impone como la solución más razonable en la práctica, sobre todo con respecto a las obligaciones pecuniarias. Además, a esta regla probatoria se suman las presunciones de liberación (art. 1232 y 1232-1), tratadas en el Código Civil actual en el título de la remisión, a su turno reformada por el proyecto (cfr. infra).

SECCIÓN 2. DE LA REMISIÓN DE DEUDA

Habiéndose tratado las presunciones de liberación del deudor a propósito de la prueba (cfr. supra), se revisó la perspectiva de conjunto de la sección. Luego de un artículo (1237) que define la condonación de la deuda poniendo de presente su carácter convencional, se reglamentan sus efectos. Se trata de un mero retoque de las disposiciones actuales del Código Civil, con incorporación al artículo 1239-1 inciso 2.º de la regla jurisprudencial relativa a la remisión de la deuda del co-fiador solidario.

SECCIÓN 3. DE LA COMPENSACIÓN

Esta sección fue totalmente reformulada, con una subdivisión interna entre la compensación en general (§ 1) y la de las deudas conexas (§ 2).

En lo que hace a la compensación en general (§ 1), se acogieron las distintas modalidades desarrolladas por la jurisprudencia con base en las disposiciones insuficientes del Código Civil, para darle un régimen jurídico propio. De ahora en adelante se diferenciarán las compensaciones en legales, judiciales y convencionales.

Para el caso de la compensación legal, se retomaron en su conjunto las reglas del Código Civil. No obstante, se desechó la declaración contenida actualmente en el artículo 1290 C. C., en el sentido de que la compensación opera de pleno derecho, por considerarla producto de un error de redacción denunciado de tiempo atrás. Por ello, el artículo 1243 del proyecto adopta una nueva redacción adecuada a las necesidades del tráfico jurídico.

La compensación judicial, que apenas tiene asidero indirecto en el nuevo Código de Procedimiento Civil (arts. 70 inc. 2.º y 564), hace su entrada al Código Civil. Los artículos 1246 y 1246-1 del proyecto definen la noción y establecen su régimen, con base en las reglas jurisprudenciales actuales.

En fin, la posibilidad de compensar convencionalmente por fuera de las condiciones legales, está prevista por el artículo 1247.

A esta tipología que distingue entre esas tres compensaciones, se suma una modalidad particular y autónoma de compensación: la de las deudas conexas (§ II). En este caso, la compensación, cualquiera que sea su naturaleza (legal, judicial o convencional), puede producir efectos al margen de las condiciones establecidas en el párrafo primero. Este régimen de excepción, muy importante en la práctica, fue precisado en los artículos 1248 y 1248-1, que codifican los aportes de la jurisprudencia moderna.

SECCIÓN 4. DE LA CONFUSIÓN

Los artículos 1249 y 1249-1 retoman las disposiciones de los actuales artículos 1300 y 1301, casi al pie de la letra. Tratándose de los efectos de la confusión, el artículo 1249 se inclina por afirmar el carácter definitivo de la extinción operada por la confusión, mientras que la jurisprudencia se inclina, en algunas oportunidades, a favor de una simple parálisis. La redacción propuesta rescata la intención del codificador de 1804 al incluir la confusión entre las causas de extinción de la obligación.

PHILIPPE THÉRY

De la consignación con oferta de pago
(arts. 1233 a 1236)

Pese a ser inusitado que un acreedor rehúse el pago de lo que se le debe, el Código ha de aceptar la figura de un pago forzado a solicitud del deudor que pretende liberarse. Este procedimiento se encuentra organizado alrededor de las siguientes ideas:

– Dado que el procedimiento puede llevar a la liberación del deudor, hay que asegurar la seriedad de la oferta de pago, imponiendo al deudor la carga de consignar la cosa debida, de modo que el acreedor pueda retirarla sin formalidad especial.

– El deudor alcanza su liberación si el acreedor, habiendo tenido conocimiento de la oferta, no la rechazó. De no ser cierto el conocimiento de la oferta por el acreedor, la liberación del deudor será objeto de control por parte del juez.

– Los textos diferencian el tratamiento según la naturaleza de la cosa consignada. Los bienes distintos de una cantidad de dinero podrán ser vendidos a petición del deudor y su precio consignado a favor del acreedor, cuando este no los retiró dentro de un plazo razonable.

– Por último, pareció equitativo dejar de lado la regla según la cual el reconocimiento de la deuda interrumpe la prescripción. De ahí se sigue, en especial, que el deudor podrá hacerse restituir la cosa consignada si el acreedor dejó expirar el término de prescripción.

HERVÉ SYNVEY

Operaciones sobre créditos
(arts. 1251 a 1282)

El capítulo VI del proyecto de reforma es profundamente nuevo.

En cuanto a la forma, el capítulo agrupa, por primera vez, operaciones hasta ahora dispersas: la cesión de crédito es tratada en el Código Civil actual como una especie de venta (arts. 1689 y ss.); la subrogación personal se vincula al pago (arts. 1249 y ss.); la novación está prevenida como un modo de extinción de las obligaciones (arts. 1271 y ss.); la delegación es simplemente mencionada, en medio de las disposiciones dedicadas a la novación (arts. 1275 y 1276). Consideradas por el aspecto económico, esas operaciones se emparentan estrechamente: el crédito es considerado como un elemento de activo, llamado a circular o a constituir la base de creación de nuevas relaciones obligacionales. De ahí que un Código Civil renovado haya de organizar el comercio jurídico de los créditos de manera más homogénea.

Y en cuanto al fondo, el régimen de las cuatro operaciones mencionadas, hoy, o está marcado por la obsolescencia, o peca por la falta de precisión. La circulación de los créditos constituye una parte importante de la economía moderna, como quiera que envuelve la actividad diaria de los profesionales del dinero y del crédito, que tienen necesidad imperiosa de eficacia, seguridad y rapidez. Es forzoso reconocer que los textos del Código Civil adolecen al respecto de insuficiencias preocupantes, atendidas por regímenes especiales, creados por medio de leyes especiales, y luego por otros códigos. En el deseo de que el Código Civil no se convierta en un reservorio de derecho antiguo, es preciso proponer una renovación a fondo de las soluciones. Eso es lo que se ha hecho en el presente proyecto.

La cesión de crédito es concebida, no como una especie de venta, sino, de modo más abstracto y general, como “*un convenio por el cual el acreedor, cedente, transmite todo o parte de su crédito a un tercero cesionario*” (art. 1251). Todo acto a título particular es apto para dicho fin. Esta definición, amplia, permite acoger, sin dificultad, la cesión a título de garantía (art. 1257-1), innovación mayor, que permitirá al derecho francés superar el retraso en que desgraciadamente cayó con relación a varios de sus homólogos europeos.

El segundo elemento de modernización es la consagración de la posibilidad de ceder créditos futuros (“*por nacer*”, dice el art. 1252. Poco importa, por ejemplo, que el contrato del que habrá de surgir el crédito no se haya celebrado, o ni siquiera esté en proyecto, al momento de la cesión). Y la eficacia de la operación se presenta con la indicación de que es suficiente que el acto de cesión contenga los elementos que permitan, *llegado el momento*, la identificación del crédito cedido (art. 1252). Tales los “*flujos de crédito*” cuya transmisión podrá ser organizada en adelante, con una buena seguridad jurídica, bajo el régimen del Código Civil.

La tercera novedad es el abandono del demasiado célebre artículo 1690. La exigencia de notificación por acto extrajudicial (o su sucedáneo, que es la aceptación del deudor mediante documento privado) constituía una formalidad pesada y, a menudo, desalentadora. El sistema propuesto es hartamente diferente. Se basa en una regla de forma (“*so pena de nulidad, la cesión de crédito debe probarse por escrito*”: art. 1253), y en una distinción: tanto en cuanto a las relaciones entre las partes como en lo que respecta a los terceros, la transmisión del crédito se consuma desde la celebración del acto (art. 1254). Las formalidades de publicidad- oponibilidad desaparecen. Una regla probatoria, relativa a la fecha del acto (art. 1254 inc. 2.º), permite conjurar el riesgo de antedata. En cambio, tratándose de la oponibilidad de la operación al deudor cedido, se exige su notificación por escrito (pero sin que sea necesaria intervención alguna de funcionario público): simplemente es menester que el deudor sepa, sin ambigüedad, a quién debe pagar.

Si a esto se agrega que el artículo 1257 reglamenta de modo preciso la cuestión, a menudo contenciosa, de la oponibilidad de las excepciones, todo hace pensar que el nuevo régimen de la cesión de crédito responde a las necesidades de sus usuarios y hará regresar al tronco del derecho común operaciones que lo habían dejado al margen.

En sus disposiciones relativas a la subrogación personal, el proyecto de reforma es, con mucho, una obra de consolidación. Consolidación en cuanto a la función de la subrogación, que se convierte en un mecanismo de transmisión de los créditos, que compite con la cesión, lo que justifica el traslado de la materia de la sección consagrada al pago a este nuevo capítulo relativo al conjunto de las operaciones sobre créditos. La definición mantiene, sin embargo, su vínculo con la tradición, con la nota de que la subrogación se produce en favor de quien paga (art. 1258). Consolidación también en cuanto al régimen: los casos de subrogación legal se conservan intactos, aun cuando con alteración de su orden, en atención a la respectiva importancia práctica (art. 1259); se morigeran la exigencia de concomitancia entre la subrogación y el pago, de conformidad con las orientaciones trazadas por la jurisprudencia (art. 1260 inc. 3.º); se realiza su efecto traslativo, tanto en su extensión (crédito y accesorios) como en cuanto a la oponibilidad a los terceros (dispensada de formalidad, incluso cuando está en discusión la oponibilidad de la transferencia de las garantías que respaldan el crédito).

La novedad atañe a la subrogación “*ex parte debitoris*”. En primer lugar, el artículo 1261 inciso 1.º, del proyecto cambia la jurisprudencia clásica, según la cual la subrogación opera sólo si el pago lo hace el subrogado mismo, y no si el deudor toma en préstamo para pagar su deuda a un acreedor dispuesto a

otorgar un recibo con precisión del origen del dinero. Seguidamente, el inciso 2.º del mismo artículo resuelve la cuestión, por demás discutida, de las condiciones a las cuales el deudor puede someter la subrogación en favor de un nuevo prestamista, llamado a “refinanciar” la operación (a una tasa de interés, naturalmente, más favorable). El respeto de la fuerza obligatoria de las convenciones proporcionó el criterio: para que el deudor pueda subrogar por sí solo, es menester que la deuda se encuentre vencida o que el término o plazo se haya establecido en su favor.

La novación es objeto de una definición de que hasta ahora carecía. Es “una convención que tiene por objeto sustituir una obligación que extingue, por una obligación diferente que crea” (art. 1265). Se pone así de presente el efecto sustitutivo de la operación, que contrasta con el efecto traslativo de la cesión de crédito y de la subrogación personal. Igualmente se subraya la necesidad de una diferencia entre las dos obligaciones sucesivas: inclusive para el caso de novación por cambio de objeto, el artículo 1266, 3.º, indica que *“hay novación cualquiera que sea la diferencia introducida entre la obligación antigua y la nueva”* (se espera que esta precisión ponga término a una jurisprudencia aleatoria sobre las circunstancias que excluyen la novación).

La novedad del régimen consagrado no altera la clasificación propuesta de las diferentes maneras en que opera la novación (se conserva la trilogía: novación por cambio de deudor, novación por cambio de acreedor y novación por cambio de objeto), ni la exigencia de una voluntad inequívoca de novar. Así mismo mantiene la libertad reconocida a las partes de organizar, por anticipado, la novación, para hacer de ella un instrumento eficaz de gestión de los créditos, susceptible de constituir una alternativa útil a la cesión. Dos disposiciones son esenciales a este respecto. Por una parte, el artículo 1270 inciso 1.º, según el cual *“la novación por sustitución de un nuevo acreedor puede tener lugar si el deudor aceptó, de antemano, que el nuevo acreedor fuera designado por el primero”*. Por otra parte, el artículo 1271 introduce una excepción al efecto extintivo de la novación en cuanto a las garantías: *“salvo que estas últimas hayan sido o sean expresamente reservadas con el consentimiento de todos los interesados”*. Dada la flexibilidad introducida, el derecho francés les permitiría a los profesionales utilizar, a semejanza de sus colegas, en condiciones competitivas, la novación como marco jurídico de operaciones de refinanciación.

La delegación, sin duda, podría continuar, practicándose discretamente, libre de las rigideces que introduce inevitablemente la intervención legislativa. En fin de cuentas, lo esencial es aquí la libertad contractual, que particularmente está llamada a ejercerse a propósito de la determinación del objeto de la obligación del delegado. Sin embargo, pareció útil fijar en el Código Civil los contornos

de la institución, a la vez que para evitar las incertidumbres que originan algunas discusiones doctrinales, para combatir iniciativas jurisprudenciales poco propicias al desarrollo de la delegación. En este orden de ideas, el artículo 1276 precisa que “*la delegación es válida incluso cuando el delegante no es deudor del delegatario o el delegado no es deudor del delegante*”: por ello, no se puede negar que el delegado puede comprometerse “en descubierto”. El punto de la inoponibilidad de las excepciones es regulado prudentemente, introduciendo, a la vez, la noción de “*compromiso expresamente estipulado independientemente*” y la salvedad de la convención en contrario. Lo esencial es el resultado: las partes podrán, mediante cláusulas adecuadas, privar al delegado de la posibilidad de prevalerse de excepciones ajenas a la relación que lo une al delegatario, lo que sin duda es una de las ventajas de la delegación. El artículo 1281 inciso 1.º, según el cual “*el compromiso del delegado para con el delegatario hace indisponible el crédito del delegante para con el delegado, crédito que no puede ser cedido ni embargado*”, muestra las consecuencias del rigor singular con que se puede tratar la obligación del delegado. Éste no tiene por qué quedar expuesto a tener que pagar dos veces: primero a un cesionario o a un acreedor que obtiene el embargo de los derechos del delegante, y luego al delegatario, a quien no podría oponer excepción derivada de sus relaciones con el delegante. De ahí que se proponga un sistema coherente, que haga de la delegación un mecanismo seguro.

PHILIPPE STOFFEL-MUNCK

Prueba de las obligaciones

(arts. 1283 a 1326-2)

El proyecto de reforma no introduce cambios radicales al capítulo de las pruebas. Los principios y las distinciones que han gobernado la materia desde 1804, demostraron su valor y se afirmaron en la práctica sin mayores dificultades.

No habiendo necesidad alguna de tocar el fondo en la materia, la prudencia impuso abstenerse de cualquiera audacia improvidente en una cuestión de empleo cotidiano. Así, pareció preferible renunciar a avanzar en una definición general de la prueba o tomar partido sobre la cuestión, aún controvertida, de la exigencia de lealtad en su búsqueda. Esta prudencia era tanto más aconsejable cuanto que la ley del 13 de marzo de 2000 ya había introducido reformas al adaptar el Código a las nuevas tecnologías y aportar varias precisiones importantes, especialmente en cuanto a las nociones de documento y de firma.

Sobre el fondo, el proyecto de reforma se limita, entonces, a trasplantar los avances de la jurisprudencia, a fin de completar el cuerpo actual de los principios legales, si que también a aportar algunas precisiones menores inéditas, como la sustracción del documento electrónico a la regla del doble original (art. 1296).

Sobre la forma, en cambio, una clarificación pareció, en general, útil, tanto a propósito del índice de materias del capítulo, como sobre el detalle de sus disposiciones.

En cuanto al fondo, en primer lugar, el proyecto conserva los principios tradicionales:

- El mecanismo de asignación de la carga de la prueba no sufrió modificaciones (art. 1283);

- Se mantiene la distinción entre la prueba de los hechos y la de los actos jurídicos (art. 1284);

- Se toma de la ley del 13 de marzo de 2000 (arts. 1285 y 1286) la definición de documento y de firma necesarios para la prueba documental;

- El principio de libertad de la prueba de los hechos se afirma expresamente en la ley (art. 1287), y se conserva la exigencia de la prueba documental (art. 1306);

- Se acepta la licitud de los convenios sobre la prueba, conforme a la jurisprudencia, y dentro ciertos límites (art. 1289), y

- La regla pretoriana que indica que “nadie puede constituir por sí solo título a su favor” pasa a ser precepto legal (art. 1299).

En lo que hace a la forma, el proyecto remodela el índice del capítulo consagrado a las pruebas, de modo de hacer más evidentes las grandes divisiones conceptuales de la materia. Dicho capítulo consta de cuatro secciones.

La primera sección está dedicada a las “disposiciones generales” (arts. 1283 a 1290). Se trata de un verdadero “título preliminar”, que reúne los principios

que gobiernan el conjunto de la prueba de las obligaciones. Las otras secciones reglamentan los distintos medios de prueba en singular.

La sección segunda define las condiciones de forma de la prueba documental, también denominada prueba literal, y fija su valor (arts. 1291 a 1305). Distingue clásicamente el documento público auténtico de la escritura privada, y regula el mérito de las copias y de los actos de reconocimiento. Esta sección no contiene innovación especial frente al derecho positivo, excepto la sustracción del documento electrónico a la regla del doble original (art. 1296). En cambio consolida varias soluciones jurisprudenciales. Expresamente indica que la exigencia de una mención de la parte que se compromete constituye mera condición de prueba del acto (art. 1297).

La sección tercera fija el ámbito de la exigencia de prueba documental. En lo esencial toma los artículos 1341 a 1348 C. C. actual, y simplemente añade, conforme a la jurisprudencia, que el principio de prueba por escrito tiene que ser completado (art. 1312).

La sección cuarta detalla las reglas propias de las presunciones y de la confesión juramentada. No contiene mayor innovación del derecho positivo, simplemente vierte al texto varias soluciones pretorianas. Así, se acoge la jurisprudencia que admite que las presunciones de hombre pueden resultar de indicios graves y precisos o concordantes (art. 1318). Este artículo agrega que tales presunciones son siempre susceptibles de prueba en contrario. Del mismo modo precisa el mecanismo de la presunción legal (art. 1317).

Sobre la forma, igualmente, el proyecto procura clarificar ciertas reglas sin tocar el sentido. El ejemplo más nítido es la reformulación de la regla ancestral contenida en el actual artículo 1341 C. C. Allí donde este dispuso que “se debe otorgar por ante notario o mediante documento privado todo acto relativo a cosa cuyo valor exceda de una suma o un valor fijado por decreto”, el nuevo texto dispone, de manera más sencilla, que “se debe constituir prueba documental de los actos jurídicos que exceden de una suma o un valor fijado por decreto” (art. 1306). La noción de prueba documental fue definida en la sección anterior a la que introduce el nuevo artículo.

Tratándose de pruebas, la esperanza de los redactores del proyecto es haber clarificado el vocabulario, los conceptos y la formulación de las reglas, haber ordenado más lógicamente la exposición y actualizado el fondo con la integración del aporte pretoriano. De ello debería seguirse una mejor comprensión del derecho positivo, sin mayor modificación de su contenido, en cuanto las necesidades de la práctica parezcan satisfechas dentro del estado actual de la materia.

GÉRARD CORNU
Quasi-contratos
(arts. 1327 a 1339)

Los cuasi-contratos se mantienen en el proyecto como una fuente de obligación, tal como se encuentran en el Código Civil. Sin duda, este punto es objeto de controversia en la legislación. Pero, dada la toma de partido legislativa en la que el proyecto se afirma, esa reiteración era apenas natural. Habría sido menester adoptar una posición maximalista, que no era la suya, para introducir cambios radicales en la teoría de las fuentes de la obligación hasta el punto de eliminar el cuasi-contrato, entre el contrato y el delito. Hoy todo el mundo sabe que, lejos de ser obsoleta, esta clasificación concuerda con la división mayor de los actos jurídicos y los hechos jurídicos que el tablero de las fuentes presenta en el encabezamiento del proyecto (arts. 1101 y s.): de un lado, los actos jurídicos convencionales, unilaterales o colectivos; del otro, los hechos jurídicos dañinos o benéficos.

Justamente, es la noción misma de cuasi-contrato, tal como resulta del análisis brillante de JEAN CARBONNIER, la que legitima —exige— su conservación. No es un depósito de baratijas. Es un concepto. Así como la jurisdicción graciosa no es todo lo que no es jurisdicción contenciosa, sino, paralelamente, una función judicial definida, los cuasi-contratos no son una amalgama de hechos residuales informes. Frente al daño causado sin derecho, un provecho recibido sin derecho: en este punto común se reúnen todos los cuasi-contratos. De ahí la definición general dada preventivamente (art. 1327). En el seno de esta categoría genérica, vienen naturalmente a ordenarse las dos aplicaciones específicas de la tradición, la gestión de negocios y el pago de lo no debido, si que también, proveniente de la costumbre, el principio general de que nadie puede enriquecerse sin causa en detrimento de otro. El conjunto es coherente.

Otra razón para no revolver la materia es el propio valor de los aportes de la tradición y de la interpretación. Los regímenes de la gestión de negocios y del pago de lo no debido son el producto de soluciones lógicas y de sentido común. Las disposiciones que los regulan son en gran parte sencillas, claras y firmes. Muchos artículos conservan su contenido original. Y la teoría general del enriquecimiento sin causa, diminutivo menos ambicioso y más razonable de la teoría amplia del enriquecimiento injusto, y técnicamente encuadrado por la subsidiariedad (art. 1338), emana directamente de la enseñanza doctrinal y de la jurisprudencia. Es la consagración de una experiencia adquirida, no de un avance imprudente.

Sin embargo, la revisión marca la materia con su huella. Sobre numerosos puntos extrajo de la interpretación imperante soluciones que constituyen verdaderos progresos. Que la gestión de negocios pueda consistir en actos materiales y no solamente en actos jurídicos (art. 1328), que también pueda ser emprendida no sólo en el interés exclusivo de otro, sino también en el interés común

de otro y del gestor (art. 1329), son extensiones afortunadas, que se alcanzaron por consenso. Otro consenso oportuno se dio al asimilar, al pago por error, el pago bajo coacción (art. 1332), o, el abandono de una garantía a la supresión del título (ibíd.). Otros retoques, en detalle, ponen de relieve puntos decisivos. Noción clave, la utilidad de la gestión, debía ser expuesta en el primer rango de las condiciones de la obligación del dueño del negocio (art. 1328-3). La referencia al cuerpo cierto debía reemplazar a aquella —no pertinente— al bien mueble corporal en el artículo 1334, y a la hipótesis de la mala fe contemplada y reglamentada en el artículo 1334-1.

Con todo, el proyecto contiene verdaderas innovaciones¹: la idea de tener en cuenta, en la indemnización del gestor, las pérdidas que habría sufrido, con exclusión de toda remuneración (art. 1328-1) y, en especial, el reenvío, bien inspirado, al enriquecimiento sin causa de las acciones del gestor que no respondan exactamente a las condiciones de la gestión de negocios (art. 1329-1). Este rescate subsidiario muestra bien el vínculo que une, dentro del conjunto, los cuasi-contratos, la ilustración específica de la gestión de negocios y la teoría general dotada de una vocación residual. En fin, las reglas de la restitución se extienden al caso en que el pago de lo debido pierde su causa por el efecto de una anulación o de una resolución. Este caso se sale del elenco. El pago no fue indebido, sino que vino a resultar sin causa. Entra así en la lógica de la ausencia de causa, lo que justifica la extensión analógica.

La observación vuelve fundamentalmente por la unidad de materia. La figura tradicional de la gestión de negocios se muestra fiel a sus orígenes y al hilo conductor de la etimología, como un cuasi-mandato. Pero, después de todo, es la teoría de la causa la que une a la trilogía. El pago es indebido a condición de que no proceda ni de una intención liberal, ni de una obligación natural, ni de otra causa (art. 1330 inc. 2.º). Análogamente, el enriquecimiento es sin causa cuando (y en cuanto) la pérdida del empobrecido no procede de su intención liberal frente al enriquecido, ni del cumplimiento de una obligación a la que estaría sujeto en virtud de ley, de sentencia, o en virtud de contrato o de la persecución de un interés personal (art. 1337). Por su parte, la administración del gestor de negocios no tiene título. Este fundamento radical común podría llevar a pensar que, si en materia contractual se dudaba de la legitimidad de la causa, ésta podría encontrar apoyo en los cuasi-contratos, lo que descubriría un punto de coherencia en el centro de la teoría general de las obligaciones. A la presencia de la causa en el contrato corresponde la ausencia de causa en el cuasi-contrato.

1 Se han tomado con base en las sugerencias de M. A. BENABENT.

Título III
“De las obligaciones”

CAPÍTULO PRELIMINAR
DE LA FUENTE DE LAS OBLIGACIONES
(ARTS. 1101 A 1101-2)

Artículo 1101*. Las obligaciones nacen de actos o de hechos jurídicos.

Algunas obligaciones nacen igualmente de la sola disposición de la ley, como las obligaciones de vecindad y las cargas públicas**, y de ellas se tratará en las materias que les conciernen.

** Aquí se reemplaza y amplía el artículo 1370 C. C. actual.*

*** Así la tutela –cfr. art. 427 C. C.–.*

Artículo 1101-1. Los actos jurídicos son los actos de voluntad destinados a producir efectos jurídicos.

El acto jurídico convencional o convención es el acuerdo celebrado entre dos o más personas con miras a producir tales efectos.

El acto jurídico unilateral es el acto realizado por una sola persona o por varias unidas en consideración a un mismo interés con miras a producir efectos jurídicos en los casos admitidos por la ley o por la costumbre.

El acto jurídico colectivo es la decisión tomada colegiadamente por los miembros de una colectividad.

El acto unilateral y el acto colectivo están sometidos, en cuanto a su validez y a sus efectos, a las reglas que gobiernan las convenciones.

Artículo 1101-2. Los hechos jurídicos son comportamientos o acontecimientos a los que la ley asigna efectos jurídicos.

El hecho que le procura un provecho a una persona que no tiene derecho a él, constituye un cuasi-contrato. Las obligaciones que se derivan de él se rigen por las normas del sub-título “De los cuasi-contratos”.

El hecho que, sin derecho, causa daño a otro, obliga a su autor a repararlo. Esta obligación está regulada por las normas del sub-título “De la responsabilidad civil”.

Notas complementarias sobre el capítulo preliminar:

1) *Se emplea la palabra “fuente”, lo cual no carece de utilidad.*

2) *Se resalta la clasificación mayor de los actos jurídicos y los hechos jurídicos.*

3) *Así como el artículo relativo a los actos jurídicos distingue las tres especies, el artículo consagrado a los hechos jurídicos distingue los hechos dañinos y los cuasi-contratos, y en cada uno de esos órdenes se emplea la terminología moderna en consonancia con las nociones tradicionales.*

4) *En lo que concierne a la responsabilidad extra-contractual (délictuelle) y a la responsabilidad civil contractual, las dos se aproximan bajo el manto de la responsabilidad, lo cual muestra una toma de partido esencial del proyecto.*

5) *Inspirada en una sugerencia de Carbonnier y en una contraposición científicamente exacta, entre “daño causado” sin derecho y “provecho obtenido” sin derecho, la noción de cuasi-contrato se configura con sus elementos esenciales. La definición más elaborada aparece en el artículo 1327 del proyecto.*

6) *Los cuasi-contratos encuentran su colocación natural en seguida de los contratos (sub-título II), lo que permite guardar cierta distancia entre los contratos y el conjunto reagrupado de hechos jurídicos dañinos e incumplimientos contractuales, fuente de responsabilidad civil.*

SUB-TÍTULO I
DEL CONTRATO Y DE LAS OBLIGACIONES
CONVENCIONALES EN GENERAL
(ARTS. 1102 A 1326-2)

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

SECCIÓN I
DEFINICIONES
(ARTS. 1102 A 1103)

Artículo 1102. El contrato es una convención por la cual una o varias personas se obligan para con otra u otras, a ejecutar una prestación.

Artículo 1102-1. El contrato es sinalagmático o bilateral cuando los contratantes se obligan recíprocamente unos para con otros.

Es unilateral cuando una o varias personas se obligan para con una o varias sin que haya un compromiso recíproco entre ellas.

Artículo 1102-2. El contrato es a título oneroso cuando cada una de las partes aspira a recibir de la otra un provecho como contrapartida de lo que ella le concede.

El contrato es a título gratuito cuando una de las partes pretende concederle a la otra un provecho sin recibir contrapartida.

Artículo 1102-3. El contrato es conmutativo cuando cada una de las partes se compromete a otorgarle a la otra un provecho que se considera como el equivalente de lo que ella recibe.

El contrato es aleatorio cuando las partes, sin buscar la equivalencia de la contraprestación convenida, incluyen una eventualidad de ganancia o de pérdida para cada una o para algunas de entre ellas, en razón de un acontecimiento incierto.

(Obs.: Se tiene presente el art. 1964).

Artículo 1102-4. El contrato es consensual cuando se forma por la sola manifestación de los consentimientos, cualquiera que sea el modo de su expresión.

El contrato es solemne cuando su formación está subordinada, so pena de nulidad, a las formalidades determinadas por la ley.

Artículo 1102-5. Contrato de adhesión es aquel cuyas condiciones, sustraídas a discusión, son aceptadas por una de las partes tales como la otra las determinó unilateralmente con anterioridad.

Con todo, a dicho contrato se le pueden agregar condiciones particulares sujetas a negociación.

Artículo 1102-6. El contrato marco es un acuerdo de base por medio del cual las partes acuerdan negociar, establecer o mantener relaciones contractuales cuyas características esenciales determina.

Las convenciones que lo aplican precisan las modalidades de su ejecución, especialmente la fecha y el volumen de las prestaciones, así como, llegado el caso, su precio.

Artículo 1103. Los contratos, tengan o no una denominación propia, están sometidos a las reglas generales que son objeto del presente título.

Las reglas particulares de ciertos contratos se encuentran, ya en los títulos del presente Código relativos a cada uno de ellos, ya en otros códigos y leyes, especialmente en las materias relativas al cuerpo humano, los derechos intelectuales, las operaciones comerciales, las relaciones de trabajo y la protección al consumidor.

Los contratos innominados están sometidos, por analogía, a las reglas aplicables a los contratos semejantes, en la medida en que su especificidad no se oponga a ello.

SECCIÓN 2
DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO
(ARTS. 1104 A 1107)

§ 1. De la negociación

Artículo 1104. La iniciativa, el desarrollo y la ruptura de las negociaciones son libres, pero deben satisfacer las exigencias de la buena fe.

El fracaso de una negociación no puede ser fuente de responsabilidad sino en cuanto sea imputable a la mala fe o a la culpa de una de las partes.

Artículo 1104-1. Las partes pueden, mediante un acuerdo de principio, comprometerse a negociar posteriormente un contrato cuyos elementos habrán de determinar, y a concurrir de buena fe a su determinación.

Artículo 1104-2. El régimen de los acuerdos destinados a regular el desarrollo o la ruptura de las negociaciones, está sometido a las disposiciones de este sub-título.

§ 2. De la oferta y de la aceptación

Artículo 1105. La formación del contrato exige el encuentro de varias voluntades firmes y precisas de comprometerse.

Artículo 1105-1. La oferta es un acto unilateral determinante de los elementos esenciales del contrato, cuyo autor propone a una persona determinada o indeterminada, y con el cual expresa su voluntad de vincularse en caso de aceptación.

Artículo 1105-2. La oferta puede ser revocada libremente en cuanto no haya llegado al conocimiento de su destinatario o si no ha sido aceptada válidamente dentro de un término razonable.

Artículo 1105-3. La oferta caduca por falta de aceptación dentro del término fijado por su autor, como también en caso de incapacidad o de muerte de este sobrevinida antes de su aceptación. Igualmente se extingue cuando su destinatario la rechaza.

Artículo 1105-4. Sin embargo, cuando la oferta dirigida a una persona determinada comporta el compromiso de mantenerla durante un término preciso, ni su revocación prematura, ni la incapacidad del oferente, ni su deceso impiden la formación del contrato.

Artículo 1105-6. La aceptación es un acto unilateral por el cual su autor expresa la voluntad de vincularse en los términos de la oferta.

Una aceptación no conforme con la oferta carece de efecto, salvo el de constituir una nueva oferta.

Artículo 1506. A falta de disposiciones legales y de estipulaciones convencionales, de costumbres profesionales o de circunstancias particulares, el silencio no vale como aceptación.

§ 3. *De la promesa unilateral de contrato y del pacto de preferencia*

Artículo 1106. La promesa unilateral de contrato es la convención por la cual una parte promete a otra, que acepta dicho giro, concederle la exclusividad para la celebración de un contrato cuyos elementos esenciales están determinados, y para cuya formación falta solamente el consentimiento del beneficiario.

La retractación del promitente durante el término otorgado al beneficiario para expresar su consentimiento no impide la formación del contrato prometido.

El contrato celebrado con un tercero es inoponible al beneficiario de la promesa, sin perjuicio de los efectos derivados de las reglas que aseguran la protección de los terceros de buena fe.

Artículo 1106-1. El pacto de preferencia en un contrato futuro es la convención por la cual, quien se mantiene libre de celebrarlo, se compromete, en caso de decidirse a celebrarlo, a ofrecer al beneficiario la prioridad de contratar con él.

El promitente está obligado a poner en conocimiento del beneficiario toda oferta relativa al contrato sujeto a la preferencia.

El contrato celebrado con un tercero es inoponible al beneficiario de la preferencia, sin perjuicio de las reglas que aseguran la protección de los terceros de buena fe.

§ 4. *De la fecha y del lugar de formación*

Artículo 1107. A falta de estipulación en contrario, el contrato se perfecciona con la recepción de la aceptación, y se considera celebrado en el lugar en el que se recibió la aceptación.

CAPÍTULO II
DE LAS CONDICIONES ESENCIALES PARA
LA VALIDEZ DE LAS CONVENCIONES

Artículo 1108. Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención:

- el consentimiento de las partes contratantes;
- su capacidad de contratar;
- un objeto que constituya la materia del compromiso;
- una causa que justifique el compromiso.

A ellos se suma, para el acto realizado por el representante de una de las partes, el poder de obrar a nombre de ella.

La forma de las convenciones está regulada en los artículos 1127 y siguientes.

(Nota: El término “poder” es polisémico, pero en el ámbito de la representación se muestra en su sentido específico más puro –Carbonnier y Gaillard– como una de las condiciones de validez del acto celebrado por el representante. Hay lugar, pues, a enunciarlo así en este título, dentro del artículo 1108. Es una condición ocasional –para el caso de representación– pero, en dicha hipótesis, es esencial.

La noción de poder también aparece en cabeza de la persona capaz que obra por sí misma. Pero allí se trata de otra noción, y, como condición, está regulada en cada institución por las normas correspondientes. Por ejemplo: los “poderes” de los esposos en virtud de los regímenes matrimoniales, los “poderes” del propietario, del usufructuario, del tenedor precario, etc. En lo que hace a las convenciones en general, no es una condición general de validez. Por ello se hace abstracción de él).

SECCIÓN I
DEL CONSENTIMIENTO
(ARTS. 1109 A 1115-1)

SUB-SECCIÓN I
DE LA EXISTENCIA DEL CONSENTIMIENTO

Artículo 1109. Para celebrar una convención válida, es necesario estar sano de mente.

A quien demanda la nulidad le incumbe probar la presencia de una perturbación mental en el momento del acto.

Artículo 1109-1. No hay consentimiento cuando las voluntades no coinciden sobre los elementos esenciales del acto.

Artículo 1109-2. La ausencia de consentimiento afecta a la convención de nulidad relativa.

SUB-SECCIÓN 2
DE LA CALIDAD DEL CONSENTIMIENTO

§ 1. *De la integridad del consentimiento*

Artículo 1110. El contratante que conoce o debe conocer una información cuya importancia sabe que es determinante para la contraparte, tiene el deber de transmitírsela.

Sin embargo, este deber de información no se da sino en favor de quien estuvo en imposibilidad de informarse por sí mismo o de quien pudo confiar legítimamente en su contraparte, especialmente en razón de la naturaleza del contrato o de la calidad de las partes.

A quien se pretende acreedor de la obligación de información incumbe la prueba de que la otra parte conocía o debía conocer la información retenida, en tanto que quien tiene la información habrá de probar que satisfizo su deber.

Se considerarán pertinentes las informaciones que tengan una relación directa y necesaria con el objeto o la causa del contrato.

Artículo 1110-1. El incumplimiento del deber de información, aun sin intención de engañar, compromete la responsabilidad de aquel que debía cumplirlo.

Artículo 1110-2. En algunas convenciones determinadas por la ley, el consentimiento no se hace definitivo e irrevocable sino a la expiración de un término de reflexión o de arrepentimiento.

Término de reflexión es aquel hasta cuya expiración el destinatario de la oferta no puede consentir eficazmente en el contrato.

Término de arrepentimiento es aquel hasta cuya expiración está permitido al destinatario de la oferta retirar discrecionalmente su consentimiento en el contrato.

§ 2. De los vicios del consentimiento

Artículo 1111. No hay consentimiento válido si se prestó por error, o fue sorprendido por dolo, o arrancado con violencia.

(*Art. 1109 C. C.*).

Artículo 1111-1. El error, el dolo y la violencia vician el consentimiento si son de tal naturaleza que, sin ellos, una de las partes o su representante no habría contratado o habría contratado en condiciones diferentes.

Su carácter determinante se aprecia teniendo en consideración las personas y las circunstancias.

Artículo 1112. El error no es causal de nulidad de la convención sino cuando recae sobre la sustancia de la cosa que es objeto de ella o sobre la persona del contratante.

Artículo 1112-1. Por error sobre la sustancia de la cosa se entiende aquel que recae sobre las calidades esenciales en cuya consideración contrataron ambas partes, o una sola de ellas con conocimiento de la otra.

Es causal de nulidad cuando recae sobre la prestación de cualquiera de las partes.

La aceptación de un alea sobre una calidad de la cosa excluye el error relativo a dicha calidad.

Artículo 1112-2. Se considera error sobre la persona aquel que recae sobre las calidades esenciales de la contraparte.

Solo será causa de nulidad en los contratos celebrados en consideración de la persona.

Artículo 1112-3. El error sobre la sustancia o el error acerca de la persona es causal de nulidad, sea de hecho o de derecho, a menos que sea inexcusable.

Artículo 1112-4. Cuando, sin equivocarse sobre las calidades esenciales de la cosa, el contratante simplemente hace una estimación económica inexacta de ella, este error sobre el valor no es, de suyo, causal de nulidad.

Artículo 1112-5. El error sobre un simple motivo, ajeno a las calidades esenciales de la cosa o de la persona, no es causal de nulidad sino cuando las partes expresamente hicieron de él un elemento determinante de su consentimiento.

Artículo 1113. El dolo es el hecho de que un contratante sorprenda el consentimiento del otro con maniobras o mentiras.

(Obs.: se repite el verbo del art. 1111 -1109 C. C.-).

Artículo 1113-1. Constituye igualmente dolo la disimulación intencional por uno de los contratantes de un hecho que de haber sido conocido por su contraparte, la habría disuadido de contratar, a lo menos en las condiciones convenidas.

Artículo 1113-2. Hay dolo si emana del representante, gestor de negocios, comisionado o de quien promete el hecho de un tercero, o inclusive de un tercero por instigación o con la complicidad de la parte.

Artículo 1113-3. El error provocado por el dolo es siempre excusable. Es causa de nulidad aun si recae sobre el valor de la cosa que es objeto del contrato o sobre un simple motivo de este.

Artículo 1114. Hay violencia cuando una parte se compromete bajo la presión de una amenaza que le produce el temor de ver expuesta su persona, su fortuna o las de sus allegados a un mal considerable.

Artículo 1114-1. La amenaza de ejercicio de un derecho no constituye violencia sino en caso de abuso. Hay abuso cuando el ejercicio del derecho se desvía de su fin o se hace para obtener un provecho manifiestamente excesivo.

Artículo 1114-2. La violencia vicia el consentimiento de la parte que se obliga, cuando ha sido ejercida por la otra parte o por un tercero, y no solamente cuando ha sido ejercida sobre la parte contratante, sino también cuando lo ha sido sobre su cónyuge o alguno de sus allegados.

El mero temor reverencial frente al padre, la madre u otro ascendiente, sin que se haya ejercido violencia, no basta para anular el contrato.

(Obs.: se emplean de nuevo los tres artículos actuales: 1111, 1113, 1114).

Artículo 1114-3. Hay igualmente violencia cuando una parte se compromete bajo el imperio de un estado de necesidad o de dependencia, si la otra parte explota esta situación de debilidad para obtener de la convención una ventaja manifiestamente excesiva.

La situación de debilidad se aprecia de acuerdo con el conjunto de circunstancias, teniendo en cuenta especialmente la vulnerabilidad de la parte que la sufre, la existencia de relaciones anteriores entre las partes y su desigualdad económica.

Artículo 1115. La convención celebrada por error, dolo o violencia da lugar a una acción de nulidad relativa.

Independientemente de la anulación del contrato, la violencia, el dolo o el error que cause daño a una de las partes, obliga a quien lo ocasionó con su culpa a la reparación.

Las acciones fundadas en un vicio de la voluntad provienen de una sola y misma causa que las hace fungibles.

Artículo 1115-1. El término de la acción de nulidad no corre en los casos de violencia sino desde el día en que esta cesó; en el caso de error o de dolo, desde el día en que fueron descubiertos.

SECCIÓN 2

DE LA CAPACIDAD DE LAS PARTES CONTRATANTES Y DEL PODER PARA OBRAR A NOMBRE DE OTRO (ARTS. 1116 A 1120-2)

§ 1. De la capacidad de goce

(Nota: hay lugar a poner el acento en la capacidad de las partes contratantes para resaltar la diferencia entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio —§ 2— y, como lo accesorio sigue a lo principal, el poder para obrar a nombre ajeno —§ 3—).

Artículo 1116. Para que el compromiso sea válido es necesario que el contratante tenga capacidad de goce, o sea aptitud para ser titular del derecho.

(Nota: la inclusión de una definición al final de la frase se inspira en el precedente ejemplar de la definición de la tutela –art. 427–. Lo esencial es dar una idea de la capacidad de goce como participación en la actividad jurídica).

Artículo 1116-1. Toda persona física posee, en cuanto sujeto de derecho, capacidad general de goce.

Esta capacidad solo está restringida por las incapacidades y las prohibiciones establecidas con relación a determinados actos.

Artículo 1116-2. Así, le está prohibido, salvo autorización judicial, a quienquiera que ejerza una función o tenga un empleo en un establecimiento de albergue de personas dependientes o que dispense cuidados psiquiátricos, adquirir bien o ser cesionario de un derecho de persona admitida en el establecimiento o tomar en arrendamiento la habitación que ella ocupaba antes de su ingreso a aquel.

Para la aplicación del presente artículo se consideran interpuestas personas el cónyuge, los ascendientes y los descendientes de las personas de quienes se predicán las prohibiciones atrás señaladas.

(Obs.: art. 1125-1 actual).

Artículo 1116-3. Las personas morales están dotadas de una capacidad de goce especial.

Dicha capacidad abarca los actos útiles para la realización de su objeto, tal como está definido en los estatutos, en lo que respecta a las reglas aplicables a la persona moral en cuestión, como también los actos accesorios a aquellos.

(Nota: en contraposición a “posee” –para las personas físicas, infra art. 1119–, es interesante resaltar el término “dotadas”, empleado para las personas morales).

Artículo 1116-4. La capacidad de goce de las personas futuras está regulada en los títulos “De las sucesiones” y “De las liberalidades” del presente Código.

Artículo 1116-5. La incapacidad de goce o la interdicción de una de las partes del contrato en curso de ejecución implica la caducidad de este, a menos que pueda ser llevado a término por las demás partes.

§ 2. *De la capacidad de ejercicio*

Artículo 1117. Toda persona física que no haya sido declarada incapaz por la ley, puede contratar por sí misma, sin necesidad de asistencia o representación.

(Nota: parece necesario enunciar, para las personas físicas, lo que es capacidad de ejercicio. Ese es el principio).

La persona física puede celebrar cualquier acto enderezado a organizar la protección y gestión de sus intereses en caso de que llegue a ser incapaz de ejercer sus derechos, respetando los principios enunciados en el libro primero del presente Código.

Artículo 1117-1. Son incapaces de contratar, en la medida definida por la ley:

- los menores;
- los mayores protegidos en el sentido del artículo 490 del presente Código.

(Obs.: actual art. 1124 C. C.).

Artículo 1117-2. Sin embargo, la persona protegida por una incapacidad de ejercicio puede obrar sola en cuanto a los actos necesarios para la conservación de sus derechos, los actos especificados por la ley y los actos corrientes autorizados por la costumbre.

(Nota: es la excepción a la excepción –de ahí el orden de los artículos–).

También puede, en cuanto goce de discernimiento suficiente, celebrar las convenciones relativas a su persona y a la de sus hijos, respetando las disposiciones correspondientes del libro primero del presente Código y de las leyes especiales.

Con todo, las consecuencias patrimoniales de estas convenciones están sometidas al régimen de protección aplicable a la parte protegida.

Artículo 1117-3. El menor no se puede sustraer a los compromisos que asumió en el ejercicio de su profesión, ni a las obligaciones resultantes de su delito o cuasi-delito.

La sola declaración de mayoría por parte del menor no constituye obstáculo para la restitución.

(Obs.: cfr. arts. 1306 a 1310 actuales C. C.).

Artículo 1117-4. El menor no puede sustraerse al compromiso que suscribió durante su minoridad, si lo ratificó una vez llegado a la mayoría, alegando que dicho compromiso era nulo o solamente sujeto a restitución.

Artículo 1117-5. Las restituciones debidas a un incapaz se reducen en proporción al provecho que él ha obtenido del acto anulado.

(Obs.: art. 1312 C. C. modificado).

Artículo 1118. La simple lesión, resultante de un acontecimiento casual e imprevisto, da lugar a la rescisión de toda clase de convenciones, a favor del menor no emancipado y del mayor protegido en los casos previstos en los artículos 491-2 y 510-3 del presente Código.

La parte beneficiada con la convención lesiva podrá siempre proponer el reajuste.

(Obs.: cfr. actual art. 1305 C. C.).

Artículo 1118-1. Las personas capaces de comprometerse no pueden alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron, cuando dicha incapacidad está llamada a asegurar la protección de estos.

(Obs.: actual art. 1125 C. C., modificado).

Esas mismas personas se pueden oponer a la acción de nulidad o de rescisión entablada en su contra, probando que el acto le fue útil a la persona protegida y no le fue lesivo o que ella se ha aprovechado de él.

También pueden oponer la ratificación del acto por la contraparte que ha adquirido o que recuperó la capacidad.

Artículo 1118-2. Cuando la incapacidad de ejercicio es general, la ley provee a la representación o la asistencia de la persona protegida.

Artículo 1118-3. Las personas capaces de contratar pueden conferir a un tercero poder para que las represente.

Artículo 1118-4. Las personas morales contratan por medio de sus representantes.

§ 3. Del poder para obrar a nombre ajeno

Artículo 1119. Las convenciones celebradas por quienes han recibido de la ley, del juez o de una convención el encargo de representar a una de las partes contratantes, están sujetas a una condición complementaria.

(Nota: es un reenvío al art. 1108 en la versión propuesta).

El representante legal, judicial o convencional solo está autorizado para obrar dentro de la esfera de los actos comprendidos dentro de la capacidad de goce del representado y dentro del límite de los poderes que le fueron conferidos.

Artículo 1119-1. El representado solo queda comprometido por los actos celebrados por el representante dentro del ámbito de sus poderes.

Pero el representante responde por las faltas que haya podido cometer en el ejercicio de dichos poderes, especialmente si de ello resulta una causal de nulidad del acto celebrado a nombre del representado.

Artículo 1119-2. Cuando la misión del representante está concebida en términos genéricos, no comprende más que los actos de administración.

Cuando está concebida en términos expresos, el representante no puede celebrar más que los actos para los cuales fue autorizado y aquellos que les son accesorios.

Artículo 1119-3. El acto realizado por un representante por fuera de sus poderes es nulo. Sin embargo, el representado puede confirmarlo, en cuanto tenga capacidad.

Las mismas reglas se aplican al acto por el cual el representante resulta culpable de una desviación del poder en detrimento del representado, a menos que el tercero haya contratado de buena fe.

Artículo 1120. La constitución de una representación legal o judicial priva al representado de los poderes transferidos al representante mientras esté vigente.

La representación convencional mantiene el poder de ejercicio de sus derechos por parte del representado, sin perjuicio de su deber de lealtad para con el representante.

(Nota: es prudente la agregación de esta reserva).

Artículo 1120-1. Al representante le está prohibido obrar a nombre y por cuenta de las dos partes del contrato, como también contratar para sí mismo con el representado, a menos que la ley lo autorice o le permita al juez autorizarlo.

La prohibición también podrá ser levantada por el acuerdo expreso del representado o, en el caso de un grupo, por una decisión lícita de sus miembros.

Artículo 1120-2. El representante no puede emprender o proseguir la gestión para la cual fue llamado si le sobreviene de una incapacidad o sobre él se establece una prohibición.

Tampoco puede continuar adelantándola en caso de revocación convencional o judicial de su poder.

SECCIÓN 3
DEL OBJETO
(ARTS. 1121 A 1122-3)

Artículo 1121. El contrato tiene por objeto una cosa de la cual una de las partes se obliga a ceder la propiedad o a conceder el uso, o una cosa que ella se obliga a hacer

o no hacer. También puede ser transferida la tenencia de la cosa, sin conceder el uso, especialmente a título de depósito o de garantía (1).

(Nota 1: este inciso es una prolongación del art. 1127 actual: “El mero uso o la simple posesión de una cosa puede ser, igual que la cosa misma, objeto del contrato”, pero es más exacto. Porque, si bien el uso puede ser también objeto del contrato –su concesión–, la posesión, res facti et non res iuris, no puede serlo. El texto, en realidad, se refiere a la tenencia –y el término es más rico, en cuanto implica la obligación de restitución–. En la versión propuesta, la tenencia es un punto común a los contratos que la conceden con el uso –arrendamiento, préstamo de uso: cfr. más adelante, arts. 1146, 1155 y s., las obligaciones de dar el uso–, y a los contratos que confieren la tenencia sin derecho de uso –prenda, depósito–).

Las prestaciones así convenidas caracterizan al contrato como declarativo, constitutivo o extintivo de los derechos y de las obligaciones.

Se considera no escrita toda cláusula incompatible con estos elementos esenciales.

(Observación general: es útil conservar las nociones y los términos tradicionales –cosa, dar, hacer, no hacer, materia del compromiso, comercio–, pero poniéndolos en consonancia con el uso actual –prestaciones, elementos esenciales; términos y expresiones que, por lo demás, reaparecen en un sinnúmero de textos–. Todo el conjunto es coherente).

Artículo 1121-1. Solo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de una convención.

Artículo 1121-2. La cosa que es objeto del compromiso debe ser lícita.

Debe ser posible y existir al momento de la celebración del contrato.

Sin embargo, las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación.

Artículo 1121-3. La obligación ha de tener por objeto una cosa determinada o determinable, siempre que, en este último caso, la magnitud del compromiso no quede confiada a la sola voluntad de una de las partes.

Artículo 1121-4. Empero, en los contratos de ejecución sucesiva o escalonada, puede convenirse que el precio de las prestaciones ofrecidas por el acreedor sea determinado por él a la hora de cada suministro, remitido a sus propias tarifas, siendo de su cargo, en caso de oposición, justificar su monto ante la petición del deudor, hecha por escrito con el aviso de recibo.

Artículo 1121-5. Si la magnitud de la obligación de hacer no está determinada al momento del contrato, ni es determinable posteriormente según criterios ajenos a la voluntad de las partes, el precio podrá ser fijado por el acreedor con posterioridad, siendo de su cargo, en caso de oposición, justificarlo ante la petición del deudor, hecha por escrito con el aviso de recibo.

Artículo 1121-6. En los casos previstos en los dos artículos precedentes, el deudor que no haya obtenido la justificación en un término razonable, podrá liberarse consignando el precio practicado habitualmente.

Artículo 1122. La ilicitud del objeto vicia de nulidad absoluta la convención.

La ausencia de objeto es sancionada con la nulidad relativa.

Artículo 1122-1. La falta de equivalencia entre las prestaciones convenidas en un contrato conmutativo no es causa de nulidad, exceptuado el caso en que la ley admita la rescisión del contrato por causa de lesión.

Artículo 1122-2. Sin embargo, la cláusula que crea un desequilibrio considerable en el contrato en detrimento de una de las partes puede ser revisada o suprimida a petición de esta, en el caso en que la ley la proteja con una disposición particular, especialmente en su calidad de consumidor o, sin más, cuando no fue negociada.

(Obs.: la última parte de la frase se inspira en los principios Landö).

Artículo 1123. La falta de equivalencia entre las prestaciones convenidas en un contrato conmutativo, sobrevenida en el curso de la ejecución de este, se rige por las disposiciones del capítulo III del presente título, relativo al efecto de las convenciones.

SECCIÓN 4
DE LA CAUSA
(ARTS. 1124 A 1126-1)

Artículo 1124. La convención es válida cuando tiene una causa real y lícita que la justifica.

Artículo 1124-1. La ausencia de causa es sancionada con la nulidad relativa de la convención. Su ilicitud la vicia de nulidad absoluta.

Artículo 1124-2. La convención no deja de ser válida porque no se exprese la causa.

Incumbe probar la ausencia de la causa implícita o su ilicitud a quien las alega.

Artículo 1125. El compromiso carece de justificación, por ausencia de causa real, cuando, desde su origen, la contrapartida convenida es ilusoria o irrisoria.

(Nota: el término “convenida” incluye la referencia al contenido del contrato –su economía–).

Se considera no escrita toda cláusula incompatible con la realidad de la causa.

Artículo 1125-1. El compromiso de restituir una cosa o una suma de dinero tiene por causa la entrega de la cosa o de los fondos por parte de quien se obliga.

Cuando el valor entregado es de una magnitud inferior a la del compromiso, este último habrá de ser reducido a la medida de su causa, salvo que la diferencia esté justificada en la convención.

Artículo 1125-2. El compromiso asumido como contrapartida del beneficio convenido a favor de un tercero tiene por causa este provecho, independientemente del interés moral o material de quien se obliga.

Artículo 1125-3. Los contratos aleatorios están desprovistos de causa real, cuando, desde su origen, la ausencia del alea hace ilusoria o irrisoria para uno de los contratantes la contraprestación convenida.

Artículo 1125-4. No hay donación ni testamento cuando falta la intención de liberalidad.

Las liberalidades están desprovistas de causa real cuando falta el motivo sin el cual su autor no habría dispuesto.

Artículo 1126. El compromiso carece de justificación, por falta de causa lícita, cuando se contrae, a lo menos por una de las partes, con una finalidad contraria al orden público, a las buenas costumbres o, más genéricamente, a una regla imperativa.

(Nota: cfr. art. 1162-3).

Artículo 1126-1. La parte que contrata con un fin ilícito* sin que la otra lo sepa, deberá indemnizarle todo el perjuicio causado por la anulación del contrato.

Se excluye toda reclamación cuando ambas partes conocían la ilicitud.

* *La ilicitud comprende la inmoralidad en la disposición precedente.*

SECCIÓN 5
DE LA FORMA
(ARTS. 1127 A 1128-2)

§ 1. *Disposiciones generales*

Artículo 1127. En principio, las convenciones se consideran perfectas por el solo consentimiento de las partes, cualquiera que sea la forma en que se exprese.

Artículo 1127-1. Excepcionalmente, los actos solemnes están sujetos al cumplimiento de solemnidades determinadas por la ley y cuya inobservancia esté sancionada con la anulación del acto, a menos que pueda ser regularizado.

Artículo 1127-2. Cuando se exige un escrito para la validez de un acto jurídico, este puede ser establecido y conservado bajo la forma electrónica, en las condiciones previstas en el capítulo séptimo del presente título.

En el caso de que se exija una mención manuscrita de parte de quien se obliga, esta la puede aponer bajo forma electrónica siempre que las condiciones de la aposición garanticen que no pudo realizarse por nadie distinto de él.

Artículo 1127-3. Se exceptúan de las disposiciones precedentes los documentos privados relativos al derecho de familia y a las sucesiones y los privados atinentes a las garantías personales o reales, de naturaleza Civil o comercial, salvo que se hayan otorgado por una persona en razón de las necesidades de su profesión.

Artículo 1127-4. El régimen de la acción de nulidad por falta o por vicio de forma, cuando no haya sido determinado por la ley, depende de la naturaleza de los intereses que la forma está llamada a proteger.

Artículo 1127-5. Las formas exigidas con fines probatorios o de oponibilidad no tienen efecto sobre la validez de las convenciones.

Artículo 1127-6. Las convenciones que tienen por objeto modificar una convención precedente o darla por terminada se encuentran sometidas a las mismas reglas de forma de esta, salvo que se haya dispuesto o convenido otra cosa.

§ 2. De la forma de los contratos electrónicos

Artículo 1128. Quien quiera que ofrezca, a título profesional, por vía electrónica, la provisión de bienes o la prestación de servicios, ha de poner a disposición las condiciones contractuales aplicables de manera que permita su conservación y reproducción. Sin perjuicio de las condiciones de validez señaladas en la oferta, su autor queda obligado mientras aquella sea accesible por vía electrónica.

Además, la oferta ha de enunciar:

- 1.º Los distintos pasos que han de seguirse para la celebración del contrato por vía electrónica;
- 2.º Los medios técnicos que permiten al destinatario identificar, antes de la celebración del contrato, los errores cometidos en la captación de los datos y corregirlos;
- 3.º Los idiomas propuestos para la celebración del contrato;
- 4.º En caso de archivo del contrato, las modalidades de dicho archivo por el autor de la oferta y las condiciones de acceso al contrato archivado;
- 5.º Los medios de consulta por vía electrónica de las reglas profesionales y comerciales a las que el autor de la oferta entiende someterse, llegado el caso.

(Art. 1369-1 C. C. intacto).

Artículo 1128-1. Para que el contrato se celebre válidamente, el destinatario de la oferta ha de tener la posibilidad de verificar los detalles de su orden y del precio total, y de corregir los eventuales errores, antes de confirmarlo para expresar su aceptación.

El autor de la oferta debe acusar recibo de la orden que se le impartió, sin retardo injustificado y por vía electrónica.

La orden, la confirmación de la aceptación de la oferta y el acuse de recibo se consideran recibidos cuando las partes a las que van dirigidos han podido tener acceso a ellos.

(Art. 1369-2 C. C. intacto).

Artículo 1128-2. Los contratos de suministro de bienes o de prestación de servicios celebrados exclusivamente mediante intercambio de correos electrónicos, están exceptuados de las obligaciones previstas en los ordinales 1.º a 5.º artículo 1369-1 y en los dos primeros incisos del artículo 1369-2.

Además, las convenciones celebradas entre profesionales pueden hacer de lado las disposiciones artículo 1369-2 y de los ordinales 1.º a 5.º artículo 1369.

(Art. 1369-3 C. C. modificado).

SECCIÓN 6
DE LAS SANCIONES
(ARTS. 1129 A 1133)

§ 1. *De la nulidad*

Artículo 1129. La convención que no cumple las condiciones exigidas para su validez es nula.

Artículo 1129-1. La nulidad se dice absoluta o de orden público, cuando la regla violada responde a la salvaguarda del interés general.

Se dice relativa o de protección, cuando la regla violada atiende a la salvaguarda de un interés privado. Sin embargo, cuando el interés privado responde a un valor fundamental, como la protección del cuerpo humano, la nulidad tiene el carácter de absoluta.

(Nota: los términos “absoluta” y “relativa” tienen sentidos tan diferentes que parece útil aclararlos por medio de un equivalente e introducirlos con el giro “se dice”).

Artículo 1129-2. La nulidad absoluta puede ser invocada por toda persona que justifique un interés, así como por el Ministerio Público; también puede ser pronunciada de oficio por el juez.

La nulidad absoluta no puede ser objeto de ratificación del acto, que tendrá que rehacerse.

(Nota: al art. 1131-2: armonización con el Código de Procedimiento Civil: las partes “soulève”; el juez “relève”).

Artículo 1129-3. La nulidad relativa no puede ser invocada sino por aquel a quien la ley procura proteger. El titular de la acción puede renunciar a ella y confirmar la convención.

Artículo 1129-4. El acto de confirmación o ratificación de una obligación contra la cual la ley admite la acción de nulidad no es válido sino en cuanto en él se encuentra la sustancia de dicha obligación, la mención del motivo de la acción de nulidad y la intención de reparar el vicio en el que se funda la acción.

En ausencia de acto de confirmación o ratificación, basta que la obligación sea ejecutada voluntariamente a partir del momento en que la obligación podía ser válidamente confirmada o ratificada.

La confirmación, ratificación o ejecución voluntaria en las formas y en el tiempo determinados por la ley, comporta renuncia a los medios y excepciones que se podían proponer contra tal acto, pero sin perjuicio del derecho de los terceros.

(Art. 1138 C. C. modificado).

Si la acción de nulidad corresponde a varios titulares, la renuncia de uno de ellos no impide obrar a los demás.

Artículo 1129-5. Aquel de quien depende la confirmación o la ratificación puede ser constituido en mora de confirmar o ratificar o de demandar la nulidad por la otra parte dentro del término de seis meses, so pena de perención (*forclusion*).

Artículo 1129-6. El donante no puede purgar por acto alguno los vicios de una donación entre vivos, nula por defecto de forma; será menester rehacerla en la forma legal.

(Art. 1139 C. C. intacto).

La confirmación o ratificación o ejecución voluntaria de una donación por los herederos o causahabientes del donante, con posterioridad a la muerte de este, comporta su renuncia a oponer, sea los vicios de forma, sea cualquiera otra excepción.

(Art. 1140 C. C. intacto).

Artículo 1130. La acción de nulidad absoluta prescribe en diez años y la de nulidad relativa en tres, salvo que la ley disponga otra cosa.

La excepción de nulidad no prescribe si se refiere a una convención que no ha sido ejecutada.

Artículo 1130-1. La nulidad deberá ser pronunciada por el juez, a menos que las partes del acto la verifiquen de común acuerdo.

Artículo 1130-2. Si la causa de nulidad no afecta más que a una cláusula de la convención, no comportará la nulidad total del acto, a menos que dicha cláusula constituya un elemento determinante del compromiso de ambas partes o de una de ellas.

La convención será mantenida si la finalidad de la regla violada exige su conservación o si la ley considera no escrita una cláusula que, por tanto, no vinculará al deudor.

Estas reglas se aplican al caso de la nulidad que no afecta sino a una de las partes del acto.

Artículo 1130-3. La convención nula es considerada como si jamás hubiera existido.

Las prestaciones ejecutadas dan lugar a restitución en especie o en su valor, según las distinciones indicadas en los artículos 1161 a 1164-7.

§ 2. *De la caducidad*

Artículo 1131. La convención válidamente celebrada caduca por la desaparición de uno de sus elementos constitutivos o la pérdida de un elemento externo al que estaba subordinada su eficacia.

Según el caso, la caducidad tiene efecto retroactivo u opera solamente hacia el futuro.

(Obs.: se aplica al acto unilateral—cfr. art. 1101 in fine—).

§ 3. *De la inoponibilidad*

Artículo 1132. La convención que no llene todas las condiciones para su plena eficacia frente a terceros, les es inoponible.

Artículo 1132-1. La inoponibilidad es relativa. Sin anular la convención en sí, paraliza sus efectos frente a las personas que tienen derecho a no tener que padecerlos, siendo de cargo de ellas establecer la circunstancia que justifica dicha ineficacia, como, por ejemplo, la comisión de un fraude o la falta de publicación de un acto.

§ 4. De la regularización

Artículo 1133. Cuando la ley la autorice, la regularización restablece el efecto pleno de un acto por la supresión de la imperfección que lo afecta o por el cumplimiento de la formalidad exigida.

CAPÍTULO III
DEL EFECTO DE LAS CONVENCIONES

SECCIÓN I
DISPOSICIONES GENERALES
(ART. 1134 Y 1135)

Artículo 1134. Las convenciones legalmente celebradas tienen fuerza de ley para quienes las celebraron.

No pueden ser modificadas ni revocadas sino por su consentimiento mutuo o por las razones que la ley autorice.

Deben ser ejecutadas de buena fe.

Artículo 1134-1. Las partes pueden, en las condiciones de su convención, de la costumbre o de la ley*, reservarse la facultad de destratar o de otorgarla a una de ellas**.

** La facultad de destratar está prevenida aquí como producto de una cláusula, pero su ejercicio está sujeto a las condiciones que determinen, según el caso, la ley, la costumbre o la convención.*

*** La facultad de destratar es, en general, unilateral. Sin embargo, nada impide que se dé recíprocamente en la ocasión establecida.*

Artículo 1135. Las convenciones obligan no solamente a lo expresado en ellas, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley asignen a la obligación según su naturaleza.

(Obs.: art. 1135 actual C. C.).

En especial, se entienden incorporadas en el contrato las cláusulas que son de uso, aun cuando no se hayan expresado.

(Obs.: es el art. 1160 actual, que parece mejor colocado dentro del art. 1135).

Artículo 1135-1. En los contratos de ejecución sucesiva o escalonada, las partes pueden comprometerse a negociar una modificación de su convención en el caso de que, por efecto de las circunstancias, sea alterado el equilibrio inicial de las prestaciones recíprocas, al punto de que el contrato pierda todo interés para una de ellas.

Artículo 1135-2. A falta de esa cláusula, la parte que pierda interés en el contrato puede demandar al presidente del tribunal de gran instancia, que ordene una nueva negociación.

Artículo 1135-3. Llegado el caso, en esas negociaciones se procederá como se indica en el capítulo 1 del presente título.

Ante su fracaso, exceptuado el caso de mala fe, se abrirá para cada parte la posibilidad de terminar (*résilier*) el contrato sin expensas ni perjuicios.

(Obs.: estos textos eluden la imprevisión y se limitan a una referencia a las circunstancias—cfr. art. 900-2 C. C.—. Se basan en la pérdida del interés en el contrato: tratándose de contratos a título oneroso, esta fórmula parece mejor adaptada a la situación que la del art. 900-1. Son coherentes con las disposiciones preliminares del capítulo 1 relativas a la negociación).

SECCIÓN 2
DE LA INTERPRETACIÓN Y DE LA CALIFICACIÓN
(ARTS. 1136 A 1143)

§ 1. *De la interpretación*

Artículo 1136. En las convenciones se debe buscar cuál fue la común intención de las partes contratantes, antes que limitarse al sentido literal de los términos.

(Nota: es esencial mantener en el inciso anterior la disposición actual del art. 1156, pilar y regla memorable, que tiene la fuerza consuetudinaria de un adagio. Ella proclama el principio de la interpretación, el principio exegético de que el espíritu prevalece sobre la letra. Esta elección fundamental es tanto más valiosa en cuanto, sin desconocer las diferencias específicas, la interpretación de la ley contractual ha sido considerada siempre —y hoy todavía— como el modelo para la interpretación de la ley estatal —a lo menos en una primera lectura—).

Análogamente, en el acto unilateral se debe hacer prevalecer la intención real de su autor.

(Nota: se sobreentiende que sobre el sentido literal, pero ello va comprendido en el “análogamente”).

En la interpretación de la decisión colegiada, se debe hacer prevalecer el sentido más conforme con el interés común de los miembros de la colectividad.

Artículo 1137. Todas las cláusulas del contrato se interpretan unas con relación a las otras, dándole a cada cual un sentido que respete la coherencia del acto en su integridad.

En el conjunto contractual que conforman, los contratos interdependientes se interpretan en función de la operación a la cual están ordenados.

Artículo 1138. Las cláusulas claras y precisas no están sujetas a interpretación, so pena de desnaturalizar el acto.

Artículo 1138-1. Por generales que sean los términos en que esté concebida, la convención no comprende más que las cosas sobre las cuales parece que las partes se propusieron contratar.

(Obs.: art. 1163 C. C. inalterado).

Artículo 1138-2. Cuando en un contrato se ha expuesto un caso por vía de explicación de la obligación, no se entenderá que se quiso restringir a él el ámbito del compromiso con exclusión de los casos no expresados.

(Obs.: art. 1164 C. C. intacto).

(Nota: es esencial mantener el paralelo histórico entre estas dos disposiciones complementarias, relativas a dos torpezas en la redacción: enunciado demasiado general y enunciado demasiado restringido...).

Artículo 1139. El contrato se interpreta de conformidad con la razón y la equidad.

Artículo 1139-1. Cuando una cláusula sea susceptible de dos sentidos, se debe preferir aquel en el que puede tener efecto, al sentido en el que no podría producir ninguno.

(Obs. art. 1157 C. C. intacto).

Artículo 1139-2. Los términos susceptibles de dos sentidos, se deben tomar en el que mejor convenga a la materia del contrato.

(Obs.: art. 1158 C. C. inalterado).

Artículo 1139-3. Lo ambiguo se interpreta de acuerdo con la costumbre del lugar en donde se celebró el contrato y con la práctica de las partes.

Artículo 1140. En la duda, el contrato se interpretará en contra de quien lo estipuló y a favor de quien contrajo la obligación.

Artículo 1140-1. Siempre que la ley contractual se haya establecido bajo la influencia dominante de una parte, se la debe interpretar en favor de la otra.

Artículo 1141. La interpretación del contrato se ha de basar en el análisis del conjunto de sus elementos. El desconocimiento de sus elementos esenciales constituye una desnaturalización.

(Nota: es esta una jurisprudencia clásica constante, pero con un enunciado más legislativo. No se puede incorporar a la ley el desarrollo jurisprudencial que pone al contrato bajo la apreciación soberana del juez de instancia y la desnaturalización, error de derecho, bajo la censura de la Corte de Casación. En efecto, tal desarrollo se coloca dentro de la relación de distribución del poder jurisdiccional entre los jueces de hecho y el juez de derecho. La disposición propuesta dice lo mismo, pero dándole una explicación fundamental a la distribución; en fin de cuentas, porque la interpretación es apreciación de hecho y la desnaturalización es error de derecho. Es lo que emerge del fondo del derecho civil —puro—.

El interés de esta disposición consiste en hacer consonante la regla que ella enuncia con la definición del objeto del contrato —la misma referencia a los elementos esenciales del contrato, a la naturaleza, tejido central coherente—. Cfr. art. 1124).

§ 2. De la calificación

(Nota: La calificación puede darse a tres niveles. Cuando las partes le dan una denominación a su acuerdo, hay lugar a tomar dicha calificación convencional en consideración, como un dato básico; esta es la calificación convencional. En el caso particular que trae el art. 12 inc. 3.º del Código de Procedimiento Civil, ella se impone al juez: así, cuando, “en virtud de un acuerdo expreso y respecto de derechos cuya libre disposición tienen”, las partes vinculan al juez a la denominación que escogieron. En este último caso, la calificación original es la única que se considerará.

Fuera de ese caso, está dentro de los deberes del juez —es un deber—, sea el calificar el contrato litigioso, cuando las partes no han previsto nada; sea, en el caso contrario, restituirle a la convención litigiosa su verdadera calificación, “sin detenerse en la denominación que las partes hayan propuesto” si es inexacta—art. 12 precitado inc. 2.º—.

La calificación o recalificación proviene entonces de los jueces de instancia. Bajo el control de la Corte de Casación, esta calificación jurisdiccional puede ser censurada por error de derecho.

Haciendo abstracción de las reglas de derecho procesal, el punto de derecho sustancial que tiene su sede en el Código Civil, consiste en precisar en qué criterios de fondo se asienta el control jurisdiccional de la calificación: si se funda en los elementos esenciales del contrato, más precisamente en los elementos esenciales que, en la realidad, las partes tomaron como base de su acuerdo).

Artículo 1143. Cuando las partes le dieron a su acuerdo una denominación, hay lugar a acatarla.

Cuando ella sea inexacta, el juez la corregirá, salvo el caso en que tal denominación se le imponga. Para la recalificación, se fundará en los elementos que las partes, en la realidad, tomaron como base de su acuerdo.

(Cfr. nuevo Código de Procedimiento Civil, art. 12 inc. 3.º: “Sin embargo, él —el juez— no puede cambiar la denominación o el fundamento jurídico cuando las partes, en virtud de un acuerdo expreso y respecto de derechos sobre los que tienen la libre disposición, lo vincularon a las calificaciones y puntos de derecho a los cuales ellas entienden limitar el debate”).

Artículo 1143-1. Llegado el caso de que el contrato sea modificado en uno de sus elementos esenciales, habrá lugar a darle la nueva denominación que le corresponda.

Artículo 1144. El acto nulo por falta de respuesta a las condiciones de validez correspondientes a la calificación escogida por las partes, subsiste, reducido, si corresponde a las condiciones de validez de otro acto cuyo resultado sea conforme a su voluntad.

(Nota: es una aplicación de la máxima potius ut valeat, aquí por la vía de la recalificación).

SECCIÓN 3

DE LAS DISTINTAS CLASES DE OBLIGACIONES

(ARTS. 1144 A 1151)

Artículo 1144. La obligación de hacer tiene por objeto una acción, como la realización de una obra o una prestación de servicios; así en el contrato de obra o en el de arrendamiento de servicios. La de no hacer tiene por objeto una abstención, como la de no hacer competencia, no re-establecerse, no divulgar, no construir.

Artículo 1145. La obligación de dar tiene por objeto la enajenación de la propiedad o de otro derecho, como en la venta, la donación, la cesión de crédito o la constitución de usufructo.

Artículo 1146. La obligación de dar en uso tiene por objeto la concesión del uso de una cosa con cargo de restitución, como en el arrendamiento o el préstamo de uso; no tiene lugar en las convenciones que conceden la tenencia sin derecho al uso, como la prenda o el depósito.

(Nota: la obligación de dar en uso no se asimila ni a la obligación de dar ni a la obligación de hacer. Corresponde a un concepto autónomo; constituye una categoría distinta que se caracteriza por la naturaleza específica y limitada del derecho conferido, un derecho de uso, y por la obligación de restitución. Dicho en pocas palabras, configura un tenedor precario, no un propietario, como tampoco un deudor de una suma de dinero, sino un usuario obligado a la restitución. La summa divisio “dar”, “hacer”, debería ser sustituida por la trilogía “dar”, “dar en uso” y “hacer” —o no hacer—.

Lingüísticamente la expresión “dar en uso”, que es suficientemente concisa como para ocupar su sitio en el inciso 1.º del artículo 1101-1 entre “dar” y “hacer”, es afortunada porque evoca el “dar en arrendamiento” y “dar en préstamo”. Y justamente, el arrendamiento y el préstamo de uso son las dos aplicaciones tópicas del arquetipo “dar en uso”).

Artículo 1147. La obligación es pecuniaria cuando versa sobre una suma de dinero. De todas las demás obligaciones se dice que son *in natura*.

Las obligaciones pecuniarias, en cualquier divisa, son fungibles, salvo disposición o convención en contrario.

Artículo 1148. La obligación de valor es la de otorgarle al acreedor, en dinero o en especie, un provecho económico variable según las circunstancias, que le garantice en el tiempo una satisfacción apropiada, mediante la actualización de su magnitud al día de la ejecución.

La obligación de valor es pecuniaria cuando su objeto es el de dar una suma de dinero determinable a la fecha de su exigibilidad; es *in natura* cuando su objeto es proveer a las necesidades de una persona o a los cuidados de una cosa, con la prevención, en los dos casos, de ser convertida, por convención o por decisión judicial, en una obligación pecuniaria revisable.

Artículo 1149. Se dice que la obligación es de resultado cuando el deudor está obligado, salvo caso de fuerza mayor, a procurar al acreedor la satisfacción prometida, de suerte que, exceptuado tal caso, su responsabilidad queda comprometida por el solo hecho de no haber alcanzado el fin establecido.

Se dice que la obligación es de medios cuando el deudor solamente está obligado a proveer los cuidados y diligencia normalmente necesarios para alcanzar un determinado fin, de manera que su responsabilidad está subordinada a la prueba de que incurrió en falta de prudencia o de diligencia.

(Nota: muy frecuentemente las partes no precisan expresamente a qué se comprometen —resultado o medios—. Sin duda es mejor evitar el verbo “comprometerse”. Parecería preferible una expresión neutra; por ejemplo, “estar obligado” que sirve para el caso de silencio de las partes. Dentro de una visión pragmática, la diferencia específica atañe al régimen de la prueba. Sin duda es mejor señalarla, aventurándose a conciliar el criterio de fondo con el criterio probatorio).

Artículo 1150. La obligación de seguridad, inherente a determinados compromisos contractuales, impone velar por la integridad de la persona del acreedor y de sus bienes.

Artículo 1151. La obligación natural envuelve un deber de conciencia para con otra persona. Puede dar lugar a una ejecución voluntaria, sin repetición, o a una promesa coercible de ejecutarla.

(Nota: el deber de conciencia no tiene necesidad de ser calificado de legítimo: efectivamente se basta a sí mismo).

SECCIÓN 4
DE LA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES
(ARTS. 1152 A 1156-2)

§ 1. De la obligación de dar

Artículo 1152. La obligación de dar se ejecuta, en principio, con el solo intercambio de consentimientos.

Sin embargo, puede ser diferida por la voluntad de las partes, por una disposición legal o por la naturaleza de las cosas.

Se ejecuta *in natura* cualquiera que sea su objeto, corporal o incorporal.

Su ejecución hace al acreedor titular del derecho transmitido y traslada a él los riesgos y peligros de la cosa objeto de dicho crédito, aun cuando no se haya hecho la tradición.

(Cfr. art. 1138 inc. 2.º y 1302 inc. 1.º C. C.).

Artículo 1152-1. La obligación de dar contiene la de entregar la cosa y de conservarla hasta la entrega, empleando todos los cuidados de un buen padre de familia.

(Cfr. art. 1136 C. C.).

La pérdida de la cosa libera al deudor de sus obligaciones, con cargo de probar que ocurrió sin su culpa. Empero él, está obligado a ceder a su acreedor los derechos y acciones indemnizatorios relacionados con la cosa.

(Cfr. art. 1303 C. C.).

Artículo 1152-2. Cuando el deudor ha sido puesto en mora de entregar la cosa, los riesgos de esta son suyos.

(Cfr. art. 1138 C. C.).

En caso de pérdida de la cosa, el deudor moroso debe restituir el precio, a menos que la cosa hubiera perecido igualmente en poder del acreedor de haberle sido entregada.

(Cfr. art. 1302 inc. 2.º C. C.).

Artículo 1152-3. El deudor es puesto en mora sea por requerimiento [*sommatión*] o un acto equivalente del que se siga una intimación [*interpellation*], sea por la sola expiración del término, si la convención lo prevé.

(Cfr. art. 1139 inc. 2.º C. C.).

Artículo 1153. Si la cosa que se ha obligado a dar a dos personas sucesivamente, es puramente mueble, aquella de las dos que haya sido puesta en posesión real es preferida y se hace propietaria, aun cuando su título sea de fecha posterior, siempre que la posesión sea de buena fe.

Artículo 1153-1. Los efectos de la obligación de dar un inmueble se rigen por las reglas del título “De la venta” y del “De los privilegios e hipotecas”.

§ 2. *De las obligaciones de hacer y de no hacer*

Artículo 1154. La obligación de hacer o de no hacer se ejecuta de ser posible *in natura*.

Su ejecución puede ser ordenada bajo multa o por otro medio de coerción, salvo que la prestación correspondiente tenga un carácter estrictamente personal.

En ningún caso podrá obtenerse mediante coacción que atente contra la libertad o la dignidad del deudor.

A falta de ejecución *in natura*, la obligación de hacer se revuelve en indemnización de daños y perjuicios.

(Nota: la inversión del principio es bienvenida. Sin duda es mejor enunciarlo objetivamente que indirectamente como un “derecho a”).

¿Faltaría agregar “cuando ello sea posible”? Hay argumentos en pro y en contra —precaución o evidencia—. A favor, se podría decir: “La obligación de hacer o de no hacer se ejecuta de ser posible in natura”.

La inversa es quizá más admisible porque no elimina aquello que hay de irreducible en la exclusión de la coerción sobre la persona. De ahí la propuesta de un tercer inciso que incorpora la máxima Nemo praecise cogi ad factum.

El término “prestación” evoca con propiedad la acción personal del deudor que la realiza por fuera del alcance de la multa o de la orden de ejecución).

Artículo 1154-1. La inobservancia de la obligación de no hacer se resuelve de pleno derecho en indemnización de daños y perjuicios, por el solo hecho de la contravención, quedando a salvo el derecho del acreedor de exigir posteriormente la ejecución *in natura*.

Artículo 1154-2. El acreedor puede ser autorizado para hacer ejecutar la obligación o para destruir lo hecho en contravención de ella, todo a expensas del deudor, quien, llegado el caso, puede ser condenado a anticipar las sumas necesarias para aquella ejecución.

§ 3. De la obligación de dar en uso

Artículo 1155. La obligación de conceder el uso de una cosa contiene la de entregarla y de conservarla en estado de servir durante determinado tiempo, a cuya expiración el tenedor está obligado a restituirla; todo salvo estipulación o disposición en contrario.

Estas obligaciones pueden versar sobre un bien corporal o uno incorporeal.

Se ejecutan *in natura*.

Artículo 1155-1. En caso de conflicto entre varias personas que pretenden el uso de la cosa, será preferida aquella cuyo título tenga la fecha más antigua.

Artículo 1155-2. Cuando las partes no han previsto término para la restitución de la cosa, esta debe hacerse en un término razonable y, salvo urgencia, luego de un preaviso dado al deudor.

Artículo 1156. Sin embargo, el tenedor está autorizado para retener la cosa hasta la paga completa de las sumas que se le deban por concepto de un crédito anexo a la cosa.

SECCIÓN 5
DE LA INEJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES
Y DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO
(ARTS. 1157 A 1160-1)

Artículo 1157. En los contratos sinalagmáticos, cualquiera de las partes puede rehusarse a ejecutar su obligación en cuanto la otra parte no ejecute la suya.

Cuando la inejecución obedece a una fuerza mayor o a otra causa legítima, el contrato puede ser suspendido si la inejecución no es irremediable.

A la excepción de inejecución, la otra parte puede replicar probando judicialmente que la suspensión del contrato no se justifica.

(Obs.:

1. Parece necesaria la referencia a los contratos sinalagmáticos como ámbito de la excepción —sobre todo en oposición al art. 1162—.

2. Parece útil la previsión de la inejecución fortuita (servicio nacional, maternidad, huelga, casos más singulares —y es el momento de advertir el carácter no irremediable de la inejecución, fundamento de la suspensión—.

3. Es oportuno el señalamiento del factor común de la prueba judicial en contrario).

Artículo 1158. En todo contrato la parte a la que no le haya sido ejecutada la obligación o lo haya sido imperfectamente, puede optar entre perseguir la ejecución de ella, o provocar la resolución del contrato, o reclamar daños y perjuicios, los que, llegado el caso, pueden sumarse a la ejecución o a la resolución.

Si opta por la resolución, el acreedor puede, bien demandarla al juez, o bien constituir al deudor en mora conminándolo para que ejecute su compromiso en un término razonable, a falta de lo cual tendrá derecho a resolver el contrato.

En el evento de que la inexecución persista, el acreedor notificará al deudor la resolución del contrato dando las razones que la motivan. Esta declaración producirá efectos desde su notificación a la otra parte.

(Obs:

1. En un primer inciso articulado, es útil abrir el abanico de todas las posibilidades —cfr. art. 1370—.

2. La resolución en sí es de doble vía. ¿Por qué cerrar la resolución judicial y abrir la resolución unilateral? Es la oportunidad de anotar que el acreedor toma esta opción a su entero riesgo.

3. La resolución unilateral tiene algo de chocante. Es útil consagrarla, pero con circunspección en cuanto a la forma —pensando en el aspecto psicológico de la innovación—. La fórmula “declara que el contrato será resuelto” sería demasiado categórica. Para un resultado igual se puede redondear la iniciativa con un giro menos “unilateralista”, diciendo “se tendrá por resuelto el contrato”).

Artículo 1158-1. El deudor puede impugnar judicialmente la decisión del acreedor alegando que la infracción que se le imputa no justifica la resolución del contrato.

El juez, según las circunstancias, podrá validar la resolución u ordenar la ejecución del contrato, para la cual concederá eventualmente un plazo al deudor.

Artículo 1159. Las cláusulas resolutorias deben indicar expresamente los compromisos cuya ejecución implicará la resolución del contrato.

La resolución está subordinada a la constitución en mora infructuosa, de no haberse convenido que se producirá por el solo hecho de la inexecución. La constitución en mora no es eficaz sino en cuanto se refiera en términos inequívocos a la cláusula resolutoria.

En todo caso, la resolución no producirá efecto sino con la notificación que se le haga al deudor y a partir de la fecha de su recepción.

Artículo 1160. La resolución puede darse respecto de solo una parte del contrato, cuando la ejecución de este sea divisible.

Artículo 1160-1. La resolución del contrato libera a las partes de sus obligaciones.

En los contratos de ejecución sucesiva o escalonada, la resolución tiene el efecto de la terminación (*résiliation*); el compromiso de las partes termina hacia el futuro, a partir de la demanda de resolución o de la notificación de la resolución unilateral.

Si el contrato fue parcialmente ejecutado, las prestaciones satisfechas no dan lugar a restitución ni a indemnización cuando su ejecución fue ajustada a las obligaciones respectivas de las partes.

SECCIÓN 6
DE LAS RESTITUCIONES
LUEGO DE LA ELIMINACIÓN DEL CONTRATO
(ARTS. 1161 A 1164-1)

Artículo 1161. Las restituciones subsiguientes a la eliminación del contrato, por anulación o resolución, se rigen por las reglas siguientes.

Estas reglas son aplicables, salvo norma o convención particular, a los demás casos de restitución, especialmente a la caducidad cuando ella produce efecto retroactivo.

(Nota: la multiplicidad de hipótesis de restitución hace necesario determinar desde el pór-tico el ámbito de aplicación de las reglas sentadas para las restituciones subsiguientes a la eliminación del contrato).

§ 1. Principios

Artículo 1162. La anulación y la resolución retroactiva del contrato comportan, de pleno derecho, la restitución plena y, si a ello hay lugar, recíproca, de los provechos recibidos con la ejecución del contrato.

Cuando la anulación o la resolución es imputable a una de las partes, esta debe indemnizar a la otra todos los daños y perjuicios.

Artículo 1162-1. La obligación de restitución está amparada por las garantías estipuladas para el pago de la obligación primitiva.

La obligación de restitución prescribe en el mismo término que la nulidad o la resolución que la determina.

Artículo 1162-2. El juez ante quien se intenta una acción de nulidad o de resolución, puede disponer de oficio sobre las restituciones, caso de no haberle sido solicitadas.

Puede decretar la compensación judicial de las deudas fungibles objeto de restitución.

La sentencia de anulación o de resolución implica interversión de la prescripción aplicable a la obligación de restitución.

Artículo 1162-3. Puede rechazarse la restitución a favor de quien haya contravenido conscientemente el orden público, las buenas costumbres, o más genéricamente, una regla imperativa.

§ 2. Modalidades de la restitución

Artículo 1163. Las modalidades de la restitución dependen de la naturaleza de las prestaciones satisfechas en ejecución del contrato.

Artículo 1163-1. La restitución de la obligación de hacer o de no hacer ejecutada, se hará por su valor.

El monto de la restitución será calculado teniendo en cuenta los provechos directos e indirectos que las partes hayan podido obtener de la ejecución del contrato, apreciados al día de la restitución.

Artículo 1163-2. La restitución de una suma de dinero se hace por su equivalente, que no es otro que la suma numérica señalada en el contrato.

Artículo 1163-3. La restitución de un cuerpo cierto se ha de hacer en especie si la cosa existe aún en manos de quien la recibió.

Se hará por su valor cuando la cosa dejó de ser identificable en razón de su destrucción voluntaria o fortuita, su transformación o su incorporación.

Cuando la cosa se destruyó en parte, o fue transformada o incorporada parcialmente, aquel a quien se debe la restitución puede optar entre la restitución plena de su valor, o la restitución parcial y el complemento de su valor.

Artículo 1163-4. La restitución de una cosa de género distinta de dinero se hace por equivalente, a menos que aquel a quien se le debe prefiera recibir su valor.

Artículo 1163-5. Cuando la cosa que ha de restituirse pereció fortuitamente o por el hecho de un tercero, la restitución se traslada de pleno derecho a la indemnización del seguro o por responsabilidad, o al crédito de la indemnización por subrogación.

Cuando la cosa que ha de restituirse fue vendida, la restitución se traslada de pleno derecho, por subrogación, al precio de la venta.

Artículo 1163-6. En todos los casos en que no haya lugar a la restitución en especie o por subrogación, el juez apreciará el valor de la cosa al día de su decisión, de acuerdo con su estado al día del pago de la obligación.

§ 3. *Reglamentos complementarios*

Artículo 1164. La restitución versa sobre el principal de la prestación ejecutada y sus accesorios al día del pago.

Artículo 1164-1. Los accesorios de la suma de dinero que ha de restituirse comprenden los intereses a la tasa legal y los impuestos pagados por quien recibió el precio.

Artículo 1164-2. Cuando la restitución sea de cosa distinta de una suma de dinero, los accesorios comprenden los frutos que ella produjo y el goce que procuró.

La restitución de los frutos naturales, industriales o civiles, si no se encuentran en especie, se hará por su valor estimado a la fecha del reembolso, de acuerdo con el estado de la cosa al día del pago de la obligación. Cuando los productos provienen en parte de la mejora de la cosa por quien la debe, la restitución se hará proporcionalmente a aquellos que la cosa habría producido en su estado inicial.

La restitución del goce se estima por el juez al día en que se pronuncia.

Artículo 1164-3. Las expensas ocasionadas por el contrato pueden ser cargadas a la parte a la que sea imputable la anulación o la resolución.

Artículo 1164-4. Las expensas correspondientes a la cosa pueden dar lugar a restitución.

Aquella parte a la que le sea restituida la cosa debe reconocerle a la que la entrega todas las expensas necesarias para la conservación de la cosa.

Así mismo debe reconocerle lo gastado en mejorar el estado de la cosa en la medida en que de ello haya resultado un aumento de su valor.

Artículo 1164-5. A la inversa, quien debe restituir la cosa responde de los daños y deterioros que hayan disminuido su valor o implicado su pérdida.

Artículo 1164-6. Las plusvalías y las minusvalías sobrevenidas a la cosa restituida se estimarán al día de la restitución.

SECCIÓN 7
DEL EFECTO DE LAS CONVENCIONES FRENTE A TERCEROS
(ARTS. 1165 A 1172-3)

§ 1. Disposiciones generales

Artículo 1165. Las convenciones solamente vinculan a las partes contratantes; no producen efecto respecto de terceros sino en los actos y dentro de los límites que en seguida se explican.

(Nota: Este anuncio global parece preferible a la oposición reductora de *prodesse y nocere*).

Artículo 1165-1. Los contra-documentos (*contre-lettres*) solamente pueden tener efecto entre las partes contratantes; no lo tienen contra terceros.

Artículo 1165-2. Las convenciones son oponibles a los terceros, quienes han de respetarlas y pueden prevalerse de ellas, pero sin derecho a exigir su ejecución.

§ 2. De la sustitución del contratante y de la transferencia del contrato

Artículo 1165-3. Los derechos y obligaciones de una persona difunta, cuando no se extinguen por el hecho de su deceso, pasan a sus herederos según las reglas sentadas en los títulos de las “Sucesiones” y de las “Donaciones entre vivos y los testamentos”.

Así mismo, los herederos o legatarios del difunto, o algunos de ellos, podrán ocupar su lugar en los contratos en que aquel era parte, cuya ejecución se pretenda con posterioridad a su muerte, siempre que dicha sustitución esté dispuesta por la ley o prevista por una convención o haya sido estipulada por el difunto en su testamento.

Artículo 1165-4. El contratante no puede ceder entre vivos a un tercero su calidad de parte en el contrato, sin el asentimiento expreso o tácito de su contraparte.

Artículo 1165-5. Se exceptúan de este principio los casos previstos en la ley.

Fuera de tales casos, la sustitución de contratante opera cuando el contrato hace parte integrante de una operación que constituye un conjunto indivisible, como son las fusiones y escisiones de sociedades y los aportes parciales de activos.

Salva convención en contrario, la contraparte contractual puede retirarse del contrato con un término de preaviso razonable, cuando la transferencia se hizo sin su asentimiento.

§ 3. *De las acciones a disposición de los acreedores*

(Nota: los acreedores son, ciertamente, terceros, pero hay más de un matiz entre los “terceros acreedores” y “los terceros extraños”).

Artículo 1166. Los acreedores pueden ejercer a nombre del deudor todos los derechos y acciones correspondientes a este, con excepción de aquellos exclusivamente vinculados a la persona.

(Nota: esta formulación muestra mejor la diferencia entre la acción oblicua y la acción pauliana).

Para justificar su interés para obrar tienen la carga de probar que la omisión del deudor les causa perjuicio.

Artículo 1167. Los acreedores también pueden impugnar en su propio nombre los actos de su deudor celebrados en fraude a sus derechos, con cargo de establecer que el tercero co-contratante tuvo conocimiento del fraude, en tratándose de un acto a título oneroso.

El acto declarado fraudulento es inoponible a los acreedores, de suerte que ellos no tienen por qué sufrir ninguno de sus efectos. Llegado el caso, el tercero adquirente será obligado a restituir lo que recibió fraudulentamente.

La acción no puede ser ejercida sino dentro los tres años siguientes al conocimiento que los acreedores tuvieron del fraude.

Artículo 1167-1. Los acreedores que ejercen la acción contemplada en el artículo 1166 serán pagados con prelación con las sumas que, por efecto de sus acciones, entren al patrimonio del deudor negligente.

La acción prevista en el artículo 1167 aprovecha prioritariamente a los acreedores que la intentaron y a aquellos que la coadyuvaron en el proceso.

Artículo 1167-2. En cuanto a los derechos enunciados en el título “De las sucesiones” y en el título “Del contrato de matrimonio y de los regímenes matrimoniales”, los acreedores deben someterse a las reglas aquí sentadas.

Artículo 1168. Algunos acreedores están investidos por ley del derecho de obrar directamente para el pago de su crédito contra un deudor de su deudor, hasta concurrencia de los dos créditos.

La acción directa se puede ejercer igualmente cuando es la única que permite evitar el empobrecimiento injusto del acreedor, habida cuenta de la vinculación entre los contratos.

§ 4. De la estipulación por otro [porte-fort] y la estipulación en favor de un tercero

Artículo 1169. En general, nadie se puede comprometer ni estipular en su propio nombre, sino por sí mismo.

(Nota: la ventaja de conservar este artículo de encabezamiento es, de una parte, mantener acá el término “estipular” en su sentido específico –hacer prometer– que tiene aquí todo su valor, así sea hoy relativamente minoritario frente al sentido genérico, conforme al cual es sinónimo de celebrar –convenir–).

Artículo 1170. Sin embargo, se puede estipular por un tercero, prometiendo el hecho suyo, quedando a salvo la indemnización contra quien prometió, caso de que el tercero rehúse cumplir el hecho prometido o ratificar el compromiso.

Si el tercero realiza el hecho prometido o ratifica el compromiso, el promitente queda liberado de toda obligación, y el compromiso es validado retroactivamente a la fecha en que fue suscrito.

(Nota: es preferible mantener en el inc. 1.º el tenor actual del art. 1120, porque este coloca en primer término, realzándolo, el riesgo de la operación de promesa del hecho de un tercero y su efecto propio –que acarrea para él solo–: la carga de indemnización. Es esta una prevención conminatoria. La ratificación es otro acto jurídico que ocurre luego –cuando se da– y produce su efecto propio).

El tercero que hereda al promitente debe cumplir el compromiso del *de cuius*.

Artículo 1171. El contratante llamado estipulante puede hacer prometer al otro, el promitente, ejecutar una prestación en favor de un tercero beneficiario, a condición de que, si este es una persona futura, sea designado precisamente o pueda ser determinado al momento de la ejecución de la promesa y de que para entonces tenga capacidad para recibir.

(Nota: el interés de esta disposición es abrir, por principio, la eventualidad de una estipulación para otro. También radica en denominar a los protagonistas de esta operación triangular, especialmente al estipulante, con un término que hace eco al verbo estipular conservado en el art. 1169, lo que, de paso, permite definirlo en este sentido preciso).

Artículo 1171-1. Mientras el tercero no haya aceptado el beneficio de la estipulación hecha en su favor, esta puede ser revocada libremente por el estipulante.

La aceptación ocurrida antes de la revocación hace irrevocable la estipulación desde cuando su autor o el promitente tuvieron conocimiento de ella.

Investido entonces del derecho de obrar directamente contra el promitente para la ejecución del compromiso, el beneficiario se considera haber tenido tal derecho desde su constitución.

(Nota: despojada de detalles, esta disposición se reduce a lo esencial. En efecto, parece fundamental articular todos los resortes del mecanismo jurídico de la estipulación para otro, tales como fueron elaborados por la jurisprudencia pretoriana de fines del siglo XIX. Este es el núcleo –la joya– de las sentencias de 1888: la libre revocación de la estipulación para otro hasta la aceptación, la irrevocabilidad de la estipulación resultante de la aceptación oportuna, y la retroactividad de la aceptación, todo ello alrededor de un eje: el derecho directo).

Artículo 1171-2. La revocación solamente puede provenir del estipulante o, luego de su deceso, de sus herederos. Pero estos no pueden proceder a ella sino a la expiración de un término de tres meses contados desde el día en que constituyeron al beneficiario en mora de aceptar.

La revocación tiene efecto desde cuando el tercero beneficiario o el promitente tuvieron conocimiento de ella. Cuando se hace por testamento, produce efecto desde la defunción del testador. Si no está acompañada de la designación de un nuevo beneficiario, la revocación aprovecha, según el caso, al estipulante o a sus herederos. Se considera que el tercero inicialmente designado jamás se benefició de la estipulación hecha en su favor.

Artículo 1171-3. La aceptación puede emanar del beneficiario o, después de su muerte, de sus herederos, salva estipulación en contrario. Puede ser expresa o tácita. También puede darse luego del deceso del estipulante o del promitente.

Artículo 1171-4. El propio estipulante está legitimado para exigir del promitente la ejecución de su compromiso para con el beneficiario.

§ 5. *Del efecto de los contratos interdependientes*

Artículo 1172. Los contratos concomitantes o sucesivos cuya ejecución sea necesaria para la realización de una operación de conjunto a la que pertenecen, se consideran interdependientes en la medida determinada a continuación.

Artículo 1172-1. Las cláusulas que organizan las relaciones de las partes en uno de los contratos del conjunto no se aplican a las demás convenciones sino en cuanto hayan sido reproducidas y aceptadas por los demás contratantes.

Artículo 1172-2. Sin embargo, determinadas cláusulas que aparecen en los contratos del conjunto extienden su efecto a los contratantes de las demás convenciones, siempre que estos hayan tenido conocimiento de ellas al asumir su compromiso y no hubieran hecho reservas.

Así, las cláusulas limitativas o excluyentes de responsabilidad, las cláusulas compromisorias y las cláusulas de atribución de competencia.

Artículo 1172-3. Cuando uno de los contratos interdependientes está afectado de nulidad, las partes de los demás contratos del mismo conjunto pueden prevalerse de su caducidad.

CAPÍTULO IV
DE LAS MODALIDADES DE LA OBLIGACIÓN

SECCIÓN I
DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES
(ARTS. 1173 A 1184-1)

§ 1. De la condición en general

Artículo 1173. La obligación es condicional cuando se la hace depender de un acontecimiento futuro e incierto.

El acontecimiento por el cual está suspendido el nacimiento de la obligación es una condición suspensiva; aquel del que depende su desaparición es, según el caso, una condición resolutoria o extintiva.

(Nota: la oposición entre la condición suspensiva y la condición resolutoria –retroactiva– se Enriquece –cfr. Carbonnier– si se agrega una tercera especie, la condición extintiva –no retroactiva–).

Artículo 1174. Toda condición de una cosa imposible o ilícita es nula y hace nula la convención que depende de ella.

(Nota: Ilícito: término genérico preferible a la enumeración actual).

Sin embargo, la convención puede ser mantenida y la condición considerarse no escrita cuando en realidad esta no fue para las partes un motivo determinante para contratar.

(Nota: la excepción abre, a posteriori, la posibilidad de una apreciación judicial –lo que corresponde a la práctica–).

Así mismo, la condición de no hacer una cosa imposible no hace nula la obligación contratada bajo dicha condición.

(Nota: se reagrupan en el mismo artículo un principio –inc. 1.º– y dos excepciones a él –incs. 2.º y 3.º–).

Artículo 1175. Es nula toda obligación contraída bajo una condición cuya realización depende de la sola voluntad del deudor; pero esta nulidad no puede alegarse cuando la obligación fue ejecutada con conocimiento de causa.

(Nota: contracción en un solo artículo de lo que respecta a la condición de aquí en adelante denominada potestativa).

Artículo 1176. Las partes tienen un deber de lealtad en el cumplimiento de la condición.

(Nota: en el art. 1177-1 propuesto, el verbo cooperar no cuadra con la condición casual –que existe, así no se la mencione más–. El deber de lealtad parece concernir tanto a la falla como al cumplimiento de la condición: de ahí el término genérico “acontecimiento” relativo a ambos).

Artículo 1177. La condición se considera cumplida si quien tenía interés en que fallara impidió su cumplimiento.

Se considera fallida si su cumplimiento fue provocado por la parte que tenía interés en este.

(Nota: fuente eventual de litigio, las palabras “en detrimento de la otra parte” no se consideran útiles).

Artículo 1178. La parte en cuyo interés exclusivo se estipuló la condición, es libre de renunciar a ella unilateralmente, en tanto no se haya cumplido. Así mismo, hasta ese momento las partes, de común acuerdo, pueden renunciar a la condición estipulada en interés de ambas.

Toda renuncia vuelve a la obligación pura y simple.

(Nota: se reúne en un solo artículo todo lo concerniente a la renuncia, lo cual permite establecer un factor común en la proposición final –últ. inc.–).

En este artículo parecería más lógica la eliminación. Lo que merece destacarse es la renuncia unilateral particular reducida a un solo caso. La renuncia convencional es evidentemente general.

No parece oportuno –ni tampoco sano– contemplar las eventuales renunciaciones posteriores al advenimiento de la condición. Por lo demás, se salen del ámbito de la obligación condicional, y la proposición del art. 1178-1 les es ajena).

Artículo 1179. Antes del cumplimiento de la condición, el acreedor puede ejercer todos los actos conservatorios de su derecho y obrar contra los actos del deudor realizados en fraude de sus derechos.

(Nota: esta disposición, al parecer, viene mejor en seguida del art. 1178 y antes del que regula la transmisión y la cesión de la obligación).

Artículo 1180. Las obligaciones condicionales son transmisibles por causa de muerte salvo si la voluntad de las partes o la naturaleza de la obligación lo impiden; con esta misma restricción, los créditos condicionales son cesibles por acto entre vivos.

(Nota: la fórmula del art. 1179 propuesto no es afortunada y es incompleta. Aunque condicionales, las obligaciones no dejan de ser elementos del patrimonio por activa y por pasiva. Pero si bien la transmisibilidad concierne tanto a las deudas como a los créditos, la cesibilidad es propia de los créditos. La excepción es común a los dos casos).

§ 2. De la condición suspensiva

Artículo 1181. La obligación contraída bajo condición suspensiva es aquella que depende de un acontecimiento futuro e incierto, o de un acontecimiento ya ocurrido pero del que las partes no han tenido aún conocimiento.

(Reproducción del art. 1181, inc. 1.º C. C.).

La obligación no puede ser ejecutada antes del acontecimiento o de su conocimiento por las partes.

(Nota: es el inc. 2.º del art. 1181).

Artículo 1182. En caso de que falle la condición la obligación caduca; se considera como si no hubiera existido jamás.

En caso de cumplimiento de la condición la obligación se considera haber existido desde el día en que se contrajo el compromiso.

Sin embargo, la retroactividad no afecta ni los actos de administración ni los actos de goce ejecutados durante el período intermedio.

(Nota: el paralelo entre la falla de la condición y su cumplimiento en el mismo artículo parece bastante esclarecedor, y la atenuación de la retroactividad es el factor común —posiblemente no es muy útil, pero no es incómodo—).

Artículo 1182-1. Cuando la obligación fue contraída bajo condición suspensiva, los riesgos de la cosa que es materia de la convención continúan a cargo del deudor que no está obligado a entregarla sino en caso de cumplimiento de la condición.

(Obs.: art. 1182, inc. 1.º intacto).

Si la cosa perece por completo, la obligación se extingue.

Si la cosa se deteriora, el acreedor puede escoger entre resolver el contrato o exigir la cosa en el estado en que se encuentra, sin disminución del precio.

Todo sin perjuicio de la indemnización de los daños que pueda deberse al acreedor según las reglas de la responsabilidad civil cuando la pérdida o el deterioro de la cosa sean imputables a culpa del deudor.

§ 3. De la condición resolutoria

Artículo 1183. La condición resolutoria no suspende la ejecución de la obligación mientras ocurre el acontecimiento previsto; la revocación opera cuando el acontecimiento tiene lugar.

(Nota: ¿No será mejor comenzar por aquello que diferencia la condición resolutoria de la suspensiva? El resto del § 3 está así consagrado a la resolución).

Artículo 1184. En este caso la resolución opera retroactivamente; vuelve las cosas al estado en que se encontrarían si la obligación no hubiera existido y obliga al acreedor a restituir lo que recibió, según las reglas de los arts. 1161 a 1164-7.

(Nota: no parece necesario hacer reserva de la estipulación en contrario. Porque la condición extintiva del artículo siguiente no es más que una condición resolutoria no retroactiva por disposición de las partes).

Con todo, el acreedor está dispensado de la restitución de los frutos que haya percibido antes del acontecimiento y los actos de administración realizados durante el mismo período se mantienen.

§ 4. De la condición extintiva

(Nota: hay un paralelo con el término extintivo).

Artículo 1184-1. Condición extintiva es aquella que hace depender la extinción de la obligación de un acontecimiento futuro e incierto. La condición extintiva no opera sino hacia el futuro.

SECCIÓN 2 DE LAS OBLIGACIONES A TÉRMINO (ARTS. 1185 A 1188)

§ 1. Del término en general

Artículo 1185. El término es un acontecimiento futuro y cierto que afecta a una obligación nacida, sea retardando su ejecución, sea poniéndole fin.

Puede ser expreso o tácito, como cuando resulta implícitamente del tenor del compromiso.

El término puede ser una fecha determinada o su vencimiento puede ser desconocido, siempre que sea seguro que ocurrirá.

Artículo 1186. Cuando las partes indiquen solamente un plazo constituido por un número de días, de meses o de años, el cálculo se hará a partir del día del contrato, salvo disposiciones legales o convencionales diferentes. Sin embargo, el día a partir del cual comienza a contarse no entra dentro del plazo.

Artículo 1186-1. Si las partes convinieron diferir la determinación del término, o dejar a una de ellas el cuidado de hacerla, y el término no ha sido determinado a la expiración de un plazo razonable, el juez podrá fijarlo según las circunstancias.

§ 2. Del término suspensivo

Artículo 1187. Lo que se debe a término no puede ser exigido antes del vencimiento de este, pero si se paga anticipadamente, no podrá repetirse.

El acreedor a término puede ejercer todos los actos conservatorios de su derecho y obrar contra los actos del deudor realizados en fraude a sus derechos.

(Cfr. arts. 1180 C. C. y 1179 supra).

Artículo 1187-1. El término suspensivo se presume convenido en el interés del deudor, a menos que de la convención o de las circunstancias resulte que fue establecido a favor del acreedor o en interés común de las dos partes.

Aquel en cuyo interés exclusivo se estipuló el término, puede renunciar a él unilateralmente.

Artículo 1187-2. El deudor no puede reclamar el beneficio del término cuando dejó de prestar las garantías prometidas al acreedor o las que prestó han disminuido por hecho suyo.

Igualmente pierde el beneficio si se hace insolvente o es declarado en liquidación judicial.

§ 1. Del término extintivo

Artículo 1188. El término extintivo pone fin al compromiso hacia el futuro. Hasta el vencimiento del término la obligación produce el mismo efecto que si fuera pura y simple.

SECCIÓN 3
DE LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS
(ARTS. 1189 A 1196)

§ 1. *De las obligaciones alternativas*

Artículo 1189. La obligación es alternativa cuando versa, a elección, sobre una de dos prestaciones que contiene, de suerte que el cumplimiento de una basta para liberar al deudor.

Si una de las prestaciones es imposible o ilícita al momento del compromiso, la obligación se concentra en la otra.

Artículo 1190. La elección corresponde al deudor si no se ha convenido otra cosa.

Cuando la parte no ejerza, dentro del término de caducidad o de uno razonable, el derecho que le compete a escoger, este pasará a la otra parte, luego de la constitución en mora.

La elección es definitiva.

Artículo 1191. El deudor no puede elegir parte de una prestación y parte de otra, ni ser constreñido a ejecutarlas así.

(Obs.: extensión del art. 1191 C. C.).

Artículo 1192. Si una de las prestaciones se hace imposible, aun por su culpa, el deudor puede ejecutar la otra.

Si, en el mismo caso, las dos prestaciones se hacen imposibles de ejecutar, una de ellas por culpa del deudor, este debe al acreedor el valor de la obligación que se imposibilitó de última.

(Obs. versión nueva del 1193 art. C. C.).

Artículo 1193. El acreedor que tiene el derecho de elegir la prestación, si una se hace imposible de ejecutar, debe aceptar la otra, a menos que la imposibilidad resulte de culpa del deudor, caso en el cual el acreedor puede exigir, a su elección, la prestación restante o el valor de la prestación que se hizo imposible.

Si en el mismo caso, las dos prestaciones se hacen imposibles de ejecutar, una de ellas por culpa del deudor, el acreedor puede exigir el valor de cualquiera de ellas.

(Obs. versión nueva del art. 1194 C. C.).

Artículo 1194. Cuando, sin culpa del deudor, todas las prestaciones se hacen imposibles de ejecutar, la obligación se extingue.

(Obs. extensión del 1195 art. C. C.).

Artículo 1195. Los mismos principios se aplican al caso en que la obligación alternativa comprenda más de dos prestaciones.

(Obs.: art. 1196 C. C.).

§ 2. De las obligaciones facultativas

Artículo 1196. La obligación es facultativa cuando, teniendo por objeto determinada prestación, el deudor, sin embargo, tiene la facultad de ejecutar otra para liberarse.

La obligación facultativa se extingue si la ejecución de la prestación principal se hace imposible sin culpa del deudor.

SECCIÓN 4 DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS (ARTS. 1197 A 1212)

§ 1. De la solidaridad entre los acreedores

Artículo 1197. La obligación es solidaria entre varios acreedores, cuando cada uno tiene derecho de demandar el pago del total del crédito, y el pago hecho a cualquiera de ellos libera al deudor, aun cuando el beneficio de la obligación sea repartible y divisible entre los distintos acreedores.

(Obs.: art. 1197 C. C. retocado).

Artículo 1197-1. La solidaridad no se presume; es menester que sea establecida expresamente.

Artículo 1198. El deudor puede pagar a uno cualquiera de los acreedores solidarios, mientras no sea perseguido por uno de ellos.

Sin embargo, la remisión que haga uno de los acreedores no libera al deudor sino por la parte de dicho acreedor.

Análogamente, la confusión y la compensación que operan entre el deudor y uno de los acreedores no extingue la obligación sino en cuanto a la parte de dicho acreedor.

(Obs.: art. 1198 C. C. retocado).

Artículo 1199. Todo acto que interrumpe o suspende la prescripción frente a uno de los acreedores solidarios, aprovecha a los demás acreedores.

§ 2. *De la solidaridad de parte de los deudores*

Artículo 1200. Hay solidaridad de parte de los deudores, cuando están obligados a una misma cosa, de manera que cada cual puede ser exigido por la totalidad, y el pago hecho por un solo deudor libera a los demás frente al acreedor.

(*Obs.: art. 1200 C. C. intacto*).

Artículo 1201. La obligación puede ser solidaria aunque uno de los deudores esté obligado de manera distinta al pago de una misma cosa; por ejemplo, si uno está obligado condicionalmente, mientras que la obligación del otro es pura y simple, o si uno cuenta con un término que no le ha sido concedido al otro.

(*Obs.: art. 1201 C. C.*).

Artículo 1202. La solidaridad no se presume; no puede derivar sino de la ley, de una convención o de la costumbre mercantil.

(*Obs.: el grupo Viney-Durry coloca la obligación in solidum sobre la solidaridad pasiva*).

Artículo 1203. El acreedor de una obligación solidaria puede dirigirse al deudor que quiera, sin que este le pueda oponer el beneficio de división.

(*Obs.: es el art. 1203 C. C. ligeramente retocado*).

Las demandas contra uno de los deudores no impiden al acreedor entablar otras contra los demás.

(*Obs.: el nuevo art. 1203 amalgama las disposiciones de los arts. 1203 y 1204 C. C.*).

Artículo 1204. Si la cosa pereció por culpa de uno de los varios deudores, los demás continúan obligados por el valor de la cosa, pero no están obligados a pagar daños y perjuicios, salvo que estuvieran en mora al tiempo de la pérdida.

(*Art. 1205 C. C. retocado*).

Artículo 1205. Las demandas intentadas contra uno de los deudores interrumpen o suspenden la prescripción respecto de todos.

Los mismos efectos se dan en cuanto a la constitución en mora.

(*Art. 1206 C. C. inalterado*).

Artículo 1206. La demanda por intereses propuesta contra uno de los deudores solidarios hace correr los intereses respecto de todos.

(Art. 1207 C. C. inalterado).

Artículo 1207. El codeudor solidario perseguido por el acreedor puede oponerle todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y todas aquellas que le sean personales, igual que las que sean comunes a todos los codeudores.

No puede oponer las excepciones puramente personales de los demás deudores o de uno de ellos.

(Art. 1208 C. C. inalterado).

Artículo 1208. Cuando uno de los deudores sucede al acreedor, o cuando el acreedor sucede a uno de los deudores, la confusión no extingue la obligación sino en la parte del deudor confundido.

(Art. 1209 C. C. retocado).

Artículo 1209. El acreedor que consiente en la división de la deuda de uno de los codeudores, conserva su acción solidaria contra los demás, pero con deducción de la parte del deudor al que descargó de la solidaridad.

(Art. 1210 C. C. inalterado).

Artículo 1210. La obligación solidaria se divide de pleno derecho entre los deudores, que no están obligados entre sí sino cada cual por su parte.

El deudor que pagó la deuda común no puede repetir contra los demás sino su parte.

(Arts. 1213 y 1214 inc. 2.º C. C. amalgamados y retocados).

Artículo 1211. Los codeudores son mutuamente garantes de su solvencia.

La parte del insolvente se distribuye entre los demás, incluido aquel que pagó o que fue previamente descargado de la solidaridad por el acreedor.

(Arts. 1214 inc. 2.º y 1215 C. C. retocados).

Artículo 1212. Si el asunto para el cual se contrajo la deuda solidariamente no concierne sino a uno de los codeudores, este será el solo obligado frente a los demás, por lo cual, si la pagó, no tiene acción contra ellos, y si ellos la pagaron, pueden volver contra él.

(Art. 1216 C. C. retocado).

SECCIÓN 5
DE LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES
(ARTS. 1213 A 1217)

En un capítulo consagrado a las modalidades de la obligación, solo las obligaciones indivisibles y no las obligaciones divisibles son obligaciones modales, sea entre codeudores, sea, sobre todo (es la ejecución específica), frente a los herederos (de ahí la agrupación de los efectos en un artículo).

La divisibilidad de la obligación luego de la muerte no es una modalidad de la obligación. El principio es la división de pleno derecho entre los herederos, de las deudas y los créditos del difunto.

La regla enunciada (bajo una forma bastante sorprendente) en el inciso 1.º del artículo 1220 C. C, es a la vez expresión del derecho común y del sentido común. El deudor no puede compeler al acreedor a recibir un pago parcial. La regla se refiere al pago (cfr. infra art. 1224-1).

Artículo 1213. La obligación es indivisible cuando tiene por objeto una prestación cuya ejecución no es susceptible de división, sea material, sea intelectual.

(Art. 1217 C. C. inalterado).

Artículo 1214. La obligación es indivisible, aunque la cosa o el hecho que es objeto de ella sea divisible por su naturaleza, si la relación dentro de la cual se la considera en la obligación no la hace susceptible de ejecución parcial.

(Art. 1218 C. C. inalterado).

Artículo 1215. Cada uno de los codeudores de una obligación indivisible está obligado por el total.

Lo mismo ocurre respecto de cada uno de los herederos de quien estaba obligado por una obligación indivisible.

(Arts. 1222 y 1223 C. C. retocados).

Artículo 1216. El heredero del deudor, a quien se le cobra la totalidad de la obligación, puede pedir un plazo para entenderse con sus coherederos, a menos que la deuda sea de naturaleza tal que no pueda ser satisfecha sino por él, por lo cual puede ser condenado solo, quedando a salvo su recurso de indemnidad contra aquellos.

(Art. 1225 C. C. inalterado).

Artículo 1217. Cada heredero del acreedor puede exigir la ejecución de la totalidad de la obligación indivisible.

Él no puede remitir la totalidad de la deuda; tampoco puede recibir él solo, el precio en lugar de la cosa. Si uno de los herederos remite él solo la deuda o recibe el precio de la cosa, su coheredero no puede demandar la cosa indivisible, sino teniendo en cuenta la cuota del coheredero que remitió o recibió el precio.

(*Art. 1224 C. C. intacto*).

CAPÍTULO V DE LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Artículo 1218. Las obligaciones se extinguen por:
el pago,
la remisión de la deuda,
la compensación,
la confusión,
la novación y la prescripción que son objeto de disposiciones especiales.

SECCIÓN I DEL PAGO (ARTS. 1219 A 1236)

§ 1. *Disposiciones generales*

Artículo 1219. El pago es la ejecución de la prestación debida.

Artículo 1220. Todo pago presupone una deuda: lo que se ha pagado sin ser debido, está sujeto a repetición.

No se admite la repetición de las obligaciones naturales voluntariamente pagadas.

Artículo 1221. La obligación puede ser pagada por cualquiera persona que esté interesada en ella, como un co-obligado o un fiador, y por quienes obran en nombre del deudor.

También puede ser pagada la obligación por un tercero que no tenga interés personal en ella (1), quedando a salvo el derecho del acreedor de rehusar el pago, si tiene un interés legítimo en ello (2). Fuera de este caso, el tercero puede demandar su reembolso con fundamento en la subrogación convencional o en virtud de un derecho personal.

Artículo 1221-1. Para pagar válidamente es necesario ser capaz o estar regularmente representado.

Sin embargo, el pago de una suma de dinero no puede ser repetido contra el acreedor que la consumió de buena fe.

Artículo 1221-2. El pago debe hacerse al acreedor o a su representante.

El pago no conforme con la obligación es válido si el acreedor lo ratifica o se ha aprovechado de él.

Artículo 1222. El pago hecho de buena fe a un acreedor aparente es válido.

En caso de pago electrónico, el acreedor garantiza al deudor la seguridad del modo de pago propuesto.

Artículo 1223. El acreedor no puede ser constreñido a recibir cosa distinta de la que le es debida, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o incluso mayor.

Sin embargo, las partes pueden acordar que el pago se haga por la dación de una prestación diferente.

Artículo 1224. El deudor no puede forzar al acreedor a recibir el pago parcial de una deuda.

(Nota: es el art. 1224 actual C. C.).

Aun cuando sea susceptible de división, entre acreedor y deudor, la deuda tiene que ser satisfecha como si fuera indivisible.

(Nota: se emplea el actual art. 1220 C. C. -1.ª frase-, que refuerza la idea).

Artículo 1224-1. A menos que sea indivisible, la deuda se divide de pleno derecho entre los herederos del acreedor y del deudor. Aquellos no pueden demandar y estos no están obligados a pagar sino la parte que les corresponde o que deben como representantes del acreedor o del deudor.

(Nota: la primera frase enuncia el principio de la divisibilidad. La segunda, extraída del actual art. 1220 C. C., es su desarrollo).

Artículo 1225. El deudor de una obligación monetaria no está obligado sino por la suma numérica indicada en el contrato, a menos que se trate de una deuda de valor.

Artículo 1225-1. El monto de la suma debida también puede variar en virtud de una cláusula de indización.

Esta obedece a las disposiciones del Código Monetario y Financiero.

Artículo 1225-2. El monto de una obligación de suma de dinero puede igualmente ser fijado de manera distinta a por medio de unidades monetarias que tengan curso, siempre que la liquidación se haga al día del pago, todo conforme a las reglas previstas especialmente por la ley.

Artículo 1225-3. Si la obligación devenga intereses, legales o convencionales, ellos a su turno pueden producir intereses, sea por demanda judicial, sea por una convención especial, con tal de que, sea en la demanda o sea en la convención, se trate de intereses debidos a lo menos durante un año completo.

(Cfr. art. 1154 C. C. inalterado).

Artículo 1225-4. Sin embargo, los frutos causados, tales como cánones, arrendamientos, rentas perpetuas o vitalicias, producen intereses desde el día de la demanda o de la convención.

La misma regla se aplica a las restituciones de frutos y a los intereses pagados por un tercero al acreedor por cuenta del deudor.

(Art. 1115 C. C. inalterado).

Artículo 1226. En Francia, el pago de una obligación de suma de dinero se hace en la moneda que tenga curso. Empero, si la obligación proviene de un contrato internacional o de una sentencia, es posible prever que la ejecución se hará en unidades monetarias extranjeras.

Artículo 1226-1. El pago debe hacerse en el lugar designado en la convención. Si no se ha designado en ella, el pago, cuando se trata de un cuerpo cierto y determinado, debe hacerse en el lugar donde se encontraba la cosa que es objeto de él al tiempo de la obligación.

Los alimentos debidos por orden judicial deben pagarse, salva decisión en contrario del juez, en el domicilio o en la residencia de quien los debe recibir.

Fuera de este caso, el pago debe hacerse en el domicilio o en la residencia del deudor.

Artículo 1226-2. El pago debe hacerse tan pronto como la deuda es exigible.

Sin embargo, teniendo en cuenta la situación del deudor y en consideración a las necesidades del acreedor, el juez puede, dentro del límite de dos años, aplazar o escalonar el pago de las sumas debidas.

Por decisión especial y motivada, el juez puede ordenar que las sumas correspondientes a los vencimientos aplazados devengarán interés a una tasa reducida que no puede ser inferior a la legal, o que los pagos se imputarán en primer término al capital.

Además, puede subordinar estas medidas al cumplimiento, por parte del deudor, de actos enderezados a facilitar o a garantizar el pago de la deuda.

Las disposiciones del presente artículo no se aplican a las deudas de alimentos.

Artículo 1226-3. La decisión del juez, tomada en aplicación del artículo 1226-1 [*scil.* 1226-2], suspende los procesos de ejecución que se hubieran iniciado por el acreedor. Los incrementos de intereses y las penalidades en que se hubiera incurrido en razón del retardo dejan de devengarse durante el término fijado por el juez.

Artículo 1226-4. Toda estipulación contraria a las disposiciones de los artículos 1226-1 y 1226-2 se tendrá por no escrita.

Artículo 1227. El deudor de cuerpo cierto y determinado se libera con la entrega de la cosa en el estado en que se encuentre el día de la entrega, siempre que los deterioros que le hayan sobrevenido no se deban a su hecho o culpa ni a los de las personas por las cuales es responsable, o que los deterioros se hayan producido antes de la mora.

(*Art. 1245 C. C. inalterado*).

Artículo 1227-1. Si la deuda es de cosa que solo está determinada por su género, el deudor no estará obligado, para liberarse, a dar la de mejor calidad, como tampoco podrá ofrecer la de la peor.

(*Art. 1246 C. C. inalterado*).

Artículo 1227-2. Los gastos del pago son de cuenta del deudor.

§ 2. De la imputación de los pagos

Artículo 1228. El deudor de una deuda que causa intereses o que está atrasada, no puede, sin el consentimiento del acreedor, imputar el pago que hace a capital, con preferencia sobre los atrasos o los intereses: el pago hecho a capital e intereses, sin ser total, se imputa en primer término a los intereses.

Artículo 1228-1. El deudor de varias deudas tiene derecho a declarar, cuando paga, qué deuda pretende cancelar.

Artículo 1228-2. A falta de imputación del deudor, las partes pueden imputar convencionalmente el pago relativo a una deuda. Si la imputación va en un recibo expedido por el acreedor, su recepción por el deudor no hace presumir su aceptación.

Artículo 1229. A falta de imputación en las condiciones precedentes, el pago debe ser imputado de acuerdo con las disposiciones siguientes:

- 1.^a En caso de que el deudor deba deudas vencidas y no vencidas, la imputación se hace con prioridad a las primeras;
- 2.^a Si varias deudas están vencidas, la imputación se hace con prioridad a la deuda que el deudor tenía más interés en cancelar;
- 3.^a Si las deudas vencidas son de igual naturaleza, la imputación se hace a la más antigua; y si son contemporáneas, se hace proporcionalmente,
- 4.^a Si la imputación se hace solamente a deudas no vencidas, deben seguirse las reglas 2.^a y 3.^a

Artículo 1230. En caso de pluralidad de deudas, la imputación a una cualquiera de ellas seguirá la regla del artículo 1228, si fuere necesario.

§ 3. De la prueba del pago

Artículo 1231. El pago se prueba por todos los medios.

Artículo 1232. La entrega voluntaria por el acreedor al deudor del título original en documento privado, o de la copia con mérito ejecutivo, hace presumir la remisión de la deuda o su pago, salvo prueba en contrario.

La entrega del título original en documento privado o de la copia con mérito ejecutivo a uno de los deudores solidarios, tiene el mismo efecto en beneficio de sus codeudores.

Artículo 1232-1. La entrega de la cosa dada en prenda no basta para hacer presumir la remisión de la deuda.

(Nota: Estas disposiciones corresponden a los arts. 12282, 1283, 1284 y 1284 actuales, que aparecen en la sección consagrada a la remisión de deuda. Tales disposiciones nos parece ante todo relevar al deudor de la prueba de la liberación, que hacen presumir. De ahí su vinculación al pago y a su prueba).

§ 4. De la consignación con oferta de pago y de la constitución en mora

(Nota: el título marca el nexo entre la consignación, la oferta de pago y la constitución en mora).

Artículo 1233. Cuando al vencimiento de la deuda el acreedor rehúsa recibir su pago, el deudor puede consignar la cosa en manos de una persona habilitada para recibirla.

La consignación vale como pago (1) si se cumplen las condiciones de este. (2) La liberación opera como se indica en seguida.

(Notas:

[1] La regla dederecho civil que gobierna el conjunto, encabeza el enunciado.

[2] Este reenvío global evita retomar las condiciones 1.ª a 5.ª del art. 1258 actual).

Artículo 1234. El deudor debe notificar la consignación al acreedor haciéndole una oferta de pago conforme a las modalidades convenidas.

Artículo 1234-1. Cuando la cosa consignada es una suma de dinero el deudor se libera de capital e intereses, si a la expiración de un plazo de dos meses contados desde la notificación a la persona del acreedor, este no ha rechazado la oferta de pago.

Artículo 1234-2. Si no se hace la notificación a la persona del acreedor, el deudor puede demandar al juez de la ejecución que declare que su oferta de pago es liberadora, quedando a salvo el derecho del acreedor de demandar la retractación.

Artículo 1235. Cuando la cosa consignada es un bien distinto de una suma de dinero, la oferta de pago coloca en mora al acreedor, en el término de dos meses contados desde la notificación, sea de retirar la cosa consignada, sea de rechazar la oferta.

(Nota: no se resalta la distinción entre las modalidades de la notificación, sino el que la consecuencia es menos grave –habrá una continuación–).

Artículo 1235-1. No habiendo el acreedor tomado dentro del plazo la decisión en uno u otro sentido, el deudor puede, con autorización del juez de la ejecución, hacer vender en pública subasta la cosa consignada, y que el precio sea depositado en la cuenta del acreedor, una vez deducidos los gastos de la venta.

Hasta ese momento, los riesgos de la cosa consignada son del acreedor.

Artículo 1236. La notificación de la oferta no interrumpe la prescripción.

Luego de expirado el término de prescripción, el deudor puede demandar la restitución de la cosa depositada.

Con posterioridad a esa fecha, no es admisible la demanda de retractación de la decisión que declara libre al deudor.

(Nota: la oferta de pago constituye formalmente un reconocimiento de la deuda. Sin embargo, el deudor se ve constreñido a recurrir al procedimiento de pago forzado porque el acreedor no ha querido recibir el pago. En esas condiciones, no parece un contrasentido decir que la prescripción en curso no se interrumpió).

SECCIÓN 2
DE LA REMISIÓN DE LA DEUDA
(ARTS. 1237 A 1239-1)

Artículo 1237. La remisión de la deuda es una convención por la cual el acreedor libera al deudor de su obligación con su anuencia, expresa o tácita.

Artículo 1238. La remisión de la deuda convenida con uno de los acreedores solidarios libera a los demás, salvo que el acreedor se reserve expresamente sus derechos contra ellos.

En este último caso, no podrá demandar el pago de la deuda sino con deducción de la parte de aquel cuya cuota remitió.

Artículo 1239. La remisión de la deuda concedida al deudor principal libera a los fiadores; pero la remisión de la fianza no libera al deudor principal.

Artículo 1239-1. El descargo concedido a uno de los fiadores no libera a los demás.

Si las fianzas son solidarias, los demás fiadores solo permanecerán vinculados por el resto, hecha la deducción de la parte del cofiador liberado.

Lo que el acreedor haya recibido de un fiador por el descargo de su fianza debe imputarse a la deuda y deducirse de la obligación del deudor y de los otros fiadores.

SECCIÓN 3
DE LA COMPENSACIÓN
(ARTS. 1240 A 1247)

Artículo 1240. Cuando dos personas son deudoras una de la otra, las dos deudas se extinguen por compensación hasta concurrencia de la de menor cuantía, según las reglas que siguen.

§ 1. *De la compensación en general*

Artículo 1241. La compensación puede ser legal, judicial o convencional.

Artículo 1241-1. La compensación legal tiene lugar solamente entre deudas recíprocas y fungibles, igualmente líquidas y exigibles.

(Nota: las cuatro condiciones básicas se reagrupan. El término “fungible” es apropiado; “fungibles o del mismo género”, la precisión, dicho sea de paso, tiene interés, y decir “género” es mejor que decir “especie”).

Son fungibles las deudas que tienen por objeto una suma de dinero o una cierta cantidad de cosas del mismo género.

Las deudas que tienen por objeto cosas de género y cuyo precio está regulado por un mercado organizado, pueden compensarse con las de sumas líquidas y exigibles.

Artículo 1241-2. El término de gracia no impide la compensación.

Artículo 1242. Las deudas son compensables, cualesquiera que sean sus respectivas causas, con excepción de aquellas que tienen por causa los alimentos u otro crédito inembargable.

(Nota: “compensable” indica mejor que acá se trata de la naturaleza de la deuda).

Artículo 1243. El medio extintivo de la compensación legal debe ser invocado por el deudor demandado. En este caso, las deudas se consideran extinguidas hasta concurrencia de sus respectivos montos, desde que han coexistido con las calidades exigidas.

Artículo 1243-1. El fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe al deudor principal; pero el deudor principal no puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe al fiador.

El deudor solidario no puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe a su codeudor.

Artículo 1244. A partir de la cesión de uno de los créditos compensables a un tercero, el deudor cedido puede oponer la compensación al cesionario, a menos que haya expresamente renunciado a ella por escrito.

(Obs.: concordancia con el art. 1257).

Artículo 1244-1. La compensación no puede operar entre dos créditos si uno de ellos se torna indisponible por el hecho de haber sido embargado antes de que el crédito recíproco sea líquido y exigible.

Artículo 1245. Habiendo varias deudas compensables debidas por una misma persona, para la compensación se seguirán las reglas establecidas para la imputación en el artículo 1228-1.

Artículo 1245-1. Quien pagó una deuda compensable no puede, al hacer efectivo el crédito que no opuso en compensación, prevalerse, en perjuicio de terceros, de los privilegios o hipotecas que lo aseguraban, a menos que haya habido una justa causa de ignorancia de que debía compensar su deuda.

Artículo 1246. La compensación puede ser opuesta judicialmente por la parte cuyo crédito no es todavía líquido y exigible, a condición de que el juez pueda pronunciar la caducidad del término. La compensación produce sus efectos desde la fecha de la presentación de la demanda de reconversión.

Artículo 1246-1. En lo demás, la compensación judicial se sigue por las reglas de la compensación legal.

Artículo 1247. Las partes pueden convenir la extinción de sus deudas recíprocas. Esta compensación no opera sino desde la fecha de su acuerdo.

§ 2. De la compensación de deudas conexas

Artículo 1248. Cuando dos deudas son conexas, el juez no puede desestimar la demanda de compensación porque una de ellas no reúna las condiciones de liquidez y exigibilidad.

Artículo 1248-1. La transmisión o el embargo de uno de los créditos conexos no impide la compensación.

SECCIÓN 4
DE LA CONFUSIÓN
(ARTS. 1249 Y 1250)

Artículo 1249. Cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnen en una misma persona, se produce de derecho una confusión que extingue definitivamente la obligación.

Artículo 1250. La confusión que opera en la persona del deudor principal aprovecha a los fiadores.

Aquella que opera en la persona del fiador no implica la extinción de la obligación principal.

La que opera en la persona de un codeudor solidario no aprovecha a los demás, sino en la parte en que era deudor.

CAPÍTULO IV
DE LAS OPERACIONES SOBRE CRÉDITOS

SECCIÓN I
DE LA CESIÓN DE CRÉDITO
(ARTS. 1251 A 1257-1)

Artículo 1251. La cesión de crédito es una convención por medio de la cual el acreedor cedente transmite todo o parte de su crédito a un tercero cesionario, en venta, donación o a otro título singular.

Artículo 1252. Pueden ser cedidos los créditos nacidos o por nacer. En caso de cesión de un crédito futuro, el acto debe indicar los elementos que permitirán, llegado el momento, la identificación del crédito cedido.

Artículo 1253. So pena de nulidad, la cesión de crédito debe constar por escrito, sin perjuicio de los casos en que se exige instrumento público.

Artículo 1254. Entre las partes, basta la sola celebración del acto para que el crédito se considere transmitido.

Desde ese momento, se considera realizada la transferencia del crédito frente a terceros y les es oponible sin formalidad. En caso de inconformidad de estos respecto de la fecha de la cesión, la prueba de su exactitud incumbe al cesionario, quien la podrá establecer por cualquier medio.

(Cfr. art. 1689 C. C.).

(Nota: la regla es la misma inter partes et erga omnes; el realce del factor común marca la innovación del texto).

Artículo 1254-1. Sin embargo, la transferencia de un crédito futuro no tiene lugar sino el día de su nacimiento, tanto entre las partes, como frente a terceros.

Artículo 1254-2. La cesión del crédito no es oponible al deudor sino con la notificación que se le haga, sobre papel o bajo forma electrónica, por el cedente o por el cesionario.

Artículo 1254-3. El conflicto entre los cesionarios sucesivos se resuelve a favor del de fecha más antigua. La prueba de la fecha puede darse por cualquier medio.

Artículo 1255. Salvo cláusula en contrario, la cesión de un crédito comprende sus accesorios, tales como fianza, privilegio e hipoteca, de los cuales el cesionario puede prevalerse sin otra formalidad.

(Obs: el art. 1692 C. C. parece bastar).

Artículo 1256. Quien cede un crédito debe garantizar la existencia de este al tiempo de su transferencia, aun cuando se haga sin garantía.

No responde de la solvencia del deudor, sino cuando se ha comprometido a ello, y solamente hasta concurrencia del precio que haya podido obtener de la cesión de su crédito.

Habiendo prometido la garantía de la solvencia del deudor, esta promesa no comprende sino la solvencia actual; sin embargo, puede extenderse al futuro, pero a condición de que el cedente lo haya especificado expresamente.

(Obs.: cfr. arts. 1693, 1694 y 1695 C. C.).

Artículo 1257. Al aceptar la cesión por medio de un acto escrito, el deudor cedido puede renunciar expresamente a oponer al cesionario todas las excepciones que habría podido oponer al cedente o parte de ellas.

A falta de dicha aceptación, el deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones inherentes a la deuda, incluidas la intransmisibilidad de la obligación y las cláusulas de regulación de los diferendos.

Puede prevalecerse contra el cesionario de la compensación de las deudas conexas con sus relaciones con el cedente.

Igualmente puede oponer al cesionario la extinción del crédito por cualquiera causa anterior a la fecha a partir de la cual la cesión le es oponible.

Artículo 1257-1. El crédito puede ser cedido en propiedad sin estipulación del precio, a título de garantía. Dicho crédito regresará al cedente cuando el cesionario haya satisfecho sus derechos o la obligación garantizada se extinga por otra causa.

SECCIÓN 2
DE LA SUBROGACIÓN PERSONAL
(ARTS. 1258 A 1264-2)

Artículo 1258. La subrogación en los derechos del acreedor en beneficio de la tercera persona que paga, opera con la sustitución del acreedor subrogado al acreedor primitivo, en virtud de la ley o de la convención.

(Nota: la definición propuesta en el art. 1258 del proyecto parece demasiado doctrinal y demasiado abstracta. Se advierte que quiere mostrar, como se admite hoy, que la subrogación oculta una cesión de crédito. Pero no realza suficientemente que la subrogación sigue siendo, en su base, una modalidad del pago –aspecto tradicional que resulta eclipsado con el desplazamiento del texto que se aleja del pago–. Sobre todo, no aparece al rompe que, legal o convencional, la subrogación es siempre un mecanismo que opera en favor de quien pagó. Este pago inicial, que genera una ventaja a favor del solvens que ha empleado fondos, es un punto común central. Es la clave del mecanismo subrogatorio. Y es conveniente que aparezca desde el comienzo en la definición, colocada en el encabezamiento, que, por lo demás, está bien situada en el actual artículo 1234 C. C. Es el clima íntegro de la subrogación. Este cuadro está presente en todas las aplicaciones: el “beneficio” para quien proveyó los fondos. En resumen, la transmisión del crédito –que es un efecto común– está bien presentada en el art. 1262 del proyecto –se habría incurrido en una repetición con el mantenimiento del art. 1258 del proyecto–. En cambio, de ninguna manera es inútil mostrar en el artículo de encabezamiento, que la subrogación personal, término de una alta densidad jurídica, consume la sustitución de un acreedor por otro en la relación contractual –término corriente, inteligible inmediatamente–.

N. B.: la preferencia de hablar del “acreedor subrogado”, antes bien que del “subrogado” por oposición al “acreedor primitivo”).

Artículo 1259. La subrogación opera de pleno derecho:

- 1) a favor de quien, por estar obligado junto con otros o por otros al pago de la deuda, tenía interés en cancelarla;
- 2) a favor del heredero beneficiario que pagó con dineros propios las deudas de la sucesión;
- 3) a favor de quien, siendo acreedor, pagó a otro acreedor que tenía mejor derecho;
- 4) a favor del adquirente de un inmueble, que emplea el precio de su adquisición en el pago de los acreedores a quienes se encontraba hipotecado dicho inmueble.

Así mismo, la subrogación opera en los casos previstos por leyes especiales.

(Nota: propuesta para una presentación más lógica:

a. la subrogación legal antes de la subrogación convencional;

b. el derecho común –art. 1259 C. C.– antes de las leyes especiales;

c. en la enumeración del art. 1259, el numeral 3 actual pasa al primer lugar; es el caso ordinario más puro y más simple y, en la práctica, el más importante).

Artículo 1260. La subrogación convencional opera por iniciativa del acreedor cuando él, al recibir el pago de un tercero, lo subroga en sus derechos contra el deudor.

Esta subrogación ha de ser expresa.

Debe ser consentida simultáneamente con el pago, a menos que, en un acto anterior, quien subroga hubiera manifestado su voluntad de que su contraparte contractual fuera subrogada a partir del pago. La concomitancia de la subrogación y el pago puede ser probada por cualquier medio.

(Nota: la redacción propuesta aquí es muy cercana a la del actual art. 1250 C. C. Advierte la iniciativa del acreedor desinteresado por el tercero solvens).

Artículo 1261. En las mismas condiciones, la subrogación convencional opera por iniciativa del deudor, cuando este, al tomar en préstamo una suma de dinero con el fin de pagar su deuda, subroga al prestamista en los derechos del acreedor con el concurso de este. En este caso, el recibo expedido por el acreedor debe indicar el origen de los fondos.

La subrogación puede ser consentida también por el deudor sin el concurso del acreedor, pero a condición de que la deuda se encuentre vencida o de que el término obre a favor del deudor. So pena de nulidad de la subrogación, el préstamo y el recibo han de ser comprobables mediante un acto con fecha cierta, y en el acto del préstamo, se debe declarar que el dinero fue prestado para hacer el pago, y en el recibo, que el pago se hizo con dineros suministrados a dicho propósito por el nuevo acreedor.

(Nota: “también” tiene su valor, toda vez que el inciso precedente se refiere a la subrogación por iniciativa del deudor).

Artículo 1262. La subrogación transmite a su beneficiario, hasta el límite de lo pagado por él, el crédito y sus accesorios, comprendidas las cauciones que lo garantizan. El acreedor subrogado cuenta con todos los derechos y acciones ligados al crédito pertenecientes al acreedor primitivo, a excepción de aquellos vinculados exclusivamente a su persona.

Artículo 1263. Con todo, la subrogación no puede perjudicar al acreedor cuando apenas fue pagado parcialmente; en tal caso, él puede ejercer sus derechos, por lo que se le queda debiendo, con preferencia sobre quien no realizó sino un pago parcial, salvo convención en contrario.

Artículo 1264. Cuando la subrogación es consentida por el acreedor, la transmisión del crédito no es oponible al deudor sino desde el momento en que es informado.

Artículo 1264-1. El deudor puede oponer al acreedor subrogado todas las excepciones inherentes a la deuda, incluidas la intransmisibilidad de la obligación, si que también las cláusulas de solución de las diferencias, y prevalerse en contra de este de la compensación de deudas conexas con sus relaciones con el acreedor primitivo.

Igualmente puede oponer la extinción de la deuda por cualquiera causa anterior a la subrogación o, en caso de subrogación consentida por el acreedor, anterior a la fecha en que fue informado de esta.

Artículo 1264-2. La subrogación es oponible a terceros desde el pago que la produce. Esta oponibilidad se extiende, sin necesidad de formalidad, a la transferencia de las cauciones que garantizan el crédito.

Cuando la subrogación ha sido consentida por el acreedor, o por el deudor con el concurso del acreedor, no se exige que el acto tenga fecha cierta. En caso de impugnación, la prueba de la fecha incumbe al acreedor subrogado, que la puede suministrar por todos los medios.

SECCIÓN 3
DE LA NOVACIÓN
(ARTS. 1265 A 1274)

Artículo 1265. La novación es una convención que tiene por objeto sustituir a una obligación que se extingue, una obligación diferente que crea.

(Nota: la novación es siempre una convención, aun cuando no sea siempre entre el acreedor y el deudor de la obligación primitiva. Entre esta y la obligación nueva, hay siempre una diferencia. Parece preferible que estos dos términos estén presentes en la definición inaugural, lo mismo que los verbos “extinguir” y “crear”).

Artículo 1266. La novación opera de tres maneras:

1. Cuando un nuevo deudor sustituye al antiguo, que es descargado por el acreedor;
2. Cuando por efecto de un nuevo compromiso, un nuevo acreedor sustituye al antiguo, para con quien el deudor queda descargado;
3. Cuando el deudor contrae para con su acreedor una nueva deuda que sustituye a la antigua, que se extingue; en este caso, hay novación, cualquiera que sea la diferencia introducida entre la obligación antigua y la nueva.

(Nota: es el mismo tenor del actual art. 1271 C. C.).

Artículo 1267. No hay novación sino cuando la obligación antigua y la obligación nueva son válidas, a menos que su objeto declarado sea el de sustituir por una obligación válida, una obligación viciada de nulidad.

(Nota: esta disposición es una simple ampliación de la exigencia contenida en el actual art. 1272 C. C, en cuanto a la capacidad de contratar. Hace inútil la aproximación indirecta del art. 1275 –del proyecto–. La novación no se asimila a una convención; es de por sí una convención).

Artículo 1268. La novación no se presume; es necesario que la voluntad de realizarla resulte claramente del acto.

(Nota: es el mismo texto del actual art. 1273 C. C. ¿Sería menester endurecerlo insistiendo en ello? En seguida de esta regla probatoria, el enunciado del inc. 2.º, que es una cuestión de fondo, no está en su lugar. ¿Será necesario, y oportuno, hacer esta precisión? Parecería dudoso).

Artículo 1269. La novación por sustitución de un nuevo deudor puede operar sin el concurso del primero.

(Nota: el art. 1277 reproduce la disposición del actual art. 1274. Se pone de presente que el primer deudor no es parte en la novación, pero que esta es siempre una convención).

Artículo 1270. La novación por la sustitución de un nuevo acreedor puede darse si el deudor aceptó por anticipado que el nuevo acreedor fuera designado por el primero.

En caso de impugnación de la fecha de la novación, la prueba corresponde al nuevo acreedor, quien la podrá demostrar por cualquier medio.

Artículo 1271. La extinción de la obligación antigua se extiende a todos sus accesorios y comprende las garantías, salvo que estas últimas sean reservadas expresamente con el consentimiento de todos los interesados.

(Nota: nueva, esta disposición general es bienvenida. El principio que enuncia hace que las disposiciones siguientes se vean como aplicaciones).

Artículo 1272. La novación realizada entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios libera a los demás.

(Nota: es el texto del actual art. 1281 inc. 1.º).

Artículo 1273. En este caso, las garantías reales que garantizan el crédito antiguo no pueden ser reservadas sino sobre los bienes de quien contrae la nueva deuda, salva convención en contrario con dicho codeudor.

(Nota: el inc. 2.º reproduce casi exactamente el actual art. 1280 C. C.).

Artículo 1274. La novación realizada entre el acreedor y el fiador no libera al deudor principal. Tampoco libera a los demás fiadores, salva convención en contrario.

(Nota: esta disposición reproduce exactamente la “última jurisprudencia”).

SECCIÓN 4
DE LA DELEGACIÓN
(ARTS. 1275 A 1282)

Artículo 1275. Hay delegación cuando, por orden de una persona, el delegante, otra persona, el delegado, se compromete para con una tercera persona, el delegatario*, que la acepta como deudor.

** Siendo bases esenciales de la delegación, el compromiso del delegado para con el delegatario y la aceptación de la delegación, por este último, deben figurar en la definición de encabezamiento.*

Artículo 1276. La delegación es válida aun cuando el delegante no sea deudor del delegatario o el delegado no sea deudor del delegante.

Artículo 1277. La delegación tiene por objeto, según lo determinen las partes, una de las operaciones siguientes.

Artículo 1278. Cuando el delegante es deudor del delegatario y este lo libera expresamente, la delegación produce un cambio de deudor.

Esta delegación confiere al delegatario un derecho directo e independiente contra el delegado, quien no le puede oponer las excepciones de las que el delegante habría podido prevalerse.

Artículo 1279. Cuando el delegante es deudor del delegatario y este no lo libera expresamente, esta delegación simplemente le da al delegatario un segundo deudor en calidad de deudor principal.

Cuando la delegación se hace para darle al delegatario un segundo deudor, el pago del delegado libera al delegante.

Artículo 1279-1. Si la obligación del delegado resulta de un compromiso independiente expresamente estipulado, él no podrá oponer al delegatario las excepciones de que el delegante habría podido prevalerse, ni aquellas que él mismo habría podido oponer al delegante, a menos que expresamente se haya convenido lo contrario.

El delegado que, a solicitud del delegante, prometió pagar lo que este debía al delegatario, podrá oponer a este último las excepciones del delegante, a menos que se haya convenido otra cosa.

Artículo 1279-2. Cuando el delegante es deudor del delegatario, continúa obligado, aún si éste lo hubiere liberado, ya sea porque ha garantizado la insolvencia del delegado, o ya sea porque el delegado se encuentra sometido a un procedimiento de liquidación de sus deudas en el momento en que se hizo la solicitud de pago.

Artículo 1280. Cuando el delegado es deudor del delegante, corresponde a ambas partes decidir si se compromete a pagar al delegatario lo que él le debe al delegante o estipular a favor de él una obligación independiente.

La oponibilidad de las excepciones se regula en la forma indicada en el artículo precedente.

Artículo 1281. El compromiso del delegado para con el delegatario hace indisponible el crédito del delegante para con el delegado, que no puede ser cedido ni secuestrado.

En caso de impugnación relativa a la fecha de la delegación, al delegado le incumbe la prueba, para la cual podrá valerse de cualquier medio.

El pago hecho por el delegado al delegatario lo libera frente al delegante.

Todo salvo convención de las partes en contrario.

Artículo 1282. La simple designación, hecha por el deudor, de una persona que debe pagar en su lugar, no implica novación ni delegación.

Tampoco la simple designación hecha por el acreedor, de una persona que ha de recibir por él.

CAPÍTULO VII DE LA PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES

(Nota: la teoría general de las pruebas gobierna el conjunto del derecho privado. Su lugar natural estaría en el título preliminar del Código Civil, pero esta solución está fuera de

nuestro alcance. El título de las “Obligaciones” puede, entonces, acoger una buena parte, ante todo en razón de la generalidad inherente a la materia –sobre la cual se proyecta el derecho común del acto jurídico y del hecho jurídico– y también para no desordenar el trabajo de los prácticos, preocupación esencial. Por lo demás, muchas de las reglas singulares de prueba están enunciadas en el Código en la respectiva materia –filiación, regímenes matrimoniales, posesión, etc.–. En tales condiciones, lo mejor resultaría ser enemigo de lo bueno. Un espíritu pragmático domina toda la materia).

SECCIÓN I
DISPOSICIONES GENERALES
(ARTS. 1283 A 1290)

Artículo 1283. Quien pretenda la ejecución de una obligación debe probarla.

Recíprocamente, quien se considere liberado, debe demostrar el pago o el hecho que produjo la extinción de su obligación.

(Nota: no sería prudente tocar este texto. La armonía entre el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil –art. 9.º– no incomoda).

Artículo 1284. La prueba de los actos y hechos de los que nacen obligaciones puede darse, según las distinciones siguientes, por documento, por testigos, por presunción, por confesión, por juramento.

(Nota: este texto de presentación abre el abanico de los medios de prueba e introduce la idea de que las reglas probatorias no son las mismas para los actos que para los hechos jurídicos, y que, además, pueden diferir de distintos modos.

La referencia a los actos y hechos de los que nacen obligaciones hace eco al artículo de encabezamiento del título de las “Obligaciones” –art. 1101–.

La referencia a la prueba por documento introduce al artículo siguiente, en el que, mediante una mera inversión, puede aparecer la fórmula equivalente “prueba documental” –ocasión que debe mantenerse de señalar la sinonimia–).

Artículo 1285. La prueba por escrito o prueba documental resulta de un conjunto de cartas, de caracteres, de cifras o de otros signos o símbolos dotados de un significado inteligible, cualesquiera que sean su base y sus modalidades de transmisión.

(Nota: la definición de la prueba por escrito viene también luego de la enumeración de los medios de prueba. Esta definición es necesaria a causa de la consagración del escrito bajo forma electrónica, lo que exige precisiones. La definición de otros modos aparece en las disposiciones concernientes a ellos y que les son inseparables.

El desdoblamiento propuesto por los autores del proyecto es interesante, pero la ventaja de retomar el matiz de la inversión del artículo 1316 actual, como se vio, consiste en afirmar la sinonimia entre prueba por escrito y prueba documental, y de otra parte, en relacionarla con el artículo precedente).

Artículo 1285-1. El escrito bajo forma electrónica se admite como prueba, al mismo título [y tiene la misma fuerza probatoria] que el escrito sobre papel, a condición de que pueda ser debidamente identificada la persona de la que emana y de que sea establecido y conservado en condiciones que garanticen su integridad.

(Art. 1316-1 actual).

Artículo 1286. La firma necesaria para el perfeccionamiento de un acto jurídico identifica a quien la puso y muestra el consentimiento de las partes en las obligaciones que surgen de dicho acto. Cuando se estampa por un funcionario público, le confiere autenticidad.

La firma electrónica consiste en el empleo de un procedimiento confiable de identificación que garantice su vínculo con el acto al que se agrega. Cuando se crea la firma electrónica, se presume la confiabilidad de este procedimiento mientras no se pruebe lo contrario, en cuanto esté asegurada la identidad del signatario y la integridad del acto, en las condiciones fijadas por decreto del Consejo de Estado.

(Art. 1316-4 actual).

(Nota: el bloque de estos cuatro artículos encuentra aquí su ubicación: 1) para no separarlos de la definición de entrada que, por lo demás, está llamado a completar; 2) si se acepta que las reglas relativas al documento bajo forma electrónica no conciernen exclusivamente a la prueba de los actos jurídicos, sino que tienen un alcance general y que atañen a la prueba de los hechos jurídicos).

Artículo 1287. La prueba de los hechos es libre; puede darse por todos los medios.

Fuera de los casos determinados por la ley, el valor de las pruebas es apreciado en conciencia por el juez.

En caso de duda, el juez ha de optar por la mayor verosimilitud.

(Nota: el principio de la libertad de la prueba se refiere tradicionalmente a los hechos jurídicos. Erigirlo en principio común a los actos y a los hechos jurídicos no es compatible con la existencia –cuyo mantenimiento es necesario– de restricciones singulares para la prueba de los actos jurídicos).

No parece necesario definir la prueba, noción elemental que cae bajo el sentido común, siendo así que todo enunciado teórico es objeto de controversia —¿verdad de hecho o de alegación?—, así como de otros debates posibles.

Una proposición relativa a la lealtad de la prueba suscitara también muchos problemas —reflexión sobre la que cabría profundizar—.

Por el contrario, la referencia a la convicción íntima —acá llamada “conciencia” para provocar la discusión—, a reserva de las excepciones legales, parecería ser oportuna, lo mismo que una disposición sobre la duda y la mayor verosimilitud. La regla del melius jus campea en materia probatoria en todos los aspectos —comp. la prueba de la propiedad—.

Artículo 1288. La prueba de los actos jurídicos está sometida a reglas especiales relativas a la forma de la prueba por escrito, a la exigencia de una prueba documental y a la admisibilidad de la prueba testimonial.

(Nota: al establecer, en principio, restricciones que afectan la prueba de los actos jurídicos —en contraposición con la de los hechos jurídicos—, esta disposición precisa los objetos y previene los títulos de las secciones 2 y 3).

Artículo 1288-1. Las presunciones, la confesión y el juramento obedecen a las reglas generales.

(Nota: se trata de reglas probatorias comunes a los actos y a los hechos jurídicos. Podría intentarse decirlo de otra manera. El interés estriba en anunciar la sección 4).

Artículo 1289. Las convenciones relativas a la prueba son lícitas.

Sin embargo, no pueden descartar ni debilitar las presunciones establecidas por la ley ni modificar el valor otorgado por la ley a la confesión y al juramento.

Tampoco pueden establecer en provecho de una de las partes una presunción irrefragable surgida de sus propios escritos.

(Nota: abriéndosele campo a las convenciones relativas a la prueba, parece necesario marcar los límites. Este el propósito del nuevo art. 1316-3.

N. B.: hay que resaltar que la disposición relativa a los taílles —art. 1333— no figura en esta versión del proyecto, porque ya no está en uso.

Como lo sugieren los autores del proyecto, las disposiciones relativas a la confirmación merecen ser desplazadas —arts. 1338, 1339, 1340 actuales—. Con ello se ganan tres cupos en el articulado”).

Artículo 1290. La administración judicial de la prueba y de sus impugnaciones está regulada por el Código de Procedimiento Civil.

SECCIÓN 2
DE LAS FORMAS DE LA PRUEBA DOCUMENTAL
DE LOS ACTOS JURÍDICOS
(ARTS. 1291 A 1305)

(Nota: El título actual “De la prueba literal” es muy general: algunas disposiciones relativas a la prueba literal figuran en la sección 3. Es demasiado vago: las exigencias que la ley hace acá se refieren precisa y exclusivamente a las formas de la prueba escrita (y no a la exigencia de una prueba literal. Cfr. la sección 3. La sección podría igualmente tener como título: “De las formas de la prueba literal en los actos jurídicos”).

Artículo 1291. La prueba por escrito de un acto jurídico puede ser preconstituida por instrumento público o por documento privado.

Artículo 1292. El acto, sea instrumento público, sea documento privado, hace fe entre las partes de lo expresado incluso en los términos enunciativos, siempre que la enunciación tenga una relación directa con la disposición. Las enunciaciones ajenas a la disposición solo servirán como principio de prueba.

(Art. 1320 actual).

Artículo 1293. Cuando la ley no fijo otros principios, y a falta de convención válida entre las partes, el juez regulará los conflictos relativos a la prueba documental de modo de determinar por todos los medios el título más verosímil, cualquier que sea su soporte.

(Art. 1316-2 actual).

§ 1. Del título auténtico

(Nota: es una cuestión de terminología. Se puede decir, indistintamente, “título” o “instrumento” público. Pero “título” es un término prestigioso que conviene cabalmente a la autenticidad. El empleo tradicional no se equivoca. Bien se le puede conservar. El problema consiste en que el “título original”, a propósito de las copias, puede ser documento privado—nada es perfecto—. Empero la práctica no se ha descarrilado en razón de estos equivalentes que le son familiares).

Artículo 1294. Instrumento público [*acte authentique*] es aquel otorgado por los funcionarios públicos que tienen el derecho de instrumentar en el lugar donde el acto fue redactado, y con las solemnidades exigidas.

Puede estar redactado sobre una base electrónica, si se establece y conserva en las condiciones fijadas por decreto del Consejo de Estado.

(Art. 1317 actual).

Artículo 1294-1. El instrumento que no es público por la incompetencia o la incapacidad del funcionario, o por un defecto de forma, vale como documento privado, si está firmado por las partes.

(Art. 1318 actual).

Artículo 1294-2. El instrumento público hace plena fe de la convención que contiene entre las partes contratantes y sus herederos o causahabientes.

Sin embargo, en caso de impugnación por falsedad, se suspenderá la ejecución del acto tachado de falso por esa razón; y en caso de redarguición de falsedad por vía incidental, los tribunales podrán, según las circunstancias, suspender provisionalmente la ejecución del acto.

(Art. 1319 actual).

§ 2. Del documento privado

Artículo 1295. El documento privado, reconocido por la persona a quien se le opone, o legalmente tenido por reconocido, hace, entre quienes lo suscribieron y entre sus herederos y causahabientes, la misma fe que el instrumento público.

(Art. 1322 actual).

Artículo 1295-1. Aquel a quien se le opone un documento privado está obligado a admitir o negar formalmente su escritura o su firma.

Sus herederos o causahabientes pueden limitarse a declarar que no conocen el documento o la firma de su autor.

(Art. 1323 actual).

Artículo 1295-2. En caso de que la parte desconozca el documento o su firma, y en el caso de que los herederos o causahabientes declaren no conocerlos, la justicia ordenará la verificación.

(Art. 1324 actual).

Artículo 1296. Los documentos privados que contengan convenciones sinalagmáticas no son válidos si no han sido hechos en tantos originales cuantas sean las partes que tengan un interés diferente.

Basta un original para todas las personas que tienen el mismo interés.

Cada original debe contener la mención del número de originales que se hicieron. Sin embargo, la falta de mención de que los originales han sido dobles, triples, etc, no es oponible a quien ha ejecutado por su parte la convención contenida en el acto.

Esta disposición no se aplica a los actos celebrados bajo forma electrónica.

(Art. 1325 actual).

Artículo 1297. La prueba del acto jurídico por el cual una sola parte se obliga para con otra a pagarle una suma de dinero o a entregarle un bien fungible debe resultar de un título que tenga la firma de quien asume este compromiso, así como la mención, escrita de su puño y letra, de la suma o la cantidad, tanto en letras como en números. En caso de diferencia, el documento privado valdrá por la suma escrita en letras.

Artículo 1298. La fecha de los documentos privados no obra contra terceros sino desde el día en que han sido registrados, o desde el día de la muerte de aquel o de uno de aquellos que lo suscribieron, o desde el día en que su sustancia fue comprobada en los actos recibidos por funcionarios públicos, tales como el proceso de aposición de sellos o de inventario.

(Art. 1328 actual).

Artículo 1299. Los escritos provenientes de quien se pretende acreedor no constituyen prueba de la obligación que denuncian, salvo disposiciones en contrario de la ley, de la costumbre o la convención.

En los dos últimos casos, dichos escritos no tendrán más valor que el de presunciones e indicios.

Artículo 1300. Los documentos hacen prueba contra su autor, pero quien quiera utilizarlos en su favor, no los puede dividir.

Artículo 1300-1. Los registros y papeles domésticos no constituyen título a favor de quien los escribió, pero sí hacen fe en su contra: 1.º En todos los casos en que denuncien expresamente un pago recibido; 2.º Cuando contengan mención expresa de que la nota se escribió para suplir la falta del título a favor de la persona en cuyo favor denuncian una obligación.

(Art. 1331 modificado).

Artículo 1300-2. La nota escrita por el acreedor a continuación, al margen o al respaldo de un título que ha estado siempre en posesión suya, hace fe, aunque no se encuentre firmada ni fechada por él, cuando tiende a establecer la liberación del deudor.

Lo mismo se dispone respecto de lo escrito por el acreedor al dorso, o al margen, o a continuación del duplicado de un título o de un recibo, siempre que tal duplicado se encuentre en poder del deudor.

(Art. 1332 actual).

§ 3. De las copias de títulos y actos de reconocimiento

Artículo 1301. Las copias, cuando existe el original, solamente hacen fe de lo que contenga el título, cuya exhibición puede exigirse siempre.

(Art. 1334 actual vuelto a emplear).

Artículo 1302. Cuando el título original desapareció, las copias hacen fe, dentro de las siguientes condiciones:

1.º Las copias con mérito ejecutivo o las primeramente expedidas hacen la misma fe que el original, igual que las copias cuya expedición fue ordenada por el juez, con citación de las partes o debidamente dispuestas, y aquellas expedidas con citación de las partes y el consentimiento de todas.

2.º Las copias expedidas sin orden de juez, o sin el consentimiento de las partes, y luego de la entrega de las copias con mérito ejecutivo o primeras, que fueron tomadas sobre la minuta del acto por el notario que lo autorizó, o por uno de sus sucesores, o por funcionarios públicos que, en esa calidad, sean depositarios de las minutas, en caso de pérdida del original, pueden hacer fe cuando son antiguas.

Se consideran antiguas cuando tienen más de treinta años.

Caso de tener menos de treinta años sólo servirán como principio de prueba por escrito.

3.º Las copias de la minuta de un acto, que no hayan sido tomadas por el notario que lo autorizó, o por uno de sus sucesores, o por funcionarios públicos que, en esa calidad, son depositarios de las minutas, apenas podrán servir de principio de prueba por escrito, cualquiera que sea su antigüedad.

4.º Las copias de copias, según las circunstancias, podrán ser consideradas como mera información.

(Art. 1335 actual vuelto a emplear).

Artículo 1303. La transcripción de un acto en los registros públicos no podrá servir más que de principio de prueba por escrito, y para ello será menester:

1.º Que conste que todas las minutas del notario del año en el que parece que fue hecho el acto, se perdieron, o que se pruebe que la pérdida de la minuta de dicho acto ocurrió por un accidente singular;

2.º Que en el archivo del notario haya un escrito que compruebe que el acto se otorgó en esa fecha. Cuando, gracias al concurso de estas dos circunstancias sea admitida la prueba de testigos, será menester oír a quienes fueron testigos del acto, si sobreviven.

Artículo 1304. En caso de pérdida del título original, la copia fiel y duradera de un documento privado puede ser suficiente para probar su existencia.

Artículo 1305. Los actos de reconocimiento no dispensan de la presentación del acto original, a menos que en su texto se haya transcrito este.

Lo que contengan de más con relación al acto primordial, como aquello que tengan de diferente, no tendrá efecto alguno.

Sin embargo, en caso de pluralidad de reconocimientos concordantes de la posesión, si alguno de ellos tiene antigüedad de treinta años, el acreedor podrá ser dispensado de presentar el acto primordial.

(Es el art. 1337 empleado de nuevo).

SECCIÓN 3
DE LA EXIGENCIA DE UNA PRUEBA POR ESCRITO
Y DE LA PRUEBA TESTIMONIAL DE LOS ACTOS JURÍDICOS
(ARTS. 1306 A 1313)

(Nota: el título actual no es satisfactorio. El título propuesto concreta el contenido de las disposiciones de la sección que plantea de entrada la exigencia de una prueba documental y seguidamente regula la prueba testimonial).

Artículo 1306. Debe constituirse una prueba por escrito de los actos jurídicos que excedan de la suma o del valor que sea fijado por decreto.

Ninguna prueba de testigos será recibida en contra o más allá del contenido, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, durante o después del acto, aunque se trate de una suma o valor menor.

Todo ello sin perjuicio de lo prescrito en las leyes relativas al comercio.

Artículo 1307. La regla anterior se aplica en caso de que la acción pretenda, a más del capital, intereses que, sumados al capital, excedan la cifra prevista en el artículo precedente.

(Art. 1342 actual).

Artículo 1308. A quien haya propuesto demanda cuya cuantía exceda la cifra prevista en el artículo 1341, no se le admitirá prueba testimonial, aunque reduzca su demanda inicial.

(Art. 1343 actual).

Artículo 1309. La prueba testimonial sobre la demanda de una cantidad de dinero inferior no puede ser admitida cuando se declare que dicha suma es el saldo o hace parte de un crédito mayor que no se ha probado por escrito.

(Art. 1344 actual).

Artículo 1310. Si en la misma instancia, una parte formula varias demandas sin título escrito, que sumadas, exceden de la suma indicada en el artículo 1341, no será admitida la prueba de testigos, aunque la parte alegue que tales créditos derivan de causas diferentes y que se constituyeron en distintas oportunidades, salvo que esos derechos provengan de sucesión, donación o de otro modo, de distintas personas.

(Art. 1345 actual).

Artículo 1311. Todas las demandas, al título que sea, que no se encuentren plenamente justificadas por escrito, formarán una sola causa, de modo que las demandas presentadas después que no tengan prueba por escrito serán rechazadas.

(Art. 1346 actual).

Artículo 1312. Las reglas anteriores no se aplican cuando existe un principio de prueba por escrito.

Se denomina tal todo escrito emanado de aquel contra quien se formula la demanda o de su representante, que haga verosímil el hecho alegado.

El juez puede considerar como equivalente a un principio de prueba por escrito, las declaraciones hechas por una parte que compareció personalmente, o que rehusó responder, o que no compareció.

(Art. 1347 modificado).

Siendo admisibles todos los demás medios de prueba, el principio de prueba por escrito debe ser corroborado por a lo menos uno de ellos para que la prueba del acto se considere completa.

(Nota: el principio de prueba por escrito no constituye de por sí solo prueba del acto aducido. Debe ser completado con un elemento de prueba ajeno al escrito que lo conforma).

Artículo 1313. Las reglas anteriores no se aplican cuando una de las partes se haya encontrado en imposibilidad material o moral de procurarse una prueba documental del acto jurídico, o haya perdido el título que le servía de prueba documental, a consecuencia de un caso fortuito o de una fuerza mayor.

Tampoco se aplican cuando una parte o el depositario no conservó el título original y presenta una copia que es reproducción fiel y duradera de él. Se considera duradera toda reproducción indeleble del original que constituya una modificación irreversible de este.

SECCIÓN 4
REGLAS ESPECIALES DE LAS PRESUNCIONES,
LA CONFESIÓN Y EL JURAMENTO
(ARTS. 1314 A 1326-2)

§ 1. *De las presunciones*

Artículo 1314. Las presunciones son las consecuencias que la ley o el magistrado extrae de un hecho conocido sobre uno desconocido, para tenerlo por cierto con el fundamento en el hecho que lo hace verosímil.

(Art. 1349 modificado).

Artículo 1315. Presunción legal es aquella agregada por una ley especial a ciertos actos o a ciertos hechos; tales son:

- 1.º Los actos que la ley declara nulos, por presumirlos ejecutados en fraude a sus disposiciones, en razón de su sola calidad;
- 2.º Los casos en que la ley declara la propiedad o la liberación resultante de determinadas circunstancias;
- 3.º La autoridad que la ley concede a la cosa juzgada;
- 4.º La fuerza de ley que la ley le concede a la confesión de la parte o a su juramento.

(Art. 1350 actual).

Artículo 1316. La cosa juzgada no tiene autoridad sino respecto de lo que fue objeto de la decisión. Es menester que la cosa demandada sea la misma; que la demanda se

funde en la misma causa; que la demanda se presente entre las mismas partes, y sea formulada por ellas y contra ellas en la misma calidad.

(Art. 1351 actual).

Artículo 1317. La presunción legal dispensa a aquel en cuyo favor se estableció de la prueba del hecho que toma en consideración, cuando el hecho que lo hace verosímil es cierto.

Contra la presunción de ley no se admite ninguna prueba, cuando con fundamento en dicha presunción aquella anula ciertos actos o deniega la acción, salvo que haya reservado la posibilidad de prueba en contrario y que esta consista en juramento o confesión judiciales.

(Art. 1352 modificado).

Artículo 1318. Las presunciones que no haya establecido la ley quedan confiadas al razonamiento y la prudencia del magistrado, que no admitirá sino presunciones graves y precisas o concordantes, y en los casos en que la ley admite la prueba testimonial, a menos que el acto sea impugnado por causa de fraude o dolo.

Tales presunciones admiten siempre prueba en contrario.

(Art. 1353 modificado).

§ 2. *De la confesión*

Artículo 1319. La confesión que se opone a una parte puede ser extrajudicial o judicial.

(Art. 1354 actual).

Artículo 1320. La alegación de una confesión extrajudicial puramente verbal es inútil cuando quiera que se trate de una demanda en que sea inadmisibile la prueba testimonial.

(Art. 1355 actual).

El valor probatorio de dicha confesión será apreciado soberanamente por el juez.

Artículo 1321. Confesión judicial es la declaración que hace ante juez la parte o su representante provisto de poder especial.

Hace plena fe en contra de quien la hizo;

No puede ser dividida en su contra.

No puede ser infirmada, a menos que se pruebe que fue consecuencia de un error de hecho. Tampoco podrá serlo so pretexto de un error de derecho.

(Art. 1356 actual).

§ 3. Del juramento

Artículo 1322. El juramento judicial es de dos clases:

- 1.º El que el juez defiere de oficio a una de las partes;
- 2.º El que una parte defiere a la otra para hacer depender de él el resultado de la causa: se le llama decisorio.

(Art. 1357 actual).

Artículo 1323. El juramento puede ser deferido por el juez de oficio a una de las partes, sea para hacer depender de él la decisión de la causa, sea solamente para determinar el monto de la condena.

El juez apreciará soberanamente dicho juramento.

(Art. 1366 actual).

Artículo 1324. El juez no puede deferir de oficio el juramento, sea sobre la demanda, sea sobre la excepción que se haya propuesto, sino bajo las dos condiciones siguientes:

- 1.º Que la demanda o la excepción no se encuentre plenamente justificada;
- 2.º Que carezca totalmente de prueba.

Fuera de estos dos casos, el juez debe acoger o rechazar pura y simplemente la demanda.

(Art. 1367 actual).

Artículo 1324-1. El juramento deferido de oficio por el juez a una de las partes no puede ser deferido por esta a la otra.

(Art. 1368 actual).

Artículo 1324-2. El juramento sobre el valor de la cosa demandada no puede ser deferido por el juez al demandante sino cuando sea imposible establecer su valor de otro modo.

El juez, inclusive en este caso, debe determinar la suma hasta cuya concurrencia será creído el juramento del demandante.

(Art. 1369 actual).

Artículo 1325. El juramento decisorio puede ser deferido respecto de toda clase de controversias.

(Art. 1358 actual).

Artículo 1325-1. No puede deferirse sino sobre un hecho personal de la parte a la que se le defiere.

(Art. 1359 actual).

Artículo 1325-2. Puede ser deferido en cualquier estado de la causa, e incluso aun cuando no exista principio de prueba alguno de la demanda o de la excepción sobre la cual se provoca.

(Art. 1360 actual).

Artículo 1325-3. Aquel a quien habiéndosele deferido el juramento rehúsa prestarlo o no consiente en solicitarlo a su contraparte, o la contraparte a la que le fue pedido jurar se rehúsa, perderá su demanda o su excepción.

(Art. 1361 actual).

Artículo 1325-4. No es exigible el juramento cuando el hecho que es objeto de él no es de las dos partes, sino puramente personal de aquel a quien se defirió.

(Art. 1362 actual).

Artículo 1326. Una vez prestado, el juramento deferido o pedido, la contraparte no será oída en pretensión de falsedad.

(Art. 1363 actual).

Artículo 1326-1. La parte que ha deferido o que ha pedido el juramento no puede retractarse luego de que su contraparte ha declarado que está lista a prestarlo.

(Art. 1364 actual).

Artículo 1326-2. El juramento no constituye prueba sino en favor de quien lo ha deferido o en contra suya, y en favor de sus herederos y causahabientes o en contra de ellos.

Sin embargo, el juramento deferido por uno de los acreedores solidarios al deudor no libera a este sino por la parte de aquel acreedor:

El juramento deferido al deudor principal libera igualmente a los fiadores;

El deferido a uno de los deudores solidarios aprovecha a los codeudores;

Y el deferido al fiador aprovecha al deudor principal.

En estos dos últimos casos, el juramento del codeudor solidario o del fiador no aprovecha a los demás codeudores o al deudor principal, sino cuando ha sido deferido sobre la deuda, y no sobre el hecho de la solidaridad o de la fianza.

(Art. 1365 actual).

SUB-TÍTULO II
DE LOS CUASI-CONTRATOS
(ARTS. 1327 A 1339)

Artículo 1327. Los cuasi-contratos son hechos puramente voluntarios, como la gestión sin título del negocio ajeno, el pago de lo indebido o el enriquecimiento sin causa, del que resulta una obligación de quien se aprovecha de él sin tener derecho, y a veces una obligación de su autor para con otro.

(Notas:

1) El art. 1370 retoma el marco actual del art. 1371. La referencia al autor de los hechos hace superflua la precisión “del hombre”. La obligación de quien se aprovecha de estos hechos para con su autor viene en primer término, porque es común a todos los cuasi-contratos – inherente a la noción–, en tanto que la obligación del autor de los hechos es ocasional –y en la práctica, propia de la gestión de negocios–. La gestión sin título significa sin mandato ni título legal o judicial para intervenir en los negocios de otro.

2) El art. 1370, así presentado, desarrolla la definición diseñada en el art. 1101-2 inc. 2.º en el título de las fuentes de las obligaciones.

3) Las dos especies singulares de cuasi-contratos y la teoría general del enriquecimiento sin causa tienen como rasgo común un provecho obtenido por una persona sin tener derecho a él –criterio de agrupación sugerido por Carbonnier–.

4) La insistencia en “gestión sin título en el negocio ajeno” pretende resaltar un punto común a todos los cuasi-contratos: sin título, indebido, sin causa. No se discute que la gestión de

negocios ha de estar en la sección que se le ha consagrado —¿pero, por qué no se habría de titular el capítulo “De la gestión sin título del negocio ajeno”?—).

CAPÍTULO I
DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS
(O: DE LA GESTIÓN SIN TÍTULO DEL NEGOCIO AJENO)

Artículo 1328. Quien, espontáneamente, se encarga a título benévolo del negocio de otro, sin el conocimiento o la oposición del dueño de dicho negocio, queda sometido, en la realización de los actos jurídicos o materiales de su gestión, a todas las obligaciones del mandato expreso que habría recibido al efecto.

(Nota: el carácter gratuito del mandato resulta suficientemente del hecho de que la remuneración del gestor no aparece para nada dentro de las obligaciones del dueño del negocio. La utilidad de la gestión es una condición de dichas obligaciones, indicada a propósito. La inclusión de los actos materiales es, por demás, clásica).

Artículo 1328-1. El gestor debe continuar la gestión del negocio hasta que el dueño o su heredero se encuentre en condiciones de proveer a ello por sí mismo o que él pueda desentenderse sin riesgo de pérdida.

(Nota: se emplean dos disposiciones: arts. 1372 y 1373 C. C.).

Artículo 1328-2. Las circunstancias que llevaron al gestor a hacerse cargo del negocio pueden autorizar al juez a moderar la indemnización de los daños resultantes de una gestión defectuosa.

(Nota: es un texto bastante próximo al art. 1374 inc. 2.º actual. Este matiz merece ser conservado porque orienta al juez hacia las circunstancias variables que han podido determinar la intervención —su necesidad, el espíritu de su autor, etc.—).

Artículo 1328-3. La persona cuyo negocio ha sido administrado útilmente debe cumplir las obligaciones que el gestor contrajo en su nombre, indemnizarlo de todas las obligaciones personales que contrajo, reembolsarle todas las expensas útiles o necesarias que hizo y, con exclusión de cualquiera remuneración, asumir las pérdidas que sufrió.

(Nota: “útilmente”: es la palabra clave que encabeza las obligaciones del dueño, subordinadas a la utilidad de la gestión; la referencia a las pérdidas sufridas es bienvenida).

Artículo 1329. Las reglas de la gestión de negocios se aplican análogamente cuando la gestión se emprende no en interés exclusivo de otro, sino en interés común del otro y del gestor.

En este último caso la carga de las obligaciones, de las expensas y de las pérdidas se reparte en proporción a los intereses de cada cual.

Artículo 1329-1. Si la actuación del gestor no responde a las condiciones de la gestión de negocios, pero, de todas maneras implica un provecho para el dueño del negocio, este debe indemnizar al gestor según las reglas del enriquecimiento sin causa.

(Nota: se acoge, con algunos matices de presentación, una sugerencia interesante).

CAPÍTULO II DEL PAGO DE LO INDEBIDO

Artículo 1330. Quien recibe, por error o conscientemente, lo que no se le debe, se obliga a restituir lo que recibió indebidamente.

(Nota: es el art. 1376 actual, texto básico muy claro, que corresponde típicamente al cuasi-contrato).

Pero si prueba que el pago proviene de una intención liberal, de una obligación natural o de otra causa, no habrá lugar a restitución.

(Nota: se agrega algo evidente, pero bien oportuno —efecto de coherencia con otras disposiciones—).

Artículo 1331. Hay lugar a la restitución cuando la deuda que justificaba el pago es anulada o resuelta luego, o por otra razón pierde su causa.

(Nota: ninguna pregunta: esta disposición sale del ámbito del cuasi-contrato. Es una extensión a los casos que corresponden a la teoría de las nulidades —sanciones—. Por lo demás, esta extensión es hoy en día contradicha —Cas. Cív. 1.ª, 24 de septiembre de 2002, D. 2003-369—).

Artículo 1332. La persona que, por error o bajo amenaza*, paga una deuda ajena, puede obtener el reembolso, sea del verdadero deudor**, sea del acreedor, a menos que este, en razón del pago, haya cancelado el título o abdicado de una garantía***.

* Adición hoy generalmente admitida.

** La inclusión de esta opción es interesante.

*** La referencia a la abdicación de una garantía es igualmente interesante.

Artículo 1333. Quien de mala fe haya recibido, está obligado a restituir tanto el capital, como los intereses o los frutos desde el día del pago.

(Nota: es el art. 1378 actual).

Artículo 1334. Si la cosa indebidamente pagada es un cuerpo cierto, quien lo recibió debe restituirlo *in natura*, si existe, o en su valor al día de la restitución, si pereció o se deterioró por su culpa; así mismo es garante de la pérdida por caso fortuito, si recibió de mala fe.

(Nota: es el art. 1379 actual, pero con referencia a un cuerpo cierto –en el texto actual, el bien mueble corporal podría ser una cosa de género, lo que no es pertinente en esta disposición–).

Artículo 1334-I. El que habiendo recibido de buena fe vendió la cosa, no tiene que restituir sino el precio de la venta; en caso contrario, deberá su valor al día de la restitución.

(Nota: es el art. 1380 actual, con la adición de la hipótesis contraria: de la mala fe).

Artículo 1335. Aquel a quien la cosa ha de ser restituida ha de reconocer, incluso al poseedor de mala fe, todas las expensas necesarias y útiles para la conservación de la cosa.

(Nota: Es la disposición del actual art. 1381).

CAPÍTULO III DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Artículo 1336. Quien quiera que se enriquezca sin causa en detrimento de otro, debe al empobrecido una compensación igual a la menor de las sumas a las que asciendan el enriquecimiento y la pauperización.

(Nota: esta fórmula tradicional en la jurisprudencia, parece preferible a aquella de “en la medida del enriquecimiento correlativo”).

Artículo 1337. El enriquecimiento se considera sin causa cuando la pérdida sufrida por el empobrecido no proviene ni de su intención liberal a favor del enriquecido, ni del cumplimiento de obligaciones suyas para con él, en virtud de la ley, de una sentencia o de contrato, ni de la demanda de un interés puramente personal.

(Nota: esta fórmula que desarrolla el título del capítulo, es más simple y más clara que la presentación inversa –“el provecho no se justifica”– y permite agrupar todos los casos de ausencia de causa).

Artículo 1338. El empobrecido no tiene acción cuando los demás recursos de que disponía sucumbieron ante obstáculos de derecho común, como la prescripción*, o cuando su empobrecimiento es consecuencia de una culpa grave de su parte**.

**La subsidiariedad de la acción de in rem verso está indicada por su consecuencia principal.*

*** La reserva de la culpa grave se aproxima a la jurisprudencia.*

Artículo 1339. El enriquecimiento y el empobrecimiento se aprecian al día de la demanda. Sin embargo, en caso de mala fe del enriquecido, el enriquecimiento se apreciará al tiempo en que se benefició.

(Nota: este artículo final es útil).

GENEVIÉVE VINEY

Subtítulo III - “De la responsabilidad civil”

(arts. 1340 a 1386)

Exposición de motivos

El objeto del presente informe es dar cuenta de la esencia de los debates que se desarrollaron en el seno del grupo de trabajo encargado de la redacción del título IV “De la responsabilidad”. Tiende a hacer explícito el sentido de las decisiones que se tomaron sobre los puntos más importantes. El informe se completa con las notas y observaciones que acompañan al texto del articulado.

1. Una de las dificultades que afrontó el grupo consistió en determinar el *grado de generalidad en que convenía colocarse para seleccionar las disposiciones que se habrían de insertar en el Código Civil*.

1. En particular, fue necesario tomar partido sobre el punto de si convenía incluir, al lado de las disposiciones generales correspondientes a lo que se ha dado en llamar “el derecho común”, ciertos *regímenes especiales* de responsabilidad.

Las opiniones al respecto estaban muy divididas. Algunos eran del parecer de que el puesto de estos regímenes no se encontraba en el Código Civil y que el partido, tomado en 1998, de agregarle al Código el texto transpuesto de la directiva del 25 de julio de 1985 sobre la responsabilidad por el hecho de productos defectuosos, sería lamentable, mientras que otros dijeron que era deseable que el Código Civil reflejara las tendencias notables del derecho contemporáneo y que en él figuraran las disposiciones corrientemente aplicadas por los tribunales.

A la postre, se decidió dejar por fuera del Código Civil la mayoría de los regímenes especiales de responsabilidad o de indemnización que están reglamentados por leyes especiales¹, pero se negó la propuesta de suprimir los artículos 1386-1 a 1386-18², que se dejaron intactos por el grupo, por cuanto el legislador francés ya no puede modificar estos textos sin el asentimiento de las autoridades europeas. Por el contrario, la mayoría se pronunció a favor de la inclusión de las disposiciones que reglamentan el derecho a la indemnización de las víctimas de accidentes de circulación terrestre, aportándoles importantes modificaciones de fondo y de forma en lo que hace relación con la ley del 5 de julio de 1985.

2. En segundo lugar, a propósito de la reglamentación de *la indemnización del daño corporal*, fue difícil conciliar el imperativo de una redacción clara y concisa con la voluntad de aportar las precisiones técnicas necesarias para

1 Especialmente aquellos que regulan la responsabilidad de las compañías aéreas por los daños causados en la superficie por las aeronaves, de quienes explotan teleféricos por los daños causados a terceros, de quien explota un reactor nuclear, etc. Ocurre lo mismo con los textos que rigen la indemnización por accidentes de trabajo, los daños resultantes de actividades terroristas, de transfusiones contaminadas por el virus del sida, o el amianto, etc.

2 Esta propuesta no contó con la unanimidad.

definir los derechos y las obligaciones de las partes. Especialmente, la lista de los perjuicios reparables (art. 1379) y sobre todo la de las prestaciones que dan lugar a una acción por parte de los terceros que los pagaron (art. 1379-5), pueden parecer de una factura poco elegante. La primera, sin embargo, parece indispensable. En tanto que la segunda reproduce el actual artículo 29 de la ley del 25 de julio de 1985 y el artículo L-131-2 del Código de los Seguros, a los cuales se habría podido hacer un reenvío puro y simple, pero, por razones de comodidad, la mayoría de los miembros del grupo juzgó preferible integrarla en el Código, que, por esa circunstancia, contiene el conjunto de reglas aplicables a la indemnización del daño corporal, tan importante en la práctica.

II. La escogencia de una *construcción* adaptada a la materia implicó, de entrada, la pregunta del *lugar que se le debía asignar, en su orden, a las cuestiones relativas a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad extra-contractual*. ¿Debía mantenerse la reglamentación de la responsabilidad contractual en el título III, en el lugar que le habían asignado los redactores del Código Civil, y limitar el objeto del título IV a la responsabilidad extra-contractual? O, ¿era, por el contrario, preferible agrupar el conjunto bajo un único título denominado “De la responsabilidad”? Los miembros del grupo, divididos sobre este punto, dejaron en suspenso la solución del problema hasta tanto las soluciones sobre el fondo no hubiesen sido definidas. Solamente después de haber redactado el conjunto y comprobado que las reglas comunes a las dos ramas de la responsabilidad aventajaban ampliamente a las demás, el grupo adoptó, por mayoría, la segunda opción³. Un capítulo intitulado “Disposiciones preliminares” fue ubicado por fuera del título IV a fin de regular las relaciones entre las dos ramas de la responsabilidad.

Luego vienen dos capítulos consagrados, en su orden, a las condiciones (cap. II) y a los efectos (cap. III) de la responsabilidad, seguidos de un último capítulo intitulado “De los regímenes especiales de responsabilidad o de indemnización”.

A propósito de las condiciones de la responsabilidad (cap. II), fácilmente se llegó a acuerdo para reconocer que el perjuicio reparable, la relación de causalidad y las causas de exoneración se definen de la misma manera en materia contractual y extra-contractual, lo que condujo a agruparlas en una sección I, intitulada “Disposiciones comunes a las responsabilidades contractual y extra-

3 Algunos se mantienen reticentes puesto que estiman que esta presentación no permite resaltar con nitidez el particularismo de la responsabilidad contractual.

contractual”. Por el contrario, el hecho generador de la responsabilidad fue objeto de disposiciones diferentes para la responsabilidad extra-contractual; en este sentido, en tanto que la sección 2 se ocupa sucesivamente del “hecho personal”, del “hecho de las cosas”, del “hecho del tercero”, de las “perturbaciones de vecindad” y de “las actividades peligrosas”, la sección 3, concerniente a la responsabilidad contractual, no hace esas distinciones.

El capítulo III, consagrado a los efectos de la responsabilidad, comprende una sección 1 intitulada “Principios”, que trata de “la reparación *in natura*” (§ 1), de las reglas generales relativas a la evaluación y a las modalidades de la indemnización en forma de “daños y perjuicios” (§ 2), y de la incidencia de la pluralidad de responsables (§ 3). La sección 2 aporta precisiones en lo que respecta a las reglas aplicables a la reparación de ciertas categorías de daño: “la lesión a la integridad física” (§ 3). La sección 3 determina el estatuto aplicable a las convenciones cuyo objeto es la reparación, sea que la excluyan o la limiten (§ 1), sea que la fijen en un monto determinado (§ 2). Una última sección, muy breve, está consagrada a la prescripción de la acción de responsabilidad.

El capítulo IV, dedicado a los regímenes especiales, está dividido en dos secciones, una relativa a la indemnización de las víctimas de accidentes de la circulación, y, otra, a la responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos.

III. *Sobre el fondo*, los miembros del grupo no trataron de innovar sistemáticamente. Por el contrario, tomaron la mayoría de las soluciones elaboradas por la jurisprudencia para completar las disposiciones muy elípticas que figuraban en el Código Civil. Sin embargo, tampoco quisieron limitarse a una “codificación de derecho constante”, por haber estimado que debían tomar partido sobre las cuestiones delicadas a propósito de las cuales la jurisprudencia está dividida o que han sido impugnadas por la doctrina. No dudaron en descartar las disposiciones que les parecieron ya fuera caducas⁴ o simplemente inoportunas⁵, ni en introducir algunas nuevas cuando les pareció necesario para hacer concordar el derecho positivo con las necesidades de la vida contemporánea.

En este informe, nos limitaremos a señalar las posiciones que parecen ser las más sobresalientes.

4 Como la responsabilidad del artesano por el hecho de sus aprendices prevista actualmente por el artículo 1384 inciso 6.º, o la responsabilidad del propietario de un edificio por los daños causados por falta de mantenimiento o vicios de construcción resultante del artículo 1386.

5 Como aquella que introdujo la ley del 7 de noviembre de 1922 al inciso 2.º del artículo 1384.

6 Por ejemplo aquellas que figuran en los artículos 1358, 1360, 1362, 1371, 1373, y 1379-7 del texto propuesto.

1. *La posición del grupo en lo que se refiere al concepto de responsabilidad contractual:*

Se sabe que una corriente doctrinal reciente se niega a hacer depender la indemnización de los daños y perjuicios contractuales del concepto de responsabilidad⁷. Los autores que defienden este punto de vista consideran que esos daños y perjuicios constituyen una simple modalidad del cumplimiento de las obligaciones contractuales, lo que los conduciría a descartar la exigencia de un daño para justificar su otorgamiento y a proponer que todas las condenas a reparación de las consecuencias dañosas del incumplimiento se sometan al régimen extra-contractual.

Esta manera de ver las cosas, contradicha por una jurisprudencia mayoritaria, no ha conseguido la adhesión de la mayoría de la doctrina. Tampoco fue aceptada por los miembros del grupo, quienes, en efecto, consideraron que era necesario mantener, en provecho del acreedor insatisfecho, al lado del derecho de exigir el cumplimiento o de demandar la resolución del contrato, la posibilidad de obtener reparación de los daños causados por el incumplimiento. Esta tercera vía les pareció del todo autónoma en relación con las otras dos, tanto en cuanto a las condiciones impuestas al demandante para intentar la acción, como en cuanto a los resultados que puede esperar de ella. Siendo la única que garantiza al acreedor contra las consecuencias perjudiciales del incumplimiento contractual, ella es indispensable para su protección. Por otra parte, su objetivo indemnizatorio y el hecho de provenir de un incumplimiento —es decir de un hecho ilícito, en sentido amplio— permite ligarla al concepto de responsabilidad, sin que por ello se rechacen las particularidades de su régimen, que se explican por el afán de preservar las previsiones de las partes y de evitar la desnaturalización del contrato.

2. Sin embargo, esta opinión a favor de la admisión de una verdadera responsabilidad contractual plantea un problema temible en derecho positivo: el de las *relaciones entre los dos regímenes de responsabilidad, contractual y extra-contractual*.

Tradicionalmente, el derecho francés ha prohibido lo que se llama el “cúmulo” de los regímenes de responsabilidad, es decir, en realidad, la posibilidad, para la víctima de un daño contractual, de escoger la aplicación preferente del régimen extra-contractual. Para justificar esa prohibición, generalmente se invoca el hecho de que las reglas correspondientes a esta rama de la responsa-

7 Para una exposición particularmente completa de esta doctrina, cfr. PHILIPPE REMY. “La Responsabilité contractuelle: histoire d’un faux concept”, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1997, p. 323. Esta posición fue desarrollada en primer lugar por PHILIPPE LE TOURNEAU y retomada seguidamente por DENIS TALLON.

bilidad llevarían consigo el riesgo de frustrar las previsiones de los contratantes y de poner en jaque las cláusulas del contrato.

Los miembros del grupo estaban divididos sobre la oportunidad de consagrar en el Código esta “regla del no cúmulo”, que es ignorada por la mayoría de los derechos extranjeros. No obstante, se decidió, por mayoría, inscribirla en el artículo 1341, agregándole, sin embargo, una excepción muy importante en provecho de las víctimas de daños corporales. Pareció, en efecto, deseable permitirles optar por el régimen que les fuera más favorable, con la condición, empero, de que estuvieran en posibilidad de aportar la prueba de las condiciones exigidas para justificar la clase de responsabilidad invocada.

El artículo 1342 prevé, por su parte, la hipótesis de que en el origen de un daño sufrido por un tercero se encuentre el incumplimiento de una obligación contractual. Actualmente, la jurisprudencia tiende a reconocer, en este caso, con gran amplitud, la responsabilidad del deudor, pero se muestra particularmente dubitativa en cuanto a la naturaleza de esta responsabilidad. La mayoría de las sentencias la califican de “*délictuelle*” o “extra-contractual”, no dudando de que el solo incumplimiento del contrato es suficiente para establecer una culpa extra-contractual o un hecho de la cosa, siempre que se haya causado un daño a un tercero. No obstante, cuando la propiedad de una cosa fue transmitida por una cadena de contratos, al adquirente se le dota de una “acción directa, necesariamente contractual”, contra todos los eslabones anteriores de la cadena de distribución. Además, en algunos casos, la Corte de Casación ha decidido que la obligación contractual de seguridad aprovecha no solamente al acreedor, sino también a los terceros, sin precisar, por lo demás, si la acción del tercero víctima está entonces sometida a un régimen contractual o a un régimen extra-contractual. Estas soluciones muestran, de suyo, la incertidumbre de los jueces, que no tiene igual sino en la doctrina, donde los autores se muestran muy cohibidos para proponer soluciones coherentes.

Por eso se juzgó indispensable despejar dichas incertidumbres.

Para hacerlo, los miembros del grupo partieron de dos comprobaciones.

En primer lugar, la tendencia a admitir ampliamente la responsabilidad del deudor frente a los terceros a quienes causó directamente un daño con su incumplimiento contractual, corresponde a una aspiración que parece justa y que, de otra parte, está respaldada, en un plano teórico, por la admisión del principio “de oponibilidad del contrato”. Por esa razón se decidió consagrar esta responsabilidad mediante una disposición explícita (art. 1442 inc. 1.º).

Por el contrario, es claro que el sometimiento de esta responsabilidad al régimen extra-contractual corre el riesgo de frustrar las previsiones de las partes, al descartar la aplicación de las cláusulas del contrato que no son compatibles

con este régimen (en especial aquellas que descartan o aligeran las obligaciones o las responsabilidades o que fijan la jurisdicción competente o la ley aplicable), y colocar, por consiguiente, a los terceros que invocan el contrato para fundamentar esta responsabilidad, en una posición más ventajosa que aquella que puede hacer valer el propio acreedor. Ahora bien, esto parece extraordinariamente anormal.

Por lo tanto, la aplicación del régimen extra-contractual es la que presenta dificultad. Con todo, esta aplicación, que generalmente se justifica invocando el famoso principio del “efecto relativo del contrato”, no es impuesta, en realidad, por el artículo 1165 del Código Civil. De los numerosos e importantes trabajos consagrados a dicho principio resulta, en efecto, que su alcance se limita a dos consecuencias esenciales. En el momento de la celebración del contrato, impide a las partes vincular a los terceros y, en el momento de la ejecución, reserva a las partes el derecho de exigir el cumplimiento del contrato. Por lo demás, el principio del efecto relativo no ordena, de manera alguna, la escogencia del régimen de responsabilidad aplicable en caso de incumplimiento.

Por consiguiente, al definir el régimen de responsabilidad aplicable, son consideraciones prácticas las que deben llevar la delantera. Así, pues, éstas exigen *imponer la aplicación del régimen contractual puesto que el fundamento de la acción reside únicamente en el incumplimiento del contrato*. Esta es, en efecto, la única manera de someter a los terceros a todas las condiciones y límites que el contrato impone al acreedor para obtener la reparación de su daño.

Por el contrario, si el tercero puede establecer a cargo del deudor, además del incumplimiento contractual, un hecho generador de responsabilidad extra-contractual, no hay ninguna razón para privarlo de la acción destinada a hacer reconocer esta responsabilidad⁸.

Estas son las soluciones que propone consagrar el artículo 1342 incisos 1.º y 2.º del proyecto presentado.

3. Otra característica importante de los textos presentados consiste en el favor que muestran por las *víctimas de daños corporales o de lesiones a la persona*.

Esta tendencia aparece en el artículo 1341, que, en su inciso 2.º, autoriza a estas víctimas la escogencia del régimen que les sea más favorable, sin reñir con la regla del no cúmulo de las responsabilidades contractual y extra-contractual.

Se la encuentra igualmente en el artículo 1351, que prevé que, si las víctimas han incurrido en culpa en relación con su propio daño, esas culpas no

8 Ciertamente, esto da al tercero una ventaja en relación con el acreedor, pero tal ventaja parece normal, puesto que el tercero no ha consentido las eventuales limitaciones del derecho a la reparación que el acreedor sí aceptó. Ahora bien, él sufrió un daño contra el que no tenía ningún medio de protegerse.

serán tenidas en cuenta contra ellas para amputar su derecho a la reparación, salvo si son graves.

Ella inspira también el artículo 1373, que niega al juez el poder de reducir la indemnización en razón de un rechazo de cuidados, aun cuando éstos hubieran sido aptos para limitar las consecuencias del daño, y el artículo 1382-1 que prohíbe estipular convencionalmente cualquiera restricción a la indemnización del daño corporal.

En fin, la reglamentación de la indemnización de esta clase de daño por los artículos 1379 a 1379-8 aparece, en su conjunto, favorable a las víctimas.

4. Otro campo en el cual se propuso un cierto número de innovaciones es el de *la responsabilidad extra-contractual por el hecho ajeno*.

Se sabe que desde el fallo Blieck, proferido por la asamblea plena de la Corte de Casación el 29 de marzo de 1991, la jurisprudencia ha modificado profundamente las aplicaciones de esta clase de responsabilidad, sin que, por otra parte, haya llegado hasta ahora a estabilizar la materia.

Para intentar hacerlo, los miembros del grupo consideraron conveniente, en primer término, indicar los dos fundamentos posibles de la responsabilidad por el hecho ajeno que son, de una parte, el hecho de regular el modo de vida de las personas sometidas a una vigilancia particular por razón de su estado y, de otra parte, el hecho de enmarcar y de organizar la actividad de otra persona en el interés personal de quien ejerce ese control (art. 1355).

En todos los casos, pareció necesario exigir la prueba de un hecho susceptible de comprometer la responsabilidad del autor directo del daño (art. 1355 inc. 2.º). Esta condición no es mencionada por la jurisprudencia actual relativa a la responsabilidad del padre y de la madre, que se admite a partir de la comprobación de un simple "hecho causal" del menor.

a. *Las personas cuyo modo de vida es necesario regular* son los menores, pero también, los mayores cuyo estado exige una vigilancia particular en razón de un impedimento o de antecedentes judiciales.

Entre las personas a quienes se les atribuye una responsabilidad de pleno derecho por el hecho de los menores, se colocó en primera línea al padre y la madre. Se consideró necesario vincular esta responsabilidad al ejercicio de la autoridad parental, única condición que fue mantenida, puesto que la cohabitación del menor con sus padres fue descartada en razón de las dificultades que suscita su definición y de las anomalías a las que había conducido la aplicación de esta exigencia cuando era interpretada de manera rigurosa⁹.

9 En efecto, ella favorecía a aquel de los padres (padre o madre) que había abandonado al menor en detrimento del otro que se había ocupado de él efectivamente.

En caso de fallecimiento de los padres, el tutor asumirá esa responsabilidad. Su designación, de preferencia en el consejo de familia, se inspira en consideraciones prácticas. El tutor es fácilmente identificable por la víctima y puede tomar un seguro destinado a amparar este riesgo.

En fin, se previó que la responsabilidad incumbe igualmente “a la persona física o moral encargada, por decisión judicial o administrativa, o por convención, de regular el modo de vida del menor”. Esta disposición se refiere, además de a las asociaciones de acción educativa, a los establecimientos u organismos de reeducación encargados por el juez de la asistencia educativa, o por el juez de menores o un tribunal para menores, de tomar a su cargo al menor delincuente o al menor que se encuentra en peligro, a las instituciones médico-educativas o establecimientos escolares a los que los padres hayan confiado el menor a título de pensionado por contrato.

El texto precisa que estos diferentes casos de responsabilidad no se excluyen entre sí, sino que, por el contrario, bien podrían acumularse (art. 1356 *in fine*).

Una responsabilidad análoga pesaría sobre “las personas físicas o morales encargadas, por decisión judicial o administrativa, o por convención, de regular el modo de vida” de los mayores “cuyo estado exige una vigilancia especial”. Se trata, no solamente de los mayores bajo tutela, sino también de los jóvenes adultos que han sido objeto de una medida de colocación luego de una infracción, o de enfermos mentales hospitalizados, según las modalidades previstas por el título 1.º del libro II de la 3.ª parte del Código de la Salud Pública (arts. 3211-1 y ss.).

Estas responsabilidades serían de pleno derecho y no podrían ser descartadas sino con la prueba de una causa extraña que presente los caracteres de una fuerza mayor.

Además, se consideró útil prever que cualquiera otra persona —es decir aquella que no incurre en la responsabilidad prevista por los arts. 1356 y 1357, pero que asume, a título profesional, una misión de vigilancia de otro— responde por el hecho del autor directo a menos que pruebe no haber incurrido en una culpa.

b. Entre las aplicaciones de *la responsabilidad fundada en el encuadramiento y la organización de la actividad ajena por una persona que se aprovecha de dicha actividad*, hay un caso que es del todo clásico, el del comitente, cuya responsabilidad sería admitida en las mismas condiciones que en la actualidad.

Por el contrario, el proyecto prevé modificar la situación individual del comisionado. Su responsabilidad no sería descartada pura y simplemente, como lo admitió la asamblea plenaria de la Corte de Casación en su fallo Costedoat

del 25 de febrero de 2000, sino que se convertiría en subsidiaria respecto de la del comitente, lo que implica una mayor protección del interés de las víctimas, a tiempo que asegurarle una protección suficiente al comisionado.

Además, por cuanto las relaciones comitente-comisionado han sido redefinidas de manera relativamente estricta, se previó otro caso de responsabilidad por el hecho ajeno, a cargo de los profesionales que enmarcan o controlan la actividad de otros profesionales en situación de dependencia económica, sean profesionales liberales, como por ejemplo el médico que trabaja para una clínica, o sean comerciantes, como la filial que depende de una sociedad madre, o el concesionario o el que desarrolla una franquicia, que ejerce su actividad parcialmente en provecho del concedente o de quien otorga la franquicia. La responsabilidad del profesional en posición dominante estaría entonces comprometida cuando el hecho dañoso cometido por quien se encuentra en situación de dependencia tenga relación directa con el ejercicio del control.

Este caso de responsabilidad es completamente nuevo, pero los miembros del grupo pensaron que sería de gran utilidad para ajustar el derecho de la responsabilidad a las transformaciones que han afectado las estructuras económicas, tanto en el sector de la producción como en el de la distribución. En efecto, permitiría hacer recaer una parte de las responsabilidades, que se siguen como consecuencia de los daños causados con ocasión del ejercicio de actividades económicas, sobre quienes verdaderamente toman las decisiones, lo que sería a la vez más justo frente a los profesionales en situación de dependencia, y más favorable a las víctimas.

5. Entre las innovaciones propuestas conviene señalar, también, la previsión de un nuevo caso de *responsabilidad de pleno derecho, aquel que incumbiría a quien explota una actividad anormalmente peligrosa* por los daños que son consecuencia de la misma (art. 1362).

Esta disposición fue discutida de manera especial en el seno del grupo. Sus partidarios sostuvieron que acercaría el derecho francés a la mayoría de los derechos de los países vecinos y que estaría en armonía con la jurisprudencia administrativa que va en esa dirección. Sin embargo, algunos miembros del grupo objetaron que otras disposiciones, en especial aquellas que se refieren a la responsabilidad por el hecho de las cosas, la haría inútil. A lo cual se replicó que este texto concerniría esencialmente a las catástrofes industriales, al paso que la responsabilidad por el hecho de las cosas se adapta mejor a los daños entre particulares.

En fin de cuentas se decidió mantener esta regla para el caso de daños masivos resultantes de actividades que envuelven riesgos graves.

6. En lo que se refiere a las *funciones que le corresponden a la responsabilidad*, los textos propuestos, de acuerdo con el derecho actual, colocan en primer lugar a la reparación.

Sin embargo, una disposición (el art. 1372) abre prudentemente la vía a la concesión *daños y perjuicios punitivos*. En ella, la imposición de esta sanción se somete a la prueba de una “culpa deliberada, especialmente de una culpa lucrativa”, es decir, de una culpa cuyas consecuencias benéficas para su autor no serían neutralizadas por la simple reparación de los daños causados. La norma exige, igualmente, una motivación especial e impone al juez el deber de distinguir los daños y perjuicios punitivos de los compensatorios. En fin, se prohíbe su aseguramiento, lo que es indispensable para darle a esta condena un valor punitivo, que constituye precisamente su razón de ser.

La *prevención* no se presenta como una de las funciones específicas de la responsabilidad. No obstante, le fue reservado un lugar discreto, bajo el ropaje de la reparación *in natura*. En efecto, el artículo 1369-1 dispone que “Cuando el daño es susceptible de agravarse, de renovarse o de perpetuarse, el juez puede ordenar, si lo demanda la víctima, toda medida que sea necesaria para evitar esas consecuencias, incluida, si fuere necesario, la cesación de la actividad causante del daño”.

La misma idea inspira el artículo 1344 a cuyo tenor, “los gastos hechos para prevenir la ocurrencia de un daño o para descartar su agravación, como también para reducir sus consecuencias, constituyen un perjuicio reparable, siempre que sean razonables”.

7. Entre los textos propuestos para guiar a los jueces en el avalúo de los daños y perjuicios, la mayoría ratifica la jurisprudencia actual.

Empero, ha de resaltarse una disposición que no deja de estar relacionada con el artículo 1344 que se acaba de citar. Se trata del artículo 1373 que *autoriza al juez a reducir la indemnización cuando la víctima, por una negligencia caracterizada, dejó agravar un daño sin reaccionar o no hizo nada para reducirlo*.

El reconocimiento de esta posibilidad de moderación responde a la preocupación de responsabilizar a las víctimas, admitida hoy por la mayoría de los derechos de los países vecinos de Francia, lo mismo que por la Convención de Viena sobre la venta internacional de mercancías¹⁰ y cuya adopción preconizan los Principios de derecho europeo del contrato¹¹.

10 Artículo 77 CVIM.

11 Artículo 9-505.

Se pone de manifiesto que el artículo propuesto no pretende abrirle al juez una posibilidad de apreciación y que el ejercicio de dicha facultad está sujeto a la comprobación de que la reducción del daño habría podido obtenerse por medio de “medidas razonables y proporcionadas”. Además, se precisa, como ya subrayamos, que ninguna reducción puede ser admitida cuando esas medidas tengan el alcance de lesionar la integridad física de la víctima. Dicho de otra manera, la omisión de los cuidados no puede jamás fundar una disminución de la indemnización de los perjuicios resultantes de un daño corporal.

8. Las disposiciones que se refieren a “*las convenciones que tienen por objeto la reparación*” proponen varios cambios en relación con el derecho actual.

En primer lugar, consagran *la validez de las cláusulas que excluyen o limitan la reparación, aun en el caso de afectar una responsabilidad de naturaleza extra-contractual* (art. 1382), salvo cuando esta responsabilidad se funde en una culpa (art. 1382-4 inc. 2.º).

Esta convalidación en materia extra-contractual concierne principalmente a las convenciones que recaen sobre las responsabilidades entre vecinos o entre personas que emprenden una actividad en común sin estar ligadas por un contrato de sociedad o de asociación.

Un primer límite a la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad o de reparación atañe a la indemnización del daño corporal, que no podrá ser cercenada convencionalmente (art. 1382-1). Ahora bien, esta solución, reclamada desde hace mucho tiempo por la doctrina casi unánime, no ha sido, hasta el día de hoy, sostenida claramente por la jurisprudencia.

Otra disposición propone considerar nulas las cláusulas restrictivas de responsabilidad estipuladas por un profesional en detrimento de un consumidor, cuando no se encuentren compensadas por ninguna “contrapartida real, seria y claramente estipulada”. La norma está completamente dentro de la línea de soluciones que se desprenden de las recomendaciones de la Comisión de cláusulas abusivas.

El texto consagra, igualmente, algunas soluciones ya aceptadas por la jurisprudencia, especialmente la ineficacia de las cláusulas limitativas o exoneradoras de responsabilidad en presencia de un dolo o de una culpa grave, y la nulidad de aquellas que tienen por efecto liberar al deudor contractual de toda responsabilidad por el incumplimiento de una de sus obligaciones esenciales. En fin, se subordina la oponibilidad de la cláusula, en materia contractual, a la posibilidad para la víctima de tener conocimiento de ella antes de la celebración del contrato y, en materia extra-contractual, a una “aceptación inequívoca”.

Pero las innovaciones más importantes dicen relación con las cláusulas que hoy se designan corrientemente con la expresión de “cláusulas penales”

y se propone denominarlas “*Convenciones de reparación con tope de indemnización y cláusulas penales*”. El grupo consideró, en efecto, que no era necesario mantener los artículos 1226 a 1230, 1232 y 1233, que casi no se aplican. Quiso, por el contrario, conservar el poder de revisión judicial que se introdujo en 1975, pero considerando que sólo es necesario en el sentido de moderación de las cláusulas “manifiestamente excesivas”. Por el contrario, para las cláusulas “irrisorias”, la reglamentación prevista por los artículos 1382-1 a 1382-4 pareció ser suficiente.

La posibilidad de reducir judicialmente la reparación prevista en el contrato cuando ha habido ejecución parcial, que permite el actual artículo 1231, merece igualmente ser mantenida.

9. Al proponer la inclusión, en el Código Civil, de las disposiciones que definen *el derecho a la indemnización de las víctimas de accidentes de circulación*, los miembros del grupo quisieron aportar ciertas modificaciones.

La más importante se refiere a *la suerte del conductor víctima de una lesión a su persona*. En efecto, parece llegado el momento de asimilar al conductor a las demás víctimas, sin tomar en consideración en su contra, para privarlo de la indemnización, nada más que su “culpa inexcusable”, con la condición de que haya sido “la causa exclusiva del accidente”.

Ciertamente, en 1985, esta asimilación pudo parecer prematura, dado que las consecuencias de la reducción de las causas de exoneración no habían sido aún medidas; pero una nueva etapa parece imponerse hoy. En efecto, los conductores están expuestos a los riesgos de la circulación exactamente como los peatones, los ciclistas y los pasajeros. Que su indemnización sea puesta a cargo del seguro obligatorio, cuya razón de ser es precisamente la garantía de estos riesgos, parece algo lógico y necesario. Por lo demás, la jurisprudencia, en un cierto número de casos, ya ha llegado a este resultado.

De la misma manera, la exclusión de los accidentes ferroviarios y de tranvía, admitida en 1985, tampoco parece justificada. El hecho, comprobado, es que la jurisprudencia se ha negado desde entonces, casi sistemáticamente, a admitir la exoneración de la SNCF en casos de accidente corporal, pues las causas extrañas invocadas para excluir la responsabilidad en que la empresa incurre con base en un incumplimiento de su obligación de seguridad de resultado, no se han considerado prácticamente nunca como dotadas de los caracteres de la fuerza mayor, aun si se trata de culpas de la víctima, *a fortiori* de casos fortuitos o de hechos de un tercero. La aplicación del mismo régimen de responsabilidad a todas las víctimas de accidentes de la circulación en los que estén implicados vehículos terrestres a motor parece, entonces, imponerse por razones de sencillez y de equidad.

En fin, la interpretación muy estrecha que la Corte de Casación adopta hoy de la culpa inexcusable de la víctima hace inútil el mantenimiento de la disposición concerniente especialmente a los niños y a las personas de edad o con impedimentos. Para todas las víctimas, parece suficiente exigir la prueba de su culpa inexcusable a fin de negarles o de limitarles su indemnización.

Las explicaciones contenidas en este informe sólo se refieren a las cuestiones más importantes y han de complementarse con las que acompañan al texto mismo.

Sub-título III
“De la responsabilidad civil”
(arts. 1340 a 1386)

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES PRELIMINARES

Este capítulo es especialmente importante porque toma partido sobre cuestiones fundamentales y muy controvertidas.

Exige un hecho ilícito o anormal para fundar la responsabilidad, pero precisa que tal hecho no exige el discernimiento.

Consagra la noción de responsabilidad contractual, como también la regla del no cúmulo de las responsabilidades contractual y extracontractual, que, sin embargo, descarta en caso de daño corporal.

Le permite al tercero al contrato demandar reparación del daño causado por la inejecución de una obligación contractual, pero sometiéndolo entonces a las reglas de la responsabilidad contractual, salvo que se encuentre en condiciones de demostrar la existencia de un hecho susceptible de comprometer la responsabilidad extracontractual del demandado. En esta última hipótesis, el tercero puede optar entre los dos regímenes.

Artículo 1340. Todo hecho ilícito o anormal que cause daño a otro obliga a quien le es imputable a repararlo.

Este texto, que se presenta como un anuncio de los que siguen, emplea la noción de “hecho ilícito o anormal” para introducir las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual.

Así mismo, toda inejecución de una obligación contractual que cause daño al acreedor obliga al deudor a responder por ella.

Esta fórmula pretende establecer la identidad de las dos responsabilidades a despecho del empleo de dos palabras diferentes (responder y reparar) por razones de estilo.

Artículo 1340-1. Aquél que causa un daño a otro encontrándose en estado de perturbación mental está, no obstante, obligado a repararlo.

Artículo 1341. En caso de inejecución de una obligación contractual, ni el deudor ni el acreedor pueden sustraerse a la aplicación de las disposiciones específicas de la responsabilidad contractual para optar por las de la responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, cuando tal inejecución ocasiona un daño corporal, la contraparte, para obtener la reparación de dicho daño, puede optar por las reglas que le sean más favorables.

El grupo prefirió integrar esta disposición luego del texto general que aúna los diferentes casos de responsabilidad, en vez de modificar la definición de culpa dada por el artículo 1353.

Esta solución permite evitar decir que la persona privada de discernimiento puede cometer una culpa. Por lo demás, da a la responsabilidad del enajenado mental (y eventualmente de los infantes) un alcance general válido para todos los hechos generadores de responsabilidad extracontractual, e incluso para la responsabilidad contractual.

Se dirá que el artículo 1351 descarta la exoneración por culpa de la víctima cuando esta no tiene discernimiento. Los miembros del grupo estiman, en efecto, que la exoneración por culpa de la víctima es una pena privada que, por consiguiente, no debe aplicarse sino a las personas conscientes de las consecuencias de sus actos.

Artículo 1342. Cuando la inejecución de una obligación contractual es la causa directa de un daño sufrido por un tercero, este puede demandar su reparación al deudor con fundamento en los artículos 1362 a 1366.

Igualmente puede obtener reparación con fundamento en la responsabilidad extracontractual, pero siendo de su cargo aportar la prueba de uno de los hechos generadores previstos en los artículos 1352 a 1362.

(Este texto es el resultado de reflexiones prolongadas...)

A la luz del informe de los trabajos del grupo 10 sobre los efectos del contrato respecto de terceros, la solución más equilibrada parece ser la de, en principio, conceder a los terceros una acción de reparación que les permita basarse en la inejecución del contrato cuando esta les ha causado un perjuicio (lo que actualmente admite la Corte de Casación por el concepto de la asimilación de las culpas), pero sometiendo entonces al tercero a todas las restricciones emanadas del contrato (cláusulas limitativas o excluyentes de responsabilidad, cláusulas de competencia, límite de la previsibilidad del daño...). Esta solución respondería al argumento más frecuentemente invocado contra la asimilación de las culpas (que actualmente le permite al tercero fundarse en el contrato a la vez que eludir todos sus inconvenientes). Y conduciría igualmente a hacer desaparecer todas las controversias y distinciones ligadas a las cadenas y grupos de contratos, así como a abarcar la situación de las víctimas de rebote. Sin embargo, el grupo mantiene la posibilidad, para el tercero que desee escapar a las restricciones del contrato del que no fue parte, de basarse en la responsabilidad extracontractual, pero sometido a la exigencia de probar todas las condiciones necesarias para poner en juego dicha responsabilidad).

CAPÍTULO 2

DE LAS CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD

§ 2. El perjuicio reparable

La definición de perjuicio reparable sigue siendo demasiado general, pero la alusión a una lesión de un interés colectivo parece útil, especialmente para permitir la reparación del perjuicio ecológico.

Parece igualmente deseable consagrar disposiciones especiales en cuanto a los gastos hechos para minimizar las consecuencias en cuenta del hecho dañino y a la pérdida de una oportunidad.

Artículo 1343. Es reparable todo perjuicio cierto consistente en la lesión de un interés lícito, patrimonial o extra-patrimonial, individual o colectivo.

Hubo discusión sobre la oportunidad de incluir en el Código una definición del daño (o del perjuicio) reparable, que actualmente no se da. A pesar de la dificultad de esta definición, el grupo decidió no dejar pasar la oportunidad.

El grupo decidió, luego de discusión, consagrar sendos textos a los dos puntos discutidos: las expensas hechas para prevenir la realización de un daño, y la pérdida de una oportunidad. A la inversa, no le pareció útil consagrar un artículo especial a las pérdidas de la especulación.

En la medida de lo posible, el grupo procuró dar sentidos distintos a los términos “daño” y “perjuicio”; el daño, para designar el atentado contra la persona o los bienes de la víctima, y el perjuicio, para indicarla lesión de los intereses patrimoniales o extrapatrimoniales resultantes de aquel.

El término “colectivo” se introdujo a fin de permitir que los tribunales admitan concretamente la indemnización del perjuicio ecológico. Empero, el grupo no tomó partido sobre el punto de señalar quién puede pretender la reparación (individuos lesionados, asociaciones que los agrupan...). Estimó que esta cuestión tiene que ver más bien con el procedimiento.

Artículo 1344. Las expensas razonables hechas para prevenir la realización inminente de un daño o para evitar su agravación, así como para reducir sus consecuencias, constituyen un perjuicio reparable.

Artículo 1345. El perjuicio futuro es reparable cuando es la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual.

Esta fórmula está tomada de varias sentencias de la Corte de Casación.

Cuando la certeza del perjuicio depende de un acontecimiento futuro e incierto, el juez puede condenar de manera inmediata al responsable, condicionando la ejecución de su decisión a la ocurrencia de ese acontecimiento.

Esta solución, admitida por la jurisprudencia en beneficio de las víctimas seropositivas, parece ser generalizable.

Artículo 1346. La pérdida de una oportunidad constituye un perjuicio reparable diferente del provecho que dicha oportunidad habría procurado si se hubiera realizado.

§ 2. *La relación de causalidad*

Parece ilusorio tratar de definir la relación de causalidad con una fórmula general. En cambio, parece útil la afirmación de la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo de donde proviene el daño, cuando el autor no está identificado, siendo esta solidaridad susceptible de aplicación en distintas circunstancias.

Artículo 1347. La responsabilidad presupone el establecimiento de una relación de causalidad entre el hecho imputado al demandado y el daño.

Artículo 1348. Cuando el daño fue causado por un miembro indeterminado de un grupo, todos los miembros identificados de él responden solidariamente, salvo que cada cual de ellos pueda demostrar que no pudo ser su autor.

Este texto, que evoca la jurisprudencia bien conocida en materia de accidentes de caza, podría aportar solución para muchas otras situaciones, especialmente en caso de daños causados por un producto distribuido por algunas empresas, todas identificadas, cuando no se puede establecer cuál de ellas fue la que vendió el producto que fue el origen de los perjuicios sufridos por las víctimas.

§ 3. *Las causas de exoneración*

El texto consagra la noción extraña limitándose a enumerar los hechos de los que proviene. Por el contrario, define la fuerza mayor retomando una de las fórmulas establecidas por la Corte de Casación.

Las modificaciones con relación a las soluciones actuales conciernen a la culpa de la víctima cuyo efecto exonerador se excluye cuando el autor carece de discernimiento y se atenúa cuando ella sufre un daño corporal. A la inversa, se precisa que la culpa grave de la víctima la priva de cualquiera reparación.

Artículo 1349. No se compromete la responsabilidad cuando el daño se debe a una causa extraña que presenta los caracteres de la fuerza mayor.

La causa extraña puede provenir de un caso fortuito, del hecho de la víctima o del hecho de un tercero por quien el demandado no tenga que responder.

La fuerza mayor consiste en un acontecimiento irresistible que el agente no podía prever o cuyos efectos no podía evitar con medidas apropiadas.

Artículo 1350. La víctima no tiene derecho a ninguna reparación cuando voluntariamente buscó el daño.

Artículo 1351. No hay lugar a exoneración parcial sino cuando una culpa de la víctima concurre a la producción del daño. En caso de atentado contra la integridad física, solo una culpa grave puede significar exoneración parcial.

Hubo discusiones para ver si era conveniente o no escribir “de su propio daño”, lo que tendría por efecto condenar la oponibilidad de la culpa de la víctima inicial a las víctimas de rebote (solución admitida por la Corte de Casación, que se pronunció sobre este punto en Asamblea Plenaria en 1981). La redacción escogida tiene la ventaja de dejar abierta la posibilidad de una evolución.

La solución de la exoneración parcial no está actualmente admitida en el derecho positivo. Es una manifestación de favor frente a las víctimas de daños corporales.

Artículo 1351-1. Las exoneraciones previstas en los dos artículos precedentes no son aplicables a las personas privadas de discernimiento.

SECCIÓN 2

DISPOSICIONES PROPIAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

§ 1. El hecho personal

Se propone aquí una definición de alcance general de la culpa, como también una precisión de la culpa de la persona moral que puede concernir a su organización o a su funcionamiento.

Artículo 1352. Toda culpa obliga a su autor a reparar el daño que causó.

Constituye culpa la violación de una regla de conducta impuesta por una ley o un reglamento, o la falta a un deber general de prudencia o de diligencia.

No hay culpa cuando el autor se encuentra en una de las situaciones previstas en los artículos 122-4 a 122-7 del Código Penal*.

** Que definen los hechos justificativos.*

Artículo 1353. Se considera culpa de la persona moral, no solamente la cometida por un representante, sino también la resultante de una falla de organización o de funcionamiento*.

** La noción de “falla de organización o de funcionamiento”, admitida corrientemente por las jurisdicciones administrativas, parece ser útilmente transferible al derecho privado.*

§ 2. El hecho de las cosas

Se discutió en el seno del grupo a propósito de la utilidad y la oportunidad de mantener el régimen de la responsabilidad por el hecho de las cosas, tal como fue construido por la jurisprudencia con fundamento en el artículo 1384 inc. 1.º C. C.

Esta construcción ha perdido parte de su interés luego de la promulgación de la ley del 5 de julio de 1985 sobre la indemnización de las víctimas de accidentes de circulación.

Por lo demás, ningún otro país tiene un régimen semejantes, que parece, en comparación con los derechos extranjeros, de una gran severidad. Algunos se preguntan si no sería, entonces, deseable reemplazarlo por un principio de responsabilidad de pleno derecho por el hecho de las actividades peligrosas, como el que acepta la jurisprudencia administrativa. Esta solución aproximaría el derecho francés a la mayor parte de los derechos europeos.

A la postre, la mayoría se pronunció por su conservación, y la consagración legislativa de las adquisiciones jurisprudenciales.

Artículo 1354. Se es responsable de pleno derecho* de los daños causados por el hecho de las cosas cuya guarda se tiene.

** Se trae esta noción para indicar claramente que no hay exoneración posible por ausencia de culpa.*

Artículo 1354-1. El hecho de la cosa se establece a partir de cuando ésta, en movimiento, entró en contacto con el objeto del daño.

En los demás casos, corresponde a la víctima establecer el hecho de la cosa, probando, sea el vicio de ella, sea la anormalidad de su posición o de su estado.

Artículo 1354-2. Guardián es quien tiene el gobierno de la cosa en el momento del hecho dañoso.

El propietario se presume guardián.

Artículo 1354-3. No constituyen causal de exoneración ni el vicio de la cosa ni la alteración síquica del guardián.

Artículo 1354-4. Los artículos 1354 a 1354-3 son aplicables a los daños causados por los animales.

§ 3. *El hecho ajeno*

La lista de los casos de responsabilidad por otro ha sido modificada profundamente con relación al derecho actual. Se suprimieron los regímenes especiales de responsabilidad del artesano por el hecho de sus aprendices y del institutor por el hecho de sus alumnos.

Los casos que se conservan se refieren a modelos diferentes. Algunos fundados en el control del modo de vida de los menores y de los mayores cuyo estado o situación demanda una supervisión especial. Otros miran a las personas que controlan la actividad de otra y se benefician de ella. Al segundo modelo se refiere no solamente la responsabilidad del comitente por el hecho de su comisionado, sino también la de las personas físicas o morales que abarcan la actividad de profesionales no comisionados y tienen interés en la actividad de ellos.

Estas responsabilidades son estrictas. No están subordinadas a la prueba de la culpa del responsable, sino a la de un hecho que sería susceptible de comprometer la responsabilidad personal del autor directo si no hubiera obrado bajo el control de otro.

La responsabilidad personal del comisionado no puede resultar comprometida sino a condición de que la víctima no pueda obtener reparación ni del comitente ni de su asegurador. Por el contrario, la de los profesionales que no son comisionados por los que responde otro, se mantiene sometida al derecho común.

Artículo 1355. Aquel que regula el modo de vida u organiza la vida de otro o controla su actividad en interés propio, es responsable de pleno derecho de los daños causados por ellos.

Este artículo es un texto de anuncio de diferentes casos de responsabilidad por el hecho ajeno.

Es manifiesta una vacilación a propósito de la elección entre “provecho”, “ventaja”, “interés”. Se prefirió este último término porque es más neutral que los otros y susceptible de englobar el caso de la ayuda benévola.

Esta responsabilidad tiene lugar en los casos y en las condiciones previstas en los artículos 1356 a 1360, y presupone la prueba de un hecho que comprometa la responsabilidad del autor directo del daño.

Artículo 1356. De los daños causados por un menor son responsables:

- su padre y madre en cuanto ejerzan la autoridad parental;
- el tutor en caso de muerte de ellos;
- la persona física o moral encargada por decisión judicial o administrativa, o por convención, de regular el modo de vida del menor. Esta responsabilidad se puede acumular a la de los padres o el tutor*.

** Esta posibilidad de acumulación es actualmente descartada por la Corte de Casación. Fue objeto de discusiones en el seno del grupo de trabajo.*

Artículo 1357. De los daños causados por un mayor cuyo estado o situación* demanda una supervisión especial, es responsable la persona física o moral encargada, por decisión judicial o administrativa o por convención, de regular su modo de vida.

** El “estado” indica una deficiencia síquica o mental, mientras que la “situación” contempla, por ejemplo, el caso de encarcelamiento o de control ejercido por una autoridad judicial o una persona delegada por esta.*

Artículo 1358. Las demás personas que asumen, a título profesional, una misión de vigilancia de otra, responden del hecho del autor directo del daño, a menos que demuestren que no cometieron culpa alguna*.

** Este texto contempla, por ejemplo, la asistencia maternal, el centro de distracciones o la escuela a la cual fue confiado un niño temporalmente por sus padres.*

Artículo 1359. El comitente es responsable de los daños causados por su comisionado. Comitente es quien tiene el poder de dar órdenes o instrucciones en relación con el desempeño de las funciones del comisionado*.

** Esta definición es más estrecha que la admitida hoy por la jurisprudencia. Se explica por la presencia de otros casos de “control de la actividad ajena” (cfr. art. 1360).*

El comitente no es responsable si prueba que el comisionado obró por fuera de las funciones para las cuales le había empleado, sin autorización y con fines ajenos a sus atribuciones*. Tampoco lo es si demuestra que la víctima no podía legítimamente creer que el comisionado obraba por cuenta del comitente**.

** Esta fórmula es la utilizada por la asamblea plenaria en su sentencia del 19 de marzo 1988.*

*** Este texto retoma una jurisprudencia bien establecida. Proviene de la idea de que si la víctima es de mala fe, el comitente debe ser exonerado, así no haya acumulación de las tres condiciones de la primera frase, constitutivas del abuso de funciones exonerador de la responsabilidad del comitente.*

Artículo 1359-1. El comisionado que, sin cometer culpa intencional, obró dentro del marco de sus funciones, con fines conformes a sus atribuciones y sin transgredir las órdenes de su comitente no compromete su responsabilidad personal para con la víctima, sino a condición de que esta demuestre que no pudo obtener del comitente, como tampoco de su asegurador, reparación de su daño*.

** Esta disposición se propone modificar la solución adoptada por la Asamblea plenaria de la Corte de Casación en su sentencia del 25 febrero de 2000. En lugar de descartar la responsabilidad personal del comisionado, la vuelve subsidiaria con relación a la del comitente.*

Artículo 1360*. No habiendo vínculo de preposición, quien abarca u organiza la actividad profesional de otra persona y de ello obtiene provecho económico, es responsable de los daños causados por esta en el ejercicio de dicha actividad. Son especialmente responsables los establecimientos de atención por los daños causados por los médi-

cos que emplean. Incumbe al demandante probar que el hecho dañoso derivó de tal actividad.

Igualmente es responsable quien controla la actividad económica o patrimonial de un profesional en situación de dependencia, así obre por cuenta propia, cuando la víctima prueba que el hecho dañoso tiene relación con el ejercicio del control. Así, especialmente, las sociedades matrices son responsables de los daños causados por sus filiales o los concedentes por los daños causados por sus concesionarios.

** Las hipótesis previstas por los dos incisos de este artículo no son exactamente las mismas:*

El inciso 1.º indica a los “asalariados libres”, es decir, aquellos que no reciben “órdenes ni instrucciones” (por ejemplo el médico asalariado).

El inciso 2.º se refiere esencialmente a las relaciones entre concedentes y concesionarios en la franquicia, entre matrices y filiales (de ahí la precisión “así obren por cuenta propia”).

§ 4. Las perturbaciones de vecindad

Se mantiene el régimen construido por la jurisprudencia. Pero, en cambio, se modifica su ámbito, porque se considera que la responsabilidad del empresario por los daños causados a los vecinos del dueño de la obra obedece a otra lógica.

Artículo 1361. El propietario, el tenedor o el explotador de un fondo que provoque una perturbación que excede de los inconvenientes normales de vecindad, es responsable de ella de pleno derecho.

§ 5. Las actividades peligrosas*

Esta disposición es innovadora. Está destinada a dotar al derecho francés de un régimen de responsabilidad adaptado específicamente a las catástrofes industriales de gran alcance.

** Ya se vio (en la nota al inc. 2.º art. 1340) que se dio discusión a propósito de la oportunidad de mantener la responsabilidad por el hecho de las cosas o adoptar un modelo típico de “responsabilidad por el hecho en actividades peligrosas” que previenen muchos de los derechos extranjeros. Para algunos, el hecho de haber optado a favor del mantenimiento de la responsabilidad por el hecho de las cosas no privaría de utilidad la admisión de una responsabilidad de pleno derecho por el hecho en actividades peligrosas, a condición de que este régimen se caracterice por una limitación más estricta de las causales de exoneración (que prevé el inc. 2.º). Para otros, las disposiciones de los artículos 1354 a 1354-4, de una parte, y 1362, de otra parte, no se aplicarían a las mismas situaciones: cfr. a este propósito la exposición introductoria, III, 5.º.*

Artículo 1362. Sin perjuicio de las disposiciones especiales*, quien explote una actividad anormalmente peligrosa, así sea lícita, está obligado a reparar el daño consiguiente a ella.

** Se trata de textos que instituyen una responsabilidad de pleno derecho a cargo de ciertos explotadores, especialmente las compañías aéreas por los daños causados en el suelo por los aparatos, los explotadores de teleféricos por los daños causados a terceros, los explotadores de reactores nucleares por los accidentes sobrevenidos en la planta, etc.*

El sistema propuesto es muy próximo al que inspiró esos textos especiales. En últimas, se puede prever que algunos de entre ellos podrían desaparecer, absorbidos por la disposición general.

Se reputa anormalmente peligrosa la actividad que crea un riesgo de daños graves que pueden afectar a un gran número de personas simultáneamente**.

*** La hipótesis contemplada es la de los daños masivos, por ejemplo, aquellos que resultan de un accidente industrial como el que destruyó la fábrica AZF en Toulouse.*

El explotador no se puede exonerar sino probado la existencia de una culpa de la víctima en las condiciones previstas en los arts. 1349 a 1351-1.

SECCIÓN 3

DISPOSICIONES PROPIAS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Sobre el campo abierto a la especificidad de la responsabilidad contractual, cfr. la exposición introductoria, II y III, 1.º.

El hecho generador de la responsabilidad contractual es la inejecución, que se aprecia en función del alcance de la obligación. Parecía, pues, necesario un reenvío al Artículo 1149 que define las obligaciones de medios y de resultado. Sin embargo, fue otra la redacción de este texto que se propuso a fin de evitar toda redundancia*.

** Dicha redacción es la siguiente:*

“La obligación es de resultado cuando el deudor se obliga a alcanzar el fin definido por el contrato.

“La obligación es de medios cuando el deudor se obliga solamente a proveer los cuidados y diligencia normalmente necesarios para la realización de dicho fin. Esta obligación es más o menos amplia relativamente a determinados contratos cuyos efectos a este propósito se señalan en los títulos correspondientes” (esta última frase se tomó del actual art. 1137 C. C.).

La función de la constitución en mora está, por demás, precisada.

Luego de discusión, se consagró el rechazo de la reparación del daño contractual imprevisible.

Artículo 1363. El acreedor de una obligación surgida de un contrato válidamente celebrado puede, en caso de incumplimiento*, demandar al deudor reparación de su perjuicio con base en las disposiciones de esta sección.

** El incumplimiento es tomado aquí en un sentido general que engloba la ejecución defectuosa o tardía.*

Artículo 1364. En el caso del deudor que se obliga a procurar un resultado en el sentido del artículo 1149, el incumplimiento se prueba con el solo hecho de que el resultado no haya sido alcanzado, a menos que el deudor justifique una causa extraña en el sentido del artículo 1349.

En todos los demás casos, no debe reparación sino en cuanto no haya empleado toda la diligencia necesaria.

Artículo 1365. La reparación del perjuicio resultante del retardo implica la previa constitución en mora del deudor. La constitución en mora no es requisito de la reparación de cualquier otro perjuicio, sino cuando es necesaria para establecer el incumplimiento*.

** La reglamentación de la constitución en mora se remitió al grupo que trabaja sobre la ejecución del contrato.*

Artículo 1366. Salvo dolo o culpa grave de su parte, el deudor no está obligado a reparar sino las consecuencias del incumplimiento razonablemente previsibles a la celebración del contrato.

CAPÍTULO III DE LOS EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD

SECCIÓN I PRINCIPIOS

Artículo 1367. El crédito a la reparación nace el día de la realización del daño o, en caso de daño futuro, el día en que se tenga certeza de él.

Esta disposición está destinada a clarificar el derecho positivo, que es ambiguo sobre este punto.

Artículo 1368. A elección del juez, la reparación puede tomar la forma de una reparación *in natura* o de una condena a daños y perjuicios. Estas dos clases de medidas pueden acumularse a fin de asegurar la reparación integral del perjuicio.

La noción de reparación in natura está consagrada, incluso en materia contractual.

§ 1. *La reparación in natura*

Este párrafo no reglamenta más que las medidas de reparación in natura stricto sensu. Aquellas previstas por los artículos 1143 y 1144 actuales, conciernen a la ejecución, y no dependen del título “De la responsabilidad”.

Artículo 1369. La reparación *in natura*, que ordene el juez, debe ser específicamente apta para suprimir, reducir o compensar el daño.

Artículo 1369-1. Cuando el daño sea susceptible de agravación, de repetición o de perpetuación, el juez puede ordenar, a solicitud de la víctima, cualquiera medida apropiada para evitar dichas consecuencias, incluida, en caso de que sea necesario, la cesación de la actividad dañosa.

El juez puede, igualmente, autorizar a la víctima a tomar por sí misma tales medidas a expensas del responsable, quien puede ser condenado a anticipar las suma necesarias.

§ 2. *Los daños y perjuicios*

Las principales innovaciones son las concernientes a los daños y perjuicios punitivos autorizados en ciertas condiciones (art. 1371), a la posibilidad de reducir la indemnización cuando la víctima no probó haber empleado una diligencia suficiente para reducir el daño o evitar su agravación (art. 1373), así como a la obligación del juez de apreciar singularmente cada uno de los componentes del daño alegados (art. 1374) y la posibilidad que se le reconoce, en circunstancias especiales, de vincular los daños y perjuicios a una medida de reparación específica (art. 1377).

Artículo 1370. A reserva de disposiciones legales o de convenciones en contrario, la condena a daños y perjuicios debe tener por objeto colocar a la víctima, en cuanto sea posible, en la situación en la que se encontraría si el hecho dañoso no se hubiera dado, de modo que de allí no se siga ni pérdida ni ganancia*.

** La reserva de las disposiciones o convenciones contrarias permite hacer compatible este texto con los relativos a la cláusula de indemnización tarifada (art. 1383), como también con las disposiciones legales o reglamentarias que limitan la reparación de ciertos daños. Por lo demás, debía asegurar la compatibilidad con el artículo siguiente relativo a los daños y perjuicios punitivos.*

Artículo 1371. El autor de una culpa manifiestamente deliberada, especialmente de una culpa lucrativa, puede ser condenado, a más de a daños y perjuicios compensatorios, a daños y perjuicios punitivos, con facultad para el juez de beneficiar parcialmente al Tesoro público. La decisión del juez de otorgar tales daños y perjuicios debe ser espe-

cialmente motivada y su cuantía desglosada de los demás daños y perjuicios concedidos a la víctima. Los daños y perjuicios punitivos no son asegurables.

Artículo 1372. El juez apreciará el perjuicio al día en que profiere su decisión, teniendo en cuenta todas las circunstancias que lo hayan podido afectar, tanto en su consistencia como en su valor, así como en su evolución razonablemente previsible.

Artículo 1373. Cuando la víctima tuvo la posibilidad, por medios seguros, razonables y proporcionados, de reducir el alcance de su perjuicio o de evitar su agravación, se tendrá en cuenta su abstención, para reducir la indemnización, salvo que las medidas en cuestión hubieran comportado una afectación de su integridad física.

Artículo 1374. El juez debe apreciar separadamente cada uno de los componentes del perjuicio alegado que tiene en cuenta. En caso de desestimar la demanda de un componente del perjuicio, el juez debe motivar especialmente su decisión.

Artículo 1375. Si la víctima prueba que un componente del perjuicio no fue objeto de su demanda o que el daño se agravó, podrá obtener, cualquiera que sea el estado del proceso, una reparación complementaria, si fuere del caso, proponiendo una acción nueva.

Artículo 1376. La indemnización puede decretarse, a elección del juez, bajo la forma de un capital o de una renta, a reserva de las disposiciones del artículo 1379-3.

Artículo 1377. Salvo circunstancias especiales que justifiquen la destinación de los daños y perjuicios a una reparación específica*, la víctima es libre de disponer como a bien tenga de las sumas que le fueron asignadas.

** El texto no define esas "circunstancias especiales". Uno de los casos en que la destinación de los daños y perjuicios se da más frecuentemente es el de los atentados contra el medio ambiente.*

§ 3. Incidencia de la pluralidad de responsables

Las soluciones propuestas son bastante próximas a las que hoy acoge la jurisprudencia.

Artículo 1378. Todos los responsables de un mismo daño están obligados solidariamente* a la reparación.

** Pareció inútil mantener la distinción entre obligación in solidum y solidaridad.*

Si todos los coautores resultan responsables por culpa comprobada, su contribución se establecerá en proporción a la gravedad de las respectivas culpas.

Si ninguno de los coautores se encuentra en tales circunstancias, todos contribuirán por partes iguales.

De lo contrario contribuirán en función de la gravedad de las respectivas culpas, a cargo de los solos coautores cuya culpa haya sido probada, sea por la víctima, o solamente con oportunidad de un recurso*.

** Sobre este último punto, la solución propuesta es distinta de la consagrada por la jurisprudencia actual.*

Artículo 1378-1*. No es admisible la demanda de contribución contra un allegado a la víctima cuando no está asegurado y el recurso tendría por efecto privarlo directa o indirectamente, en razón de la comunidad de vida que mantiene con el demandado, de la reparación a que tiene derecho.

** Este texto amplía las soluciones que la jurisprudencia ha admitido en materia de accidentes de circulación.*

Tampoco es admisible la pretensión de un deudor de indemnización ejercida contra la sucesión de la víctima directa o contra el asegurador de ella.

SECCIÓN 2

REGLAS ESPECIALES DE LA REPARACIÓN DE ALGUNAS CATEGORÍAS DE DAÑOS

§ 1. Reglas especiales de la reparación de perjuicios derivados de un atentado contra la integridad física

Las disposiciones que siguen tienen por objeto dar un verdadero marco jurídico a la indemnización del daño corporal que hoy en día está prácticamente confiada al poder soberano de los jueces de hecho. Vienen a restaurar en esta materia, tanto la seguridad jurídica, como la igualdad entre los responsables y la eficacia de la reparación.

Artículo 1379. En caso de atentado contra su integridad física, la víctima tiene derecho a la reparación de los perjuicios económicos y profesionales correspondientes especialmente a las expensas incurridas y a los gastos futuros, a las pérdidas de ingresos y a las utilidades faltantes, como también a la reparación de los perjuicios no económicos y personales, tales como el perjuicio funcional*, los sufrimientos padecidos, el perjuicio estético, el perjuicio específico de agrado (*agrément*) el perjuicio sexual y el perjuicio de establecimiento.

** Se podría denominar el perjuicio funcional con otras denominaciones, tales como “perjuicio psicológico” o “déficit funcional”.*

Las víctimas de rebote tienen derecho a la reparación de los perjuicios económicos consistentes en los distintos gastos y pérdidas de ingresos, como también de los perjuicios personales de afección y de acompañamiento.

El juez debe diferenciar en su decisión cada uno de los perjuicios económicos o personales cuya indemnización ordena**.

*** Esta enumeración de los rubros del perjuicio es útil, no solamente para obligar a los jueces de instancia a motivar suficientemente sus decisiones sobre la reparación, sino también para permitir la imputación del recurso de los terceros pagadores rubro por rubro, cual lo prevé el artículo 1379-6.*

Artículo 1379-1. La amplitud del perjuicio funcional se determina según el baremo de invalidez que se establezca por decreto.

Artículo 1379-2. El daño corporal debe ser apreciado sin tener en cuenta las eventuales predisposiciones de la víctima que al momento en que se produjo el hecho dañoso no habían producido consecuencias perjudiciales*.

** La cuestión de la influencia de las predisposiciones de la víctima ha dado lugar a una jurisprudencia muy compleja. La fórmula propuesta expresa la posición que parece haber adoptado la mayor parte de las sentencias.*

Artículo 1379-3. La indemnización debida a título de ganancia profesional faltante, pérdida de sustento material o de la asistencia de una tercera persona, ha de hacerse, salvo decisión en contrario especialmente motivada, en forma de renta indizada. El juez es libre de escoger el índice*.

** Esta disposición debería implicar una derogación del artículo 1.º de la ley del 27 diciembre de 1974 relativa a la revalorización de rentas indemnizatorias en materia de accidentes de circulación.*

Artículo 1379-4. Los terceros responsables que pagaron a la víctima de un perjuicio resultante de un atentado contra su integridad física las prestaciones enumeradas limitativamente en seguida, disponen de un recurso subrogatorio contra la persona obligada a reparación o su asegurador por imputación sobre los derechos de la víctima.

Artículo 1379-5*. Dan derecho a recurso las prestaciones siguientes, cuando tienen un vínculo directo con el hecho dañoso:

1. La prestación pagada por los organismos, establecimientos y servicios que administran un régimen obligatorio de seguridad social y por aquellos mencionados en los artículos 1106-9, 1234-8 y 1234-20 del Código Rural;
2. Las prestaciones enumeradas en el artículo 1.º de la ordenanza n.º 59-76 de enero de 1959 relativa a las acciones de reparación civil del estado y de otras personas públicas;

3. Las sumas pagadas por reembolso de expensas en el tratamiento médico y de reeducación;
4. Los salarios y los accesorios del salario cubiertos por el empleador durante el período de inactividad consecutiva al acontecimiento que ocasionó el daño;
5. Las indemnizaciones laborales de enfermedad y las prestaciones de invalidez pagadas por los grupos mutualistas regidos por el Código de la Mutualidad, instituciones de previsión regidas por el Código de la Seguridad Social o el Código Rural y las sociedades de seguros regidas por el Código de Seguros.

** Los artículos 1379-5 y 1379-6 reproducen el artículo 1.º de la ley del 5 julio de 1985 y el artículo 131-2 del Código de Seguros. Podrían ser reemplazados por un simple reenvío a estos textos (cfr. a este propósito, la exposición introductoria, 1, 2.º), pero el grupo prefirió reproducirlos por razones de comodidad práctica a fin de consagrar la solución dada por la asamblea plenaria de la Corte de Casación el 1.º de diciembre de 2003 a propósito de prestaciones indemnizatorias pagadas por los aseguradores de personas.*

Artículo 1379-6. Estando previsto en el contrato, el recurso subrogatorio del asegurador que pagó a la víctima un anticipo de indemnización por causa de accidente, puede ser ejercido contra la persona obligada a la reparación dentro del límite del saldo disponible luego del pago de los terceros señalados en el artículo precedente. Debe ejercerse, si a ello hubiere lugar, dentro de los términos señalados por la ley a los terceros pagadores para hacer efectivos sus créditos.

En los contratos de seguro que garantizan la indemnización de los perjuicios resultantes de un atentado a la persona, el asegurador puede ser subrogado en los derechos del contratante o de los derecho habientes contra el tercero responsable, para el reembolso de las prestaciones indemnizatorias previstas en el contrato. Se considera que las prestaciones tuvieron carácter indemnizatorio, cuando aun calculadas en función de elementos predeterminados, corresponden al perjuicio sufrido y sus modalidades de cálculo y atribución dependen de él.

Artículo 1379-7*. Los recursos subrogatorios de los terceros pagadores se ejercen rubro por rubro dentro del límite de la parte de la indemnización a cargo del responsable para reparar los capítulos de los perjuicios que ellos contribuyeron a indemnizar con sus prestaciones. Estos recursos se ejercen en las mismas condiciones si el juez no condenó más que por la pérdida de una oportunidad.

** La adopción de esta disposición implicaría la abrogación del artículo 31 de la ley del 5 de julio 1985 y la modificación de los artículos 736-1 inciso 3.º y 454-1 inciso 3.º del Código de la Seguridad Social.*

Se trata de una innovación reclamada por numerosos autores.

Artículo 1379-8. Fuera de las prestaciones señaladas en el artículo 1379-5, ningún pago hecho en beneficio de la víctima en virtud de una obligación legal, convencional o estatutaria, da derecho a acción contra la persona obligada a reparación o su asegurador*.

Toda disposición que sea contraria a los artículos 1379 a 1379-8 se reputará no escrita, a menos que sea más favorable a la víctima.

** Esta disposición retoma el artículo 33 de la ley del 5 julio de 1985.*

§ 2. Reglas especiales de la reparación de los perjuicios derivados de un atentado contra los bienes

Estas reglas reproducen las soluciones aceptadas por la jurisprudencia y aprobadas en general por la doctrina.

Artículo 1380. En caso de destrucción o deterioro de un bien, la víctima tiene derecho, sin deducción en razón de la vetustez, a una indemnización que le permita el reemplazo o la restauración del bien. No se tendrá en cuenta el mayor valor eventualmente inherente a la reparación.

Sin embargo, si el costo de la reparación es más elevado que el del reemplazo, la víctima no podrá exigir más que este.

Artículo 1380-1. Cuando el bien no puede ser ni reparado, ni reemplazado, la víctima tiene derecho a su valor en su estado anterior al daño, estimado al día de la decisión. El responsable puede exigir que se le entregue el bien en su estado actual. Lo mismo se dispone para el caso de que estando destinado el bien para la venta, no estuviere en condiciones de ser vendido.

Artículo 1380-2. Si, no obstante las reparaciones, el bien perdió parte de su valor, la víctima tiene derecho a indemnización de la depreciación.

Además, tiene derecho a la indemnización de daños y perjuicios consiguientes a la privación del goce y, llegado el caso, de las pérdidas de explotación.

§ 3. Reglas especiales de la reparación de los perjuicios derivados de la mora en el pago de una suma de dinero

Estas reglas son las que enuncia el artículo 1153 actual. A la inversa, las que aparecen en el artículo 1153-1 no son propias del Código Civil, sino del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 1381*. La indemnización del perjuicio derivado del retardo en el pago de una suma de dinero consiste en una condena a los intereses a la tasa legal.

Estos daños y perjuicios se deben sin que el acreedor tenga que justificar pérdida alguna. Se deben desde el día de la constitución en mora**, exceptuado el caso en que la ley los haga correr de pleno derecho.

El acreedor al que su deudor en mora haya causado un perjuicio adicional, puede obtener condena a daños y perjuicios distintos de los intereses moratorios del crédito.

** Este texto retoma prácticamente en su integridad el artículo 1153 actual. Simplemente, en el último inciso la expresión “independientemente del retardo” fue reemplazada por “adicional”, y la reserva, bastante misteriosa, de las “reglas especiales al comercio y a la fianza” fue suprimida.*

*** No se repite la definición de la constitución en mora (requerimiento de pago...). Deberá ser elaborada por el grupo encargado de la ejecución.*

SECCIÓN 3

LAS CONVENCIONES RELATIVAS A LA REPARACIÓN

§ 1. *Convenciones que excluyen o limitan la reparación*

Se propuso autorizar las cláusulas restrictivas de la responsabilidad en materia extracontractual en cuanto la responsabilidad no se funde en la culpa. A la inversa, se reconocen las distintas limitaciones que la jurisprudencia ha introducido o que la doctrina ha propuesto para limitar la validez o la eficacia de estas cláusulas en materia contractual.

Se prevén disposiciones especiales a fin de imponer la aceptación de la cláusula por la persona que debe sufrir las consecuencias.

Artículo 1382. Las convenciones que tiene por objeto excluir o limitar la reparación son en principio válidas, tanto en materia contractual como en materia extra-contractual*.

** El reconocimiento de la validez de las convenciones restrictivas de una responsabilidad de naturaleza delictiva es una innovación importante con relación al derecho actual. Se refiere principalmente a las relaciones de vecindad o entre personas que ejercen una actividad en común sin haber celebrado contrato de sociedad o de asociación. Esta validez es admitida por numerosos derechos extranjeros.*

Artículo 1382-1. Nadie puede excluir o limitar la reparación de un daño corporal del que sea responsable*.

** Esta solución no ha sido sostenida hasta ahora por la jurisprudencia, pero sí ha sido propuesta casi unánimemente por la doctrina.*

Artículo 1382-2. Ningún contratante puede excluir o limitar la reparación del daño que le cause a su contraparte por una culpa dolosa o grave o por contrariedad a una de sus obligaciones esenciales*.

** Estas soluciones están consagradas hoy por la jurisprudencia.*

No habiendo una contrapartida real, seria y claramente estipulada, el profesional no puede excluir o limitar su obligación de reparar el daño contractual que cause a un no profesional o consumidor**.

*** Esta solución puede parecer nueva. En realidad está dentro de la línea de las posiciones adoptadas por la Comisión de cláusulas abusivas.*

Artículo 1382-3. En materia contractual, la parte a la que se opone una cláusula excluyente o limitativa de la reparación ha de haber podido tener conocimiento de ella con anterioridad a la celebración del contrato.

Artículo 1382-4. En materia extracontractual, no se puede excluir ni limitar la reparación del daño causado por culpa*.

** Esta disposición limita seriamente el alcance del principio sentado por el artículo 1382.*

En los demás casos, la convención solo tiene efecto cuando quien la invoca prueba que la víctima la aceptó de manera inequívoca.

§ 2. Convenciones de reparación tarifada y cláusulas penales

Se consideró inútil mantener la distinción entre cláusula penal y cláusula de indemnización tarifada, así como las disposiciones de los actuales artículos 1226 a 1230, 1232 y 1233 que casi nunca se aplican y cuya significación es controvertida. En cambio, se conservan los dos sistemas de revisión judicial reglamentados actualmente por los artículos 1152 y 1231, con excepción de la facultad de revisión al alza de una penalidad manifiestamente irrisoria, que no parece haber sido utilizada.

Artículo 1383. Cuando las partes fijaron de antemano la reparación debida, el juez puede, sin embargo, moderar la sanción acordada si es manifiestamente excesiva.

El juez tiene igualmente ese poder frente a las cláusulas cuyo objeto sea constreñir al deudor contractual a la ejecución.

Cuando la obligación ha sido parcialmente ejecutada, el juez puede disminuir de oficio la sanción convenida en proporción al interés que la ejecución parcial ha procurado al acreedor, sin perjuicio de aplicar el inciso anterior.

Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

SECCIÓN 4
LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN
DE RESPONSABILIDAD

Se retoma la disposición que aparece hoy en el artículo 2270,1, con excepción de la palabra “extracontractual”. En consecuencia, se propone someter a la misma prescripción la acción de responsabilidad contractual y la acción de responsabilidad extracontractual.

Artículo 1384. Las acciones de responsabilidad civil prescriben en diez años contados desde la manifestación del daño o de su agravación, y en caso de daño corporal, desde la fecha de la consolidación* de este.

** Esta precisión no es conforme con la jurisprudencia de la Corte de Casación, que ha introducido, contrariamente al texto, esta referencia a la fecha de la consolidación.*

CAPÍTULO IV
DE LOS PRINCIPALES REGÍMENES ESPECIALES
DE RESPONSABILIDAD O DE INDEMNIZACIÓN

SECCIÓN I
LA INDEMNIZACIÓN DE LAS VÍCTIMAS
DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN

Las disposiciones que siguen son muy semejantes a los artículos 1.º a 6.º de la ley del 5 julio de 1985. Sin embargo, se apartan de ellos en tres puntos:

El conductor es asimilado a las demás víctimas;

Los accidentes ferroviarios y de tranvía se asimilan a los demás accidentes en los que está implicado un vehículo terrestre automotor; y

Se suprime la disposición relativa especialmente a los menores, las personas ancianas y las personas lisiadas; a ninguna víctima se le puede oponer su culpa inexcusable, salvo que haya sido la causa exclusiva del accidente.

Artículo 1385. Las víctimas de un accidente de circulación en el que esté implicado un vehículo terrestre automotor, o sus remolques o semi-remolques, serán indemnizadas por el conductor o el guardián del vehículo, inclusive cuando sean transportadas en virtud de un contrato.

No constituye accidente de circulación aquel que resulta de la utilización de un vehículo inmóvil y en una función extraña a su desplazamiento.

En caso de accidente complejo, cada vehículo que haya intervenido en el accidente, al título que sea, se considera implicado.

Aun cuando sólo un vehículo esté implicado en un accidente, cualquiera de las víctimas puede demandar reparación a cualquiera de los deudores de la indemnización, incluso el guardián al conductor o el conductor al guardián*.

** Estos tres incisos ponen de manifiesto las soluciones que la jurisprudencia ha desarrollado desde 1985.*

Artículo 1385-1. A las víctimas no se les puede oponer el caso fortuito o el hecho de un tercero aun cuando estos tengan los caracteres de la fuerza mayor.

Artículo 1385-2. A las víctimas se les indemnizarán los perjuicios resultantes de agresiones contra su persona, sin que se les pueda oponer su propia culpa, excepto la culpa inexcusable, si fue la causa exclusiva del accidente.

Sin embargo, en el caso previsto en el inciso anterior, a las víctimas no les serán indemnizados por el autor del accidente los perjuicios resultantes de atentado contra su persona, cuando voluntariamente se buscaron el daño padecido.

Artículo 1385-3. La culpa cometida por la víctima tiene por efecto limitar o excluir la indemnización de los perjuicios resultantes de una agresión contra sus bienes; la exclusión de la indemnización debe ser especialmente motivada con referencia a la gravedad de la culpa.

Los equipos y aparatos entregados por prescripción médica dan lugar a indemnización según las reglas aplicables a la reparación de agresiones contra la persona.

Cuando el conductor del vehículo terrestre automotor no sea el propietario, la culpa de dicho conductor puede ser opuesta al propietario para la indemnización de los daños causados a su vehículo. El propietario puede obrar contra el conductor.

Artículo 1385-4. Los perjuicios de las víctimas de rebote se reparan teniendo en cuenta las limitaciones y exclusiones oponibles a la víctima directa.

La culpa de la víctima de rebote le es oponible en las condiciones previstas en los artículos 1385-2 y 1385-3*.

** Este texto consagra y amplía la jurisprudencia que admite la oponibilidad de la víctima de rebote que conducía.*

Artículo 1385-5. Los deudores de indemnización están obligados solidariamente para con la víctima.

Los terceros responsables de un accidente de circulación con fundamento en el derecho común están también obligados solidariamente.

El conductor o el guardián de un vehículo terrestre a motor implicado en un accidente de circulación tienen recurso de subrogación contra los demás conductores o guardianes de los vehículos implicados o contra los terceros responsables del accidente en virtud del derecho común. Así mismo, el responsable de un accidente de circulación con fundamento en el derecho común puede recurso de subrogación contra los conductores o guardianes de los vehículos implicados en el accidente.

La contribución a la obligación indemnizatoria se regula por las disposiciones de los artículos 1378 y 1378-1.

SECCIÓN 2

LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS

(Artículos 1386-1 a 1386-18 C. C. que vienen a ser 1386 a 1386-17. Los términos “del presente título”, que figuran en varios de dichos artículos, serán reemplazados por “de la presente sección”).

LIBRO TERCERO - TÍTULO XX
“DE LA PRESCRIPCIÓN Y DE LA POSESIÓN”
(ARTS. 2234 A 2281)

PHILIPPE MALAURIE

Exposición de motivos

Más que cualquiera otra institución, la prescripción mide las relaciones del hombre con el tiempo y con el derecho: domina todas las reglas y todos derechos. No solamente el derecho de las obligaciones, que constituye su campo preferido, sino también todas las demás ramas del derecho, el conjunto del derecho privado, del derecho público, del derecho penal y del procedimiento. Las disposiciones del Código Civil relativas a la prescripción se aplican a todos los demás códigos y a todas leyes, salvo excepciones que la propuesta individualiza. La prescripción es de una importancia considerable para todos los prácticos, todos los usuarios del derecho y todos actores de la actividad humana.

1. *Los defectos del derecho francés de la prescripción civil.* El régimen actual de la prescripción en materia civil presenta, en opinión unánime, tres defectos esenciales, de igual gravedad¹.

En primer lugar, su duración excesiva que tiene como consecuencia un estancamiento de la actividad humana: duración = languidez (*longueur = langueur*). Nadie puede entender que la prescripción de derecho común tenga aún hoy una duración de treinta años (art. 2262 C. C.). Muchos de los demás términos son también demasiado prolongados. La aceleración de la historia, que es una ideología contemporánea a menudo exacta, exhorta a una abreviación de los términos.

El segundo defecto, puesto con frecuencia de manifiesto, es la multiplicidad de los términos, que van de tres meses (difamaciones e injurias por medio de la prensa) a treinta años, e incluso hasta la imprescriptibilidad, pasando por toda clase de términos intermedios (seis meses, uno, dos, tres, cuatro, cinco, diez, veinte años): un verdadero caos, como se afirma, fuente de ignorancia del derecho, de desórdenes y de discusiones interminables.

El tercer defecto, de ordinario menos destacado, radica en las imprecisiones, y hasta las incoherencias del propio régimen: punto de partida, interrupción, suspensión, las respectivas funciones de la ley, la jurisprudencia y el contrato, la misión del juez, la libertad contractual, las incertidumbres que aparecen incluso en los conceptos. Al lado de la prescripción propiamente dicha existen, en efecto, nebulosas de prescripciones más o menos próximas a ella: términos de caducidad, términos de preclusión, términos de garantía, y esto sin hablar de los términos procesales. Tales incertidumbres son causa de procesos frecuentes.

1 A. BENABENT. *Le Chaos du droit de la prescription extinctive*, Et. L. Boyera, Presses Universitaires Toulouse, 1996, pp. 123 y s.; B. FAUVARQUE-COSSON. "Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple de la prescription extinctive", *RDC*, 2004, pp. 801 y s.; V. LASSERRE-KIESOW. "La Prescription, les lois et la faux du temps", *DPC*, n.º 2004, 1225; P. COURBE. *Les Désordres de la prescription*, Rouen, PUF, 2000.

La prescripción, que debería ser un factor de pacificación de las relaciones humanas y de su dinamismo, se convirtió, en razón de su duración excesiva, de su multiplicidad y de las incertidumbres, en causa de estancamiento de la actividad y fuente abundante de litigios.

Entre sus defectos contemporáneos, no se menciona el particularismo del derecho francés de la prescripción, que es a la vez adquisitiva y extintiva, por cuanto bien se puede considerar que este vestigio importante de la noción francesa de prescripción presenta más ventajas que inconvenientes. Debido a su historia y a su estructura, el derecho francés tiene una concepción unitaria que aparece en su definición y en su régimen.

2. *Cuestiones previas: el método.* Toda reforma trae consigo cuestiones preliminares de método y de política.

De *método*: no se dará cuenta aquí de las discusiones teóricas sobre la prescripción, por célebres que sean, dado que no conducen a consecuencias prácticas; por ejemplo, para la prescripción extintiva, saber si extingue el derecho o solamente la acción judicial, es una cuestión que interesa solamente a los conflictos de leyes en el espacio; o el lenguaje: ¿es necesario hablar de prescripción extintiva, o liberatoria, o negativa, o bien de usucapión o de prescripción adquisitiva? En la propuesta actual, se mantienen tales cuales el lenguaje y la terminología del Código, porque son satisfactorios. Inclusive la ubicación de la prescripción en el Código: ¿será necesario desplazarla, por ejemplo, colocarla luego del título III del libro III (“Del contrato y las obligaciones convencionales en general”) creando un título III *bis* con artículos 1364-1 y siguientes? Este desplazamiento se consideró pesado, inútil y contrario a la unidad de las prescripciones—adquisitivas y extintivas— que conviene conservar. Por ello se mantuvo la colocación actual de la prescripción, al final del Código, en el título XX del libro III, cuyo título también se conservó (arts. 2219 a 2281 actuales). Precisamente en las disposiciones preliminares del capítulo V del título III del libro III del Código, al enumerar las causas de extinción de las obligaciones, se hace el reenvío de la prescripción a un título particular del libro III (art. 1234; disposición que el grupo de trabajo rescató, art. 1218).

3. *Cuestiones previas: la política legislativa.* Más difíciles son las cuestiones de política legislativa.

Primero, deliberadamente se dejaron de lado en la propuesta de reforma todos los términos de prescripción establecidos en los tratados internacionales y en el derecho europeo, que, debido a su primacía sobre el derecho interno, no pueden ser modificados por la ley francesa, lo cual no deja de presentar inconvenientes; no en razón de su longitud, jamás excesiva, sino de su diversidad (uno, dos o tres años), que no responde a una política racional y simplificadora,

sino a una determinación caso por caso, casi sobre medidas, con todos los inconvenientes resultantes de la multiplicidad de los términos.

Se estimó útil dejar por fuera de la propuesta de reforma el derecho penal, el procedimiento civil, las ejecuciones, el derecho de la prensa, el derecho cambiario, los procedimientos colectivos, la familia, las sucesiones y los regímenes matrimoniales, que tienen, cada cual, una prescripción cuyo particularismo es manifiesto, con la salvedad de que ningún término debe sobrepasar la duración máxima de diez o treinta años, según los casos, salvo los casos de imprescriptibilidad que deberían ser mantenidos.

También se dejaron de lado los términos iguales o inferiores a seis meses durante los cuales se ha de ejercer un derecho o se ha de introducir una acción, so pena de caducidad; por ejemplo, en el régimen de la copropiedad inmobiliaria, el rechazo por un copropietario de una decisión de la junta o asamblea general, que debe, so pena de caducidad, ser formulado en un plazo de dos meses (ley del 10 de julio de 1968, art. 42-2). No se trata de una prescripción propiamente dicha.

4. *Duración de la prescripción.* El primer problema legislativo que presenta la prescripción es la determinación de su duración, sobre la base de que conviene abreviar, por lo menos, la de derecho común, si que también disminuir, en cuanto sea posible, el número de prescripciones.

5. *¿Una reforma limitada?* Pareció indispensable no limitarse a disminuir la duración de la prescripción de derecho común, que hoy todo el mundo encuentra excesiva. Esta posición cuando menos traería algunas ventajas: primera, la de hacer fácil la reforma, por ser una solución sencilla. Además, un consenso general acogería fácilmente la modificación del actual artículo 2262 C. C. para reducir el término a diez años. Con todo, a pesar de la ventaja de la sencillez y del consenso, esta solución sería apenas una “reformita”; la reforma del derecho de la prescripción compele a una visión de conjunto mucho más drástica.

6. *Tres años.* La propuesta actual, que plantea una prescripción de derecho común con tres años de duración, se inspiró fuertemente en las reglas nuevas de la reforma del BGB (ley del 26 de noviembre de 2001, en vigencia desde el 1.º de enero de 2002²) y en las propuestas formuladas por los *Principes du droit européen des contrats* (versión francesa traducida por G. ROUHETTE. *Société de législation comparée*, 2002; cfr. también *Principes d'Unidroit*, citados por BÉNÉDICTE FAUVARGUE-COSSON. Ob. cit., p. 811). Prevé un plazo único de tres años para la prescripción extintiva, que la disociaría de la prescripción adquisitiva,

2 J. BAUERREIS. “Le nouveau droit de la prescription (dans le BGB)”, *RIDC*, 2002, pp. 1023 y s.; V. LAS-SERRE-KIESOW. Ob. cit.

para la cual un término de tres años sería evidentemente inconcebible, por lo que habría que prever un plazo de diez años. Sin lugar a duda, este sistema es sorprendente a primera vista: pasar de 30 años a 3 años, ¿no sería esto ir de un extremo al otro?

Pero presenta numerosas ventajas. Concretamente, primera: traduciría el nuevo espíritu del derecho civil de los países que integran la Unión Europea y el derecho comunitario contemporáneo (en los que la reforma del Código Civil se impone cada vez que se ve útil): no solamente una tendencia a una unificación cierta, sino, sobre todo, cada vez más atada a la rapidez de las operaciones contractuales, lo que hace entender por qué los medios de negocios alemanes (aunque no todos los universitarios) están comprometidos con ella. Además, muestra las ventajas de la simplificación, que haría más fácil el conocimiento, bien especialmente precioso en una sociedad tan compleja como lo nuestra.

Aparentemente, el BGB, los Principios europeos, y Unidroit tendrían un único plazo. Pero esta simplificación es en parte ilusoria; el propio derecho alemán le introduce numerosas excepciones (familia, sucesiones, reparación del perjuicio corporal en la responsabilidad extra-contractual), sin contar las que provienen de los derechos internacional y europeo. También la brevedad y la exclusión de lo contencioso son, en parte, una añagaza, dado el régimen especial que el derecho alemán prevé para el comienzo del término de la prescripción.

7. *¿Por qué tres prescripciones?* Se ha llegado a proponer una pluralidad de términos, a pesar de los inconvenientes que ello acarrea, pluralidad reducida a tres: el del derecho común (3 años), otro término (diez años) para las prescripciones especiales, y un término tope de diez o de treinta años, contados a partir del hecho generador de la obligación, para la totalidad de las prescripciones, sin excepción, inclusive aquellas que resultan del derecho de familia, de las sucesiones, de los regímenes matrimoniales o del derecho cambiario.

De todas maneras, una reforma de esta amplitud presupone un gran coraje político, porque levantaría una multitud de oposiciones. ¿Por qué, por ejemplo, dirían las aseguradoras y el seguro social, pasar de un término de dos años, que es satisfactorio para todo el mundo, a uno de tres años? A la inversa, los asalariados protestarían cuando la prescripción de las obligaciones periódicas, tales como el salario, pasara de cinco a tres años. Respuesta: es absolutamente necesario simplificar nuestro derecho; para escapar a su fragmentación, hay que cortar por lo sano.

8. *Libertad contractual.* El conjunto de estas reglas debería ser flexibilizado mediante una extensión de la libertad contractual, como lo hacen actualmente el derecho alemán, los Principios del derecho europeo de los contratos y posiblemente el anteproyecto de reforma francesa. Nuestro derecho distingue

actualmente, dentro de las cláusulas relativas a la prescripción, aquellas cuyo objeto es ampliar el término, que, en principio, son nulas porque, a lo menos cuando la prescripción es prolongada, equivaldrían a una renuncia, que la ley prohíbe (art. 2220), y las cláusulas restrictivas, que son válidas, siempre que de hecho no priven al acreedor del derecho de actuar judicialmente.

El nuevo principio debería ser, sin distinciones, la libertad frente a la prescripción, con topes en la abreviación y la extensión de los términos.

9. *Libertad contractual y orden público.* Ambos topes limitadores de la posibilidad de abreviar o de ampliar convencionalmente la duración de la prescripción extintiva tendrían como consecuencia evitar los efectos perversos de la jurisprudencia reciente de la Corte de Casación, que considera que la enumeración legal de las causales de interrupción de la prescripción no es de orden público y que las partes lo pueden derogar³.

10. *Interrupción del término de prescripción.* La primera causal de interrupción de la prescripción prevista por el derecho actual (arts. 2244 a 2247 C. C.) es la citación judicial. Desde fines del siglo XIX, la jurisprudencia interpretó de manera muy amplia esta noción de citación judicial; la extensión pretoriana de la principal causa de interrupción es a la vez resultado y causa de un contencioso abundante. Así se multiplicaron y extendieron las causales de interrupción de la prescripción, lo que es contrario a uno de los objetivos de la presente propuesta, que tiende a reducir la duración, a simplificar el régimen y a eliminar, en lo posible, las incertidumbres del derecho.

Al igual que la reforma reciente del derecho alemán de las obligaciones, convendría convertir la inmensa mayoría de las causales actuales de interrupción de la prescripción en causales de suspensión, y admitir sólo dos causales de interrupción, poco susceptibles de equívoco: el reconocimiento por el deudor de la pretensión del acreedor y la puesta en marcha de medios de ejecución por parte del acreedor. Bastaría repetir el texto actual del artículo 2248, añadiendo que el reconocimiento del deudor puede ser tácito, por ejemplo: “*la prescripción se interrumpe por el reconocimiento incluso tácito que el deudor o el poseedor haga del derecho de aquel contra quien estaba prescribiendo*”. La citación judicial dejaría entonces de ser una causal de interrupción de la prescripción, que se suspendería durante la duración del proceso.

11. *Desaparición de la interversión de la prescripción extintiva.* La primera consecuencia que actualmente acarrea la interrupción de la prescripción, y que debe ser mantenida, es que se borran íntegros los efectos anteriores de la

3 Cas. Civ. 1.º, 25 de junio de 2002, *Bull. Civ.* 1, n.º 214; D. 2003-195, nota crít. PH. STOFFEL-MUNCK.

prescripción; a partir de ella comienza a correr una nueva prescripción, de la misma duración de la anterior. El derecho actual también prevé que algunas interrupciones (no todas) producen una interversión de ciertas prescripciones (no de todas): cuando se trata de una de corto tiempo, y sobre todo de una prescripción muy breve, fundada en una presunción de pago, o inclusive cuando se trata de una deuda periódica, la interrupción de la prescripción tiene el efecto de interversión si el deudor reconoció la existencia de su obligación por medio de documento y se comprometió a pagarla: una nueva prescripción, la de derecho común, sustituye a la prescripción de corto tiempo que ha sido interrumpida. Para fundamentar esta regla, los tribunales generalmente invocan las disposiciones del artículo 2274, que, sin embargo, no dicen nada al respecto.

Esta institución pretoriana, por muy tradicional que sea, es complicada, parece inoportuna y debería ser abandonada. Es un nido de litigios, porque la incertidumbre continúa reinando sobre sus condiciones: ¿cuáles son las prescripciones susceptibles de interversión? ¿Qué acto de interrupción vale como interversión? ¿Para que haya interversión es necesario siempre un reconocimiento escrito del deudor? De otra parte, el interés de esta institución aparece sobre todo con respecto a las prescripciones muy breves, cuya eliminación haría de la interversión algo inútil. En fin, la interversión tiene como consecuencia la extensión del plazo necesario para prescribir, lo que es contrario a uno de los objetivos de esta propuesta de reforma.

Por último, la reciente reforma alemana de las disposiciones del BGB del derecho de las obligaciones y los Principios del derecho europeo de los contratos, simplemente la abandonaron.

Esta exclusión de la interversión de la prescripción extintiva no tendría por qué aplicarse a la hipótesis de la interversión en la usucapión, dada su índole del todo diferente (art. 2238 C. C.). Así, el tenedor que, en principio, no puede usucapir (art. 2236), podrá hacerlo en virtud de una interversión de su título, que le permita alegar que no es un tenedor y que de entonces en adelante posee por su propia cuenta. Los regímenes de la prescripción extintiva y de la usucapión no son idénticos.

12. *Suspensión.* La suspensión de la prescripción no borra el término corrido, sino que detiene temporalmente la cuenta. Una vez se acaba la suspensión, la prescripción reanuda su curso, teniendo en cuenta el término ya corrido.

La suspensión, en nuestra historia, ha evolucionado mucho; además, en varios de sus aspectos, su régimen actual contiene numerosas incertidumbres. La reforma debería eliminar estas incertidumbres, en la medida de lo posible, y tomar nota de algunas de sus evoluciones.

Nuestro derecho antiguo vinculaba estrechamente la suspensión a la equidad, de tal manera que el juez podía valorarla: la prescripción, caso por caso, era suspendida cuando quiera que el juez consideraba que tal o cual acontecimiento hacía imposible el ejercicio del derecho; conforme a su concepción del derecho, atado a la majestad y a la exclusividad de la ley, los redactores del Código Civil dispusieron eliminar el carácter pretoriano de la suspensión, que implicaba grandes riesgos de incertidumbre y de arbitrariedad, y decidieron, entonces, que no podía haber suspensión sino en los casos previstos en la ley: artículo 2251: “*La prescripción corre contra toda persona salvo que se encuentre en alguna excepción establecida por la ley*”.

La causa más importante de la suspensión se encuentra en la tutela por incapacidad (minoría de edad o tutela de los mayores), que no se excluye sino para las prescripciones muy cortas, que no se suspenden, quedando a salvo el recurso del incapaz contra su tutor (art. 2278).

En el derecho actual, el principio de legalidad prevalece, pues aparentemente la suspensión de la prescripción no opera sino en las condiciones previstas por la ley. Sin embargo, la jurisprudencia ha atentado de dos maneras diferentes contra este legalismo. Por una parte, hay casos en que la prescripción debería ser suspendida si se aplicara estrictamente la ley, pero no lo es por cuanto se trata de un término de caducidad. Por otra parte, y a la inversa, hay casos en los que los jueces suspenden la prescripción, sin que ninguna disposición legal la haya previsto, aplicando la regla *contra non valentem*.

13. *Supresión de los términos de caducidad.* La jurisprudencia, a menudo en ausencia de todo texto, ha admitido la existencia de “términos de caducidad”, que no pueden ser suspendidos, ni siquiera por causa de incapacidad; por ejemplo, el término de dos años durante el cual se puede proponer la demanda de rescisión de la venta de un bien inmueble por causa de lesión, como lo prevé expresamente el artículo 1676 inc. 2.º C. C. De igual manera, aunque ningún texto lo prevea, la jurisprudencia ha dispuesto que el término de tres años durante el cual un mueble perdido o robado puede ser reivindicado (art. 2272 inc. 2.º), es de caducidad⁴. Igualmente, con frecuencia, pero no siempre, la jurisprudencia ha decidido que el juez puede declarar de oficio la expiración de un término de caducidad.

Ningún criterio preciso permite determinar cuáles términos son o no son de caducidad. Sobre este punto también, el derecho actual de la prescripción

4 Crim., 30 de octubre de 1969, *JCP*, 1970 II 16333, nota de G. GOUBEAUX.

extintiva adolece de incertidumbres, que son motivos de litigios y discusiones a veces interminables. La reforma debería eliminar la noción de término de caducidad, salvo cuando la ley lo haya establecido expresamente, como lo hizo en el artículo 1676, en el que, contrariamente al derecho común, el término corre contra los incapaces.

14. *Contra non valentem*. Una jurisprudencia abundante, antigua y casi constante, le restituyó al juez, en materia de prescripción extintiva, el poder creador y modificador de las prescripciones que el antiguo derecho le había conferido y que el Código Civil posiblemente quiso retirarle.

Dicha jurisprudencia resucitó la máxima de equidad *contra non valentem agere non currit prescriptio*: la prescripción no corre contra quien se encuentra impedido para obrar. Así, la jurisprudencia detiene el punto de arranque de la prescripción, cuando el acreedor no puede actuar por causa de fuerza mayor, e inclusive cuando el acreedor ignoraba la existencia de su derecho, si esta ignorancia tenía una causa legítima: como en el derecho antiguo, se trata de una medida de equidad, muy especificada. La Corte de Casación enuncia esta regla pretoriana, en una posición de principio repetida a menudo casi de la misma manera: “*La prescripción no corre contra quien se encuentra en imposibilidad de obrar a consecuencia de un impedimento cualquiera resultante, sea de la ley, sea de convenio, o de fuerza mayor*”⁵.

La jurisprudencia aplica esta regla de equidad de manera circunstanciada. Uno de sus criterios es situarse en el momento en el que se da la imposibilidad de actuar. Los jueces únicamente aplican la regla cuando la imposibilidad de obrar se presentó al final del término; a la inversa, niegan su aplicación si el acreedor contó con un término suficiente luego de desaparecido el obstáculo⁶.

La reciente reforma alemana del derecho de las obligaciones en el BGB pretendió legalizar la regla precisándola con cifras: la fuerza mayor que impide al acreedor actuar no es causal de suspensión de la prescripción sino cuando sobrevino durante los seis meses anteriores a la expiración del término de prescripción (§ 206; cfr. también los Principios del derecho europeo de los contratos, art. 14-303, 2). La presente propuesta se inspiró en dicha regla.

5 P. ej., Civ. I.^a, 22 de diciembre de 1959, *JCP*, 1960 II 11494, nota de P. E.

6 P. ej., Com., 11 de enero de 1994, *Bull. Civ.* IV, n.º 22; *Rev. trim. Dir. civ.*, 1995, 114, obs. J. MESTRE. “la regla según la cual la prescripción no corre contra aquel que está en imposibilidad de actuar en razón de un impedimento cualquiera resultante sea de la ley, sea del convenio o de la fuerza mayor, no se aplica cuando el titular de la acción dispone aún al momento en el que el impedimento llega a su final, del tiempo necesario para obrar antes de la expiración del término de prescripción”.

15. *Oficiosidad del juez.* “Los jueces no pueden declarar de oficio la excepción que resulta de la prescripción”. La regla enunciada por el artículo 2223 se aplica incluso cuando la prescripción es de orden público. Traduce un consenso general y debe ser mantenida. No existe discusión doctrinaria sino en cuanto a los términos de caducidad; de modo que si desaparecieran la noción y la institución del término de caducidad, la discusión quedaría sin objeto.

16. *Punto de partida de la prescripción.* El principio es que el punto de partida del término de prescripción no es el día en que el nació crédito, sino aquel en el que el acreedor pudo obrar. Por ejemplo, con respecto a los créditos sucesivos (ej., los arrendamientos), la prescripción corre a partir de cada vencimiento; lo mismo para una deuda a plazo, se cuenta desde el día en que el término venció.

Con respecto a las deudas no exigibles, la ley prevé que el punto de partida de la prescripción se retrasa: para una deuda a término, hasta el día en que el término expira; para una deuda bajo condición suspensiva, hasta el día en que la condición se cumple (art. 2257); con respecto a la acción de nulidad por vicio del consentimiento, hasta el día en que el vicio cesó o en que la víctima tuvo conocimiento de él (art. 1304 inc. 2.º); pero se imponen ciertos límites; aunque la víctima del vicio del consentimiento ignorara que su consentimiento había sido dado por error, extorsionado por violencia o sorprendido por dolo, la acción prescribe al cabo de un término máximo: diez años contados a partir de la celebración del contrato. Para las acciones de responsabilidad civil extracontractual, la prescripción de tres años (en la propuesta actual) corre desde el día en el que la víctima pudo obrar, es decir desde el día en el que tuvo conocimiento del daño, de su extensión o de su agravación (art. 2270-1); pero independientemente de lo anterior, si la víctima no tuvo conocimiento del daño, de su extensión y de su agravación, la acción prescribe en un término máximo de diez años contados a partir de la comisión del hecho dañino, término que se eleva a treinta años, si se trata de un perjuicio corporal, o resultante de un acto de barbarie, o de un daño causado al medio ambiente.

La inmensa mayoría de disposiciones actuales del Código Civil relativas al punto de partida de la prescripción deberían, pues, ser mantenidas, salvo para adicionarlas con una regla que prevenga una fecha límite cuando el acreedor haya ignorado la existencia del vicio del consentimiento, o la víctima, la existencia, la extensión o la agravación del daño.

17. *Efecto de la prescripción.* La prescripción liberatoria tiene esencialmente un efecto extintivo; sin embargo, el pago de una deuda prescrita nunca puede ser repetido, lo que los tribunales explican, a veces, por la supervivencia de una obligación natural (art. 1239). La explicación es discutible, porque poco

importa el que el *solvens* hubiera cometido un error al ignorar la prescripción que lo liberaba. Así, convendría añadir un inciso 3.º al artículo 1235, que diga que “*no se puede repetir el pago de una deuda prescrita*”.

18. *Derecho transitorio*. La jurisprudencia adoptó reglas sencillas para el derecho transitorio, en el que la propuesta actual se inspiró.

19. Numeración. La simplificación del derecho de la prescripción tendría como consecuencia la desaparición de numerosos artículos del Código Civil. Se juzgó útil mantener el número del artículo 2279, arraigado en la cultura y la memoria nacionales, igual que el de los artículos 544, 1134 y 1382. Así quedarían disponibles quince números para la reforma del derecho de garantías.

Título XX
“De la prescripción y de la posesión”
(arts. 2234 a 2281)

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES
(ARTS. 2234 A 2242)

Artículo 2234. La prescripción es un modo de adquirir o de liberarse por el transcurso de un cierto lapso de tiempo, y bajo las condiciones determinadas por la ley.

Artículo 2235. Se puede renunciar a la prescripción cumplida.

El término de la prescripción extintiva puede ser abreviado o ampliado por acuerdo de las partes o de sus representantes legales; pero no puede ser reducido a menos de un año ni ampliado a más de diez.

Artículo 2236. La renuncia a la prescripción puede ser expresa o tácita; la renuncia tácita resulta de un hecho que presupone el abandono del derecho adquirido.

Artículo 2237. Quien no puede enajenar no puede renunciar a la prescripción adquirida.

Artículo 2238. Los jueces no pueden declarar de oficio la prescripción, aun si ella interesa al orden público.

Artículo 2239. La prescripción puede alegarse en cualquier estado del proceso, incluso ante la corte de apelación, a menos que por la no proposición de la excepción por la parte, en razón de las circunstancias, haya de considerarse como una renuncia tácita.

Artículo 2240. Los acreedores y cualquiera otra persona que tenga interés en que la prescripción sea pronunciada, pueden alegarla e, inclusive, invocarla no obstante la renuncia del deudor o del propietario.

Artículo 2241. Las cosas que no están en el comercio no son susceptibles de prescripción alguna.

Artículo 2242. El Estado, las colectividades locales y los establecimientos públicos están sometidos a las mismas prescripciones que los particulares, e igualmente pueden oponerlas o invocarlas.

CAPÍTULO II
DE LA POSESIÓN

Artículo 2243. La posesión es la tenencia o el goce de una cosa o de un derecho que tenemos o ejercemos por nosotros mismos, o por medio de otra persona que la tiene o que lo ejerce en nombre nuestro.

Artículo 2244. Para poder prescribir es necesaria una posesión continua y no interrumpida, pacífica, pública e inequívoca, y a título de propietario.

Artículo 2245. Se presume siempre estar poseyendo para sí, y a título de propietario, desde que no se pruebe que se comenzó a poseer por otro.

Artículo 2246. Cuando se comenzó a poseer para otro, se presume siempre haber continuado al mismo título, a menos que se pruebe lo contrario.

Artículo 2247. Los actos de mera facultad y los de simple tolerancia no pueden fundar ni posesión ni prescripción.

Artículo 2248. Los actos de violencia no pueden fundar una posesión apta para que opere la prescripción.

La posesión útil no comienza sino una vez que la violencia ha cesado.

Artículo 2249. El poseedor actual que pruebe haber poseído anteriormente, se presume haber poseído durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario.

Artículo 2250. Para completar la prescripción se puede agregar a la posesión propia la del antecesor, cualquiera que sea la manera como se le sucedió, sea a título universal o singular, sea a título gratuito u oneroso.

CAPÍTULO III DE LAS CAUSAS QUE IMPIDEN LA PRESCRIPCIÓN

Artículo 2251. Quienes poseen para otro no prescriben nunca, cualquiera que sea el tiempo de su posesión.

Así, el arrendatario, el depositario, el usufructuario y todos los demás que detentan precariamente la cosa del propietario, no pueden prescribir.

Artículo 2252. Los herederos de quienes tenían la cosa a uno de los títulos indicados en el artículo precedente, no pueden prescribir.

Artículo 2253. Sin embargo, las personas señaladas en los artículos 2252 y 2250 pueden prescribir, si el título de su posesión fue intervertido, sea por una causa proveniente de un tercero, sea por la contradicción que opusieron al derecho del propietario.

Artículo 2254. Aquellos a quienes los arrendatarios, depositarios y demás detentadores precarios transmitieron la cosa por un título traslativo de dominio, pueden prescribirla.

Artículo 2255. No se puede prescribir contra el propio título, en cuanto nadie puede cambiar por sí solo la causa y el principio de su posesión.

Artículo 2256. Se puede prescribir contra su título en cuanto se prescribe la liberación de la obligación que se contrajo.

CAPÍTULO IV
DE LAS CAUSAS QUE INTERRUMPEN
O SUSPENDEN EL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN

SECCIÓN I
DE LAS CAUSAS QUE INTERRUMPEN
LA PRESCRIPCIÓN

Artículo 2257. La prescripción puede ser interrumpida, ya naturalmente, ya Civilmente.

Artículo 2258. Hay interrupción natural, cuando el poseedor es privado por más de un año del goce de la cosa, sea por el antiguo propietario, sea, incluso, por un tercero.

Artículo 2259. Hay interrupción Civil cuando el deudor o el poseedor reconoce, así sea tácitamente, el derecho de aquel contra quien estaba prescribiendo.

Artículo 2260. Así mismo la prescripción se interrumpe por un acto de ejecución tal como una demanda o un embargo.

Artículo 2261. La interrupción borra la prescripción, y exige que transcurra de nuevo el tiempo necesario.

(Obs.: Se mantiene el art. 2253, relativo a otra hipótesis de interversión).

SECCIÓN 2
DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN
Y DE LAS CAUSAS QUE LO SUSPENDEN

Artículo 2262. La prescripción comienza a contarse el día en que el acreedor puede obrar.

Artículo 2263. No corre:

Respecto de un crédito que pende de una condición, mientras la condición no se cumpla o falle;

Respecto de una acción en garantía, mientras no se produzca la evicción;

Respecto de un crédito a día cierto, mientras no llegue ese día.

Artículo 2264. No corre o se suspende mientras las partes estén negociando de buena fe.

Da igual si el deudor ignora la existencia o la magnitud del crédito.

Artículo 2265. La suspensión de la prescripción detiene temporalmente el curso del término sin borrar el que ya corrió.

Artículo 2266. La prescripción corre contra toda persona que no se encuentre en imposibilidad de obrar por causa de un impedimento proveniente de la ley, de la convención o de fuerza mayor.

La fuerza mayor, cuando es transitoria, no es causal de suspensión, sino cuando se presentó dentro de los seis meses anteriores a la expiración del término de prescripción.

Artículo 2267. La prescripción se suspende durante el proceso hasta su finalización.

Artículo 2268. No corre contra los menores no emancipados ni contra los mayores bajo tutela.

Artículo 2269. No corre entre esposos.

Artículo 2270. Igualmente se suspende contra el heredero beneficiario en cuanto a los créditos que él tiene contra la sucesión.

Artículo 2271. Pero sí corre contra la herencia yacente, aun desprovista de curador.

También corre durante los términos para ejercer la opción sucesoral.

CAPÍTULO V DEL TIEMPO EXIGIDO PARA PRESCRIBIR

SECCIÓN I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 2272. La prescripción se cuenta por días, y no por horas.

Artículo 2273. Se adquiere una vez transcurrido el último día del término.

Artículo 2274. Todas las acciones prescriben en tres años, sin que quien alega la prescripción tenga que aportar un título o se le pueda oponer excepción deducida de la mala fe.

SECCIÓN 2 DE LAS PRESCRIPCIONES ESPECIALES

Artículo 2275. Sin embargo, prescriben en diez años:

1. Las acciones de responsabilidad civil enderezadas a la reparación de un perjuicio corporal o de cualquier perjuicio causado por actos de barbarie;
2. Las acciones de nulidad absoluta;
3. Las acciones relativas a un derecho declarado por sentencia o que conste en otro título ejecutivo;
4. Las acciones de responsabilidad o de garantía del constructor de una obra en virtud de los artículos 1792 a 1792-2.

Artículo 2276. La propiedad inmobiliaria se adquiere por una posesión de diez años.

Variante: La propiedad inmobiliaria se adquiere por una posesión de veinte años. Sin embargo, este término se reduce a diez años cuando el poseedor adquirió el inmueble de buena fe y con un justo título.

Artículo 2277. Las reglas sentadas en este título se aplican sin perjuicio de las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Civil, del Código Penal, del Código de Procedimiento Penal, del libro I, de los títulos I y V del libro III del presente Código, de los libros V y VI del Código de Comercio, de la ley del 29 de julio de 1881 sobre la libertad de prensa, de los tratados internacionales ratificados por Francia y de las reglas de la Unión Europea.

Aquellas reglas no se aplican tampoco a los términos legales inferiores a seis meses durante los cuales se ha de introducir una acción o ejercer un derecho, so pena de caducidad.

SECCIÓN 3
DEL PLAZO MÁXIMO
DE LAS PRESCRIPCIONES EXTINTIVAS

Artículo 2278. Sin embargo, salvo en lo que hace a los crímenes contra la humanidad, que son imprescriptibles, todas las acciones prescriben a los diez años de la ocurrencia del hecho generador de la obligación, cualesquiera que sean su objeto, el punto de partida, las interrupciones, las suspensiones y las convenciones que modifiquen la duración.

En cuanto a las acciones de responsabilidad civil que tengan por objeto la reparación de un perjuicio corporal resultante de un acto de barbarie o de un atentado contra el medio ambiente, el término es de treinta años.

SECCIÓN 4
DE LA POSESIÓN MOBILIARIA

Artículo 2279. En materia de muebles, la posesión hace de título.

Empero, quien perdió la cosa o le fue robada, puede reivindicarla durante tres años contados a partir del día de la pérdida o del robo, contra la persona en cuyas manos se encuentre, quedando a salvo la acción de esta contra aquel de quien la obtuvo.

Artículo 2280. Si el poseedor actual de la cosa robada o perdida la compró en una feria o en un mercado, o en una venta pública, o a un comerciante que vendía cosas semejantes, el propietario originario no puede recuperarla sino reembolsándole al poseedor el precio que le costó.

El arrendador que reivindica en virtud del artículo 2102, los muebles desplazados sin su consentimiento y que fueron comprados en las mismas condiciones, debe igualmente reembolsarle al comprador el precio que le costaron.

SECCIÓN 5 DERECHO TRANSITORIO

Artículo 2281. La ley que extienda la duración de la prescripción no tiene efectos sobre la prescripción cumplida; se aplica cuando la acción no había prescrito a la fecha de su entrada en vigor.

Cuando la ley reduce la duración de la prescripción, esta comienza a correr desde el día en que entre en vigor la ley, sin que la duración total pueda exceder de la prevista por la ley anterior.

AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS
(ARTICLES 1101 À 1386 DU CODE CIVIL)
ET DU DROIT DE LA PRESCRIPTION
(ARTICLES 2234 À 2281 DU CODE CIVIL)
RAPPORT À MONSIEUR PASCAL CLÉMENT,
GARDE DES SCEAUX, MINISTRE DE LA JUSTICE
22 SEPTEMBRE 2005

SOMMAIRE

Personnes ayant participé à la préparation de l' Avant-projet (par ordre alphabétique)	315
Présentation	317
Présentation générale de l'Avant-projet <i>Pierre Catala</i>	321
LIVRE TROISIEME - TITRE III, "DES OBLIGATIONS"	331
Introduction <i>Gérard Cornu</i>	333
Exposé des motifs Source des obligations - Définitions (art. 1101 à 1103) <i>Gérard Cornu</i>	343
Formation du contrat (art. 1104 à 1107) <i>Philippe Delebecque</i> <i>Denis Mazeaud</i>	349
Validité du contrat - Consentement (art. 1108 à 1115-1) <i>Yves Lequette</i> <i>Grégoire Loiseau</i> <i>Yves-Marie Serinet</i>	353
Validité - Capacité et pouvoir (art. 1116 à 1120-2) <i>Jean Hauser</i> <i>Guillaume Wicker</i>	361
Validité - Objet (art. 1121 à 1123) <i>Jérôme Huet</i> <i>Rémy Cabrillac</i>	365
Validité - Cause (art. 1124 à 1126-1) <i>Jacques Ghestin</i>	369
Validité - Forme (art. 1127 à 1128-2) <i>Pierre Catala</i>	379
Sanctions (art. 1129 à 1133) <i>Philippe Simler</i>	383

Effet des conventions, interprétation, qualification (art. 1134 à 1143) <i>Alain Ghozi</i>	389
Diverses espèces d'obligations (art. 1144 à 1151) <i>Didier R. Martin</i>	395
Exécution des obligations (art. 1152 à 1156-2) <i>Laurent Leveneur</i> <i>Hervé Lécuyer</i>	399
Inexécution des obligations (art. 1157 à 1160-1) <i>Judith Rochfeld</i>	403
Restitutions après anéantissement du contrat (art. 1161 à 1164-7) <i>Yves-Marie Serinet</i>	409
Effet des conventions à l'égard des tiers (art. 1165 à 1172-3) <i>Jean-Luc Aubert</i> <i>Pierre Leclercq</i>	421
Obligations conditionnelles, à terme, alternatives et facultatives (art. 1173 à 1196) <i>Jean-Jacque Taisne</i>	427
Obligations solidaires et indivisibles (art. 1197 à 1217) <i>Pierre Catala</i>	431
Extinction des obligations (art. 1228 à 1250) <i>Jérôme François</i> <i>Rémy Libchaber</i>	435
De la consignation avec offre de paiement (art. 1233 à 1236) <i>Philippe Théry</i>	441
Opérations sur créances (art. 1251 à 1282) <i>Hervé Synvet</i>	445
Preuve des obligations (art. 1283 à 1326-2) <i>Philippe Stoffel-Munck</i>	451
Quasi-contrats (art. 1327 à 1339) <i>Gérard Cornu</i>	455

TITRE III – “DES OBLIGATIO”	459
CHAPITRE PRELIMINAIRE. DE LA SOURCE DES OBLIGATIONS (ART. 1101 À 1101-2)	461
SOUS-TITRE I. DU CONTRAT ET DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL (ART. 1102 À 1326-2)	462
CHAPITRE I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	462
Section 1. Définitions (art. 1102 à 1103)	462
Section 2. De la formation du contrat (art. 1104 à 1107)	464
CHAPITRE II. DES CONDITIONS ESSENTIELLES POUR LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS	465
Section 1. Du consentement (art. 1109 à 1115-1)	466
Sous-section 1: De l’existence du consentement	466
Sous-section 2: De la qualité du consentement	466
Section 2. De la capacité des parties contractantes et du pouvoir d’agir au nom d’autrui (art. 1116 à 1120-2)	469
Section 3. De l’objet (art. 1121 à 1122-3)	473
Section 4. De la cause (art. 1124 à 1126-1)	475
Section 5. De la forme (art. 1127 à 1128-2)	476
Section 6. Des sanctions (art. 1129 à 1133)	478
CHAPITRE III. DE L’EFFET DES CONVENTIONS	481
Section 1. Dispositions générales (art. 1134 et 1135)	481
Section 2. De l’interprétation et de la qualification (art. 1136 à 1143)	482
Section 3. De diverses espèces d’obligations (art. 1144 à 1151)	485
Section 4. De l’exécution des obligations (art. 1152 à 1156-2)	487
Section 5. De l’inexécution des obligations et de la résolution du contrat (art. 1157 à 1160-1)	489

Section 6. Des restitutions apres aneantissement du contrat (art. 1161 à 1164-7)	491
Section 7. De l'effet des conventions a l'egard des tiers (art. 1165 à 1172-3)	494
CHAPITRE IV. DES MODALITES DE L'OBLIGATION	498
Section 1. Des obligations conditionnelles (art. 1173 à 1184-1)	498
Section 2. Des obligations a terme (art. 1185 à 1188)	501
Section 3. Des obligations alternatives et facultatives (art. 1189 à 1196)	503
Section 4. Des obligations solidaires (art. 1197 à 1212)	504
Section 5. Des obligations indivisibles (art. 1213 à 1217)	507
CHAPITRE V. DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS	508
Section 1. Du paiement (art. 1219 à 1236)	508
Section 2. De la remise de la dette (art. 1237 à 1239-1)	514
Section 3. De la compensation (art. 1240 à 1247)	514
Section 4. De la confusion (art. 1249 et 1250)	516
CHAPITRE VI. DES OPERATIONS SUR CREANCES	516
Section 1. De la cession de creance (art. 1251 à 1257-1)	516
Section 2. De la subrogation personnelle (art. 1258 à 1264-2)	518
Section 3. De la novation (art. 1265 à 1274)	520
Section 4. De la delegation (art. 1275 à 1282)	522
CHAPITRE VII. DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS	523
Section 1. Dispositions générales (art. 1283 à 1290)	524
Section 2. Des formes de la preuve par ecrit des actes juridiques (articles 1291 a 1305)	527
Section 3. De l'exigence d'une preuve par ecrit et de la preuve testimoniale des actes juridiques (art. 1306 à 1313)	531

Section 4. Regles particulieres aux presumptions, a l'aveu et au serment (art. 1314 à 1326-2)	533
SOUS-TITRE II. DES QUASI-CONTRATS (ART. 1327 À 1339)	536
CHAPITRE I. DE LA GESTION D'AFFAIRES (OU: DE LA GESTION SANS TITRE DE L'AFFAIRE D'AUTRUI)	537
CHAPITRE II. DU PAIEMENT DE L'INDU	538
CHAPITRE III. DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE	540
Sous-titre III. "De la responsabilité civile" (art. 1340 à 1386). Exposé des motifs <i>Geneviève Viney</i>	541
SOUS-TITRE III. "DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE" (ART. 1340 À 1386)	555
CHAPITRE I. DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES	557
CHAPITRE 2. DES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ	559
Section 1. Dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extra-contractuelle	559
Section 2. Dispositions propres à la responsabilité extra-contractuelle	561
Section 3. Dispositions propres à la responsabilité contractuelle	566
CHAPITRE III. DES EFFETS DE LA RESPONSABILITÉ	567
Section 1. Principes	567
Section 2. Règles particulières à la réparation de certaines catégories de dommages	570
Section 3. Les conventions portant sur la réparation	574
Section 4. La prescription de l'action en responsabilité	575
CHAPITRE IV. DES PRINCIPAUX RÉGIMES SPÉCIAUX DE RESPONSABILITÉ OU D'INDEMNISATION	576
Section 1. L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation	576

Section 2. La responsabilité du fait des produits défectueux	577
LIVRE TROISIEME - TITRE XX, "DE LA PRESCRIPTION ET DE LA POSSESSION" (ART. 2234 À 2281)	579
Exposé des motifs <i>Philippe Malaurie</i>	581
TITRE XX, "DE LA PRESCRIPTION ET DE LA POSSESSION" (ART. 2234 À 2281)	593
CHAPITRE I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES (ART. 2234 À 2242)	595
CHAPITRE II. DE LA POSSESSION	595
CHAPITRE III. DES CAUSES QUI EMPÊCHENT LA PRESCRIPTION	596
CHAPITRE IV. DES CAUSES QUI INTERROMPENT OU QUI SUSPENDENT LE COURS DE LA PRESCRIPTION	596
Section 1. Des causes qui interrompent la prescription	596
Section 2. Du cours de la prescription et des causes qui le suspendent	596
CHAPITRE V. DU TEMPS REQUIS POUR PRESCRIRE	598
Section 1. Dispositions générales	598
Section 2. Des prescriptions particulières	598
Section 3. Du délai maximum des prescriptions extinctives	599
Section 4. De la possession mobilière	599
Section 5. Droit transitoire	600

PERSONNES AYANT PARTICIPÉ
À LA PRÉPARATION DE L'AVANT-PROJET
(PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE)

PASCAL ANCEL	Professeur à l'Université de Saint-Etienne
JEAN-LUC AUBERT	Conseiller honoraire à la Cour de cassation. Agrégé des Facultés de droit
LAURENT AYNES	Professeur à l'Université de Paris 1
ALAIN BENABENT	Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Agrégé des Facultés de droit
PHILIPPE BRUN	Professeur à l'Université de Savoie
RÉMY CABRILLAC	Professeur à l'Université de Montpellier 1
PIERRE CATALA	Professeur émérite de l'Université de Paris 2
GÉRARD CORNU	Professeur émérite de l'Université de Paris 2
PHILIPPE DELEBECQUE	Professeur à l'Université de Paris 1
JEAN-PIERRE DUMAS	Président de chambre honoraire à la Cour de cassation
GEORGES DURRY	Professeur émérite de l'Université Paris 2
JÉRÔME FRANCOIS	Professeur à l'Université de Paris 5
ALAIN GHOZI	Professeur à l'Université de Paris 2
JACQUES GHESTIN	Professeur émérite de l'Université Paris 1
JEAN HAUSER	Professeur à l'Université de Bordeaux 4
JÉRÔME HUET	Professeur à l'Université de Paris 2
PATRICE JOURDAIN	Professeur à l'Université de Paris 1
PIERRE LECLERCQ	Conseiller honoraire à la Cour de cassation
HERVÉ LECUYER	Professeur à l'Université de Paris 2
FABRICE LEDUC	Professeur à l'Université de Tours
YVES LEQUETTE	Professeur à l'Université de Paris 2
LAURENT LEVENEUR	Professeur à l'Université de Paris 2
RÉMY LIBCHABER	Professeur à l'Université de Paris 1
GRÉGOIRE LOISEAU	Professeur à l'Université de Paris 1
PHILIPPE MALAURIE	Professeur émérite de l'Université de Paris 2
PHILIPPE MALINVAUD	Professeur émérite de l'Université de Paris 2
DIDIER MARTIN	Professeur à l'Université de Paris 11
DENIS MAZEAUD	Professeur à l'Université de Paris 2
JUDITH ROCHFELD	Professeur à l'Université de Paris 11
YVES-MARIE SERINET	Professeur à l'Université de Cergy Pontoise
PHILIPPE SIMLER	Professeur à l'Université de Strasbourg 3
PHILIPPE STOFFEL-MUNCK	Professeur à l'Université de Paris 1
HERVÉ SYNDET	Professeur à l'Université de Paris 2
JEAN-JACQUES TAISNE	Professeur à l'Université de Lille
GENEVIÈVE VINEY	Professeur à l'Université de Paris 1
GUILLAUME WICKER	Professeur à l'Université de Bordeaux 4

À la demande de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française—et plus généralement, de la culture juridique latine— et par déférence particulière du Professeur PIERRE CATALA, notre Université a eu l'honneur de traduire en espagnol l'Avant-projet de Réforme du titre III du livre III du *Code civil français* et du droit de la prescription. Un groupe d'éminents civilistes s'est chargé de cette tâche avec soin et grande diligence, sous la direction du Professeur CATALA, qui le rappelle dans sa Présentation.

Remis au Garde des Sceaux de la République Française au mois de septembre de l'année dernière, cet Avant-projet a vocation à devenir la pierre angulaire d'une mise à jour de la législation. En effet, ce travail de grande qualité, réalisé par des auteurs de renom, répond aux exigences actuelles du droit des contrats, particulièrement dans le concert européen, et arrive à un moment où les différents courants du droit privé réclament une 'modernisation' du droit des contrats.

En la matière, la dernière décennie du vingtième siècle et le premier lustre du vingt et unième siècle ont été marqués par l'élaboration et la divulgation de projets de codes, par la promulgation de nouveaux codes civils et de leurs réformes, et par la publication de principes européens du droit des contrats et des contrats internationaux. Les codes civils du Québec et des Pays-Bas, les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, le Code civil du Brésil, le Projet de Code européen des contrats de l'Académie de iusprivatistes européens de Pavie (G. GANDOLFI), les Principes de droit européen des contrats (O. LANDÖ), le Code européen des contrats (BAR), la Réforme du BGB, constituent autant d'apports fondamentaux—de diverses origines et portées— à la consolidation, au renouvellement et au rapprochement des droits nationaux. Depuis toujours essentiel, le droit des obligations et des contrats acquiert une importance incalculable dans le monde actuel, fait qui mérite d'être souligné.

Résultat d'un mouvement continu, l'incorporation des préceptes jurisprudentiels et doctrinaires à la législation cherche à consolider les progrès de la conception et de l'administration des différentes figures juridiques, pour permettre avant tout que le droit vivant réponde aux besoins et aux exigences éthiques et politiques de son temps. Dans une large mesure, les réformes aux codes vieilliss reflètent cette tendance et ces efforts, plus nécessaires que jamais si l'on tient compte de la croissance actuelle et de la complexité du trafic juridique international. À tout ceci s'ajoutent la montée en puissance de la mondialisation, l'apparition et développement de nouvelles communautés de nations—continentales ou régionale—, le besoin croissant d'un cadre juridique, voire d'un droit commun. Pour certains, il devrait dériver des traités, accords

et pactes internationaux; pour d'autres, il reste irréaliste, voire inconcevable. À la lumière des antécédents historiques, le droit commun se présente tout simplement comme un desideratum et une destinée fatale, force centripète inexorablement appelée à coexister avec la force centrifuge que la 'globalisation' elle-même encourage par contrecoup, insérée dans les traditions, les valeurs et les expériences nationales.

Nous vient en mémoire l'expérience de la *Rezeption* du droit romain pour une Europe qui, fragmentée en compartiments territoriaux et tribaux fermés sur eux-mêmes en raison de l'insécurité régnante, se vit obligée de chercher un *ius commune* plus fort et plus vaste que les droits locaux, très intimement liés à la coutume invétérée. Et l'Europe trouva le droit romain, plus précisément les *Digesta seu Pandectae* de JUSTINIANO. C'est en l'étudiant puis en le commentant que se formèrent les apprentis qui allaient devenir, dans leurs territoires respectifs, les juges, les administrateurs et les conseillers, en dure concurrence avec les praticiens. Ces érudits ont adopté et adapté un droit romain que les classiques n'auraient pas reconnu mais qui régit, en tant que droit subsidiaire et noyau dur de principes et valeurs, dans le continent jusqu'à l'avènement des souverainetés rivales, affirmées dans leur propre codification.

Produit des nationalismes, la scission conduit à la formation de familles juridiques majeures –avec leurs épigones aussi bien en Europe elle-même que dans la périphérie, en Amérique latine, en Asie ou au Moyen Orient– plus soucieuses, semble-t-il, de marquer leurs différences que de reconnaître leur racine commune romaniste ou romano-germanique qui, au bout du compte, finira par redevenir l'épine dorsale de la discipline des obligations et des contrats.

L'existence de nouvelles formes de contrats –à commencer par les contrats préformatés, indispensables dans une économie d'échell–, les déséquilibres croissants entre les parties (non seulement en raison de l'inégalité économique), l'augmentation des contrats de longue durée, l'apparition de nouveaux moyens d'expression et de nouvelles formes de conservation de documents, et l'augmentation des risques conduisent à réexaminer, redéfinir et réévaluer, en un mot, à réajuster les principes qui partout régissent l'autonomie privée: la liberté de disposer ou non, de choisir compagnie ou destinataire, de définir la figure légale ou socialement reconnue, de déterminer le contenu et, donc, les effets de la disposition, le tout pimenté par le principe de bonne foi –active et diligente–, la loyauté et la correction qui, en toute occasion, dominent l'inéluctable tension entre l'État et le particulier, entre l'*ius cogens* et l'autonomie privée, entre le pouvoir dispositif et l'intervention du juge; et, bien entendu, de revoir les principes, éléments et effets de la responsabilité dans toutes ses expressions conflictuelles.

La participation de tous les peuples au débat universel et l'unité économique et politique à laquelle sont arrivés les pays européens mettent à l'ordre du jour la modernisation du droit et le rapprochement des prévisions et des solutions juridiques. Dans les deux cas, la jurisprudence est fondamentale, que l'on demande sa fermeté et sa consolidation normative ou que l'on exige un plus grand dynamisme de sa part. Depuis quelques années en France, des voix de plus en plus vigoureuses se font entendre pour promouvoir une révision des textes du Code afin de leur incorporer, outre les directives de l'Union Européenne, les interprétations jurisprudentielles prétoriennes décantées et les orientations déjà généralisées dans les autres législations du continent. L'Avant-projet de Réforme du titre III du livre III du Code civil et du droit de la prescription vient satisfaire ces attentes, ouvrant ainsi naturellement la voie –il faut l'espérer– à sa mise à jour, comme ce fut le cas en matière de droit de la famille il y a quelques décennies.

De toute façon, pour les spécialistes de droit privé des cinq continents – surtout si leurs législations respectives sont ancrées au tronc nourricier français, comme c'est le cas de la plupart des pays hispanophones –, n'ayant pas à abdiquer une lignée noble, précieuse et légitime, la connaissance et l'analyse de l'Avant-projet, ainsi que le débat qui s'en suit, non seulement sont indispensables mais leur offrent l'occasion opportune de réfléchir sur eux-mêmes au milieu de l'océan de singularités et généralités qui séduit et déconcerte celui qu'on appelle aujourd'hui 'opérateur' juridique, et d'identifier leur singularité culturelle en restant fidèles à leur tradition et leur identité, sans tomber dans le chauvinisme et sans se laisser éblouir par les feux d'artifice d'une post-modernité aliénante.

C'est avec un grand plaisir et dans l'espoir de contribuer à ces destinées que l'Université Externado de Colombia, reconnaissante envers les promoteurs, présente ce volume à la communauté juridique hispanophone. Le Professeur et Recteur FERNANDO HINESTROSA s'est chargé de la traduction, avec la collaboration des Professeurs FELIPE NAVIA, FERNANDO MONTOYA, ROBERTO NÚÑEZ et VERÓNICA PELÁEZ pour la Présentation et l'Exposé des motifs.

Bogotá, Avril de 2006

PIERRE CATALA

Présentation générale de l'Avant-projet

1. *Le bicentenaire du Code civil* a connu un immense retentissement dans la plupart des pays ayant la codification en partage, quelle que fût leur langue. Il donna lieu à d'innombrables manifestations, dont émergèrent, bien qu'elles fussent de taille et d'inspirations diverses, les noms de PORTALIS et de CARBONNIER. Le fondateur et le rénovateur avaient en commun la culture historique, une connaissance approfondie des coutumes et des traditions qui forment "l'esprit des siècles", et le sentiment qu' "il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire". Ils n'étaient pas des faiseurs de systèmes, mais ne doutaient pas, cependant, que la loi soit, avant la jurisprudence, mère de l'ordre juridique. "La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées" (Discours préliminaire).

De ces deux noms accolés s'exhalait une double certitude: que le Code de 1804 constituait toujours un modèle idéal de législation civile; qu'il était possible de le rénover sans dégrader sa structure ni sa forme. JEAN CARBONNIER l'avait démontré en transfigurant le livre premier avec le bonheur que l'on sait. Mais par-delà les propos agréables qui sonnèrent aux oreilles françaises, un autre message, le plus souvent tacite, nous était adressé; il disait: qu'attendez-vous pour continuer la modernisation de votre code?

2. A cette tâche, et dans la perspective du grand rendez-vous de 2004, *une poignée de civilistes* universitaires s'étaient attelés un an plus tôt. Le déclic provint d'un colloque organisé par la Faculté de Sceaux qui mettait en parallèle le droit français avec les "principes européens du droit des contrats" issus des travaux de M. LANDÖ. Il paraissait en ressortir que si, sur certains points, notre droit était ou pouvait entrer en convergence avec la trame proposée pour l'Europe, sur d'autres points, cette dernière contrevenait davantage à notre tradition nationale. Dans la conjoncture du moment, ceci méritait à l'évidence d'être approfondi.

Le dessein de ceux qui s'assemblèrent pour y réfléchir n'était pas de s'opposer à qui ni à quoi que ce soit. Il était de passer au crible les titres III et IV du livre troisième du Code civil pour en détecter les silences et pour distinguer, parmi les dispositions en vigueur, celles qui méritaient de demeurer en l'état, de celles qui appelaient une écriture nouvelle ou un pur et simple abandon. Ce faisant, nous suivions l'exemple de nos voisins allemands et néerlandais qui venaient de rénover leur code, tout comme nos cousins d'outre-atlantique québécois et latino-américains.

Au cœur du débat qui s'ouvrait, il y avait la place du Code civil dans l'ordre juridique privé. Est-il encore le droit commun par excellence, la constitution

civile de la France? S'il ne l'est plus, peut-on le rétablir comme tel, au centre d'un système de lois proliférant au gré des politiques nationale et communautaire et dont la complexité s'accroît tant qu'en bien des domaines sa connaissance devient l'apanage de quelques initiés? Pour répondre à ces deux questions, il faut se faire *une certaine idée de la loi civile*.

3. "Les lois civiles, disait PORTALIS, disposent sur les rapports naturels ou conventionnels, forcés ou volontaires, de la rigueur ou de la simple convenance, qui lie tout individu à un autre ou à plusieurs". Par ces simples mots, leur office se trouve dépeint dans sa généralité absolue. Alors que les lois du commerce laissent toute liberté aux seuls marchands pour les besoins de leur négoce, que la protection du consommateur lui est spécifiquement dédiée face au professionnel, la loi civile saisit ces mêmes personnes en dehors de leurs activités de marchand ou de consommateur. Le Code civil s'adresse de manière indifférenciée à tout citoyen, qu'il prend en charge de son premier à son dernier soupir, dans une égalité républicaine.

S'agissant des contrats, sa vocation est à la fois de tempérer par le souci d'une certaine justice contractuelle la liberté ouverte aux commerçants sans verser dans la mise sous tutelle du consommateur. Le droit civil est un droit d'équilibre, pareillement soucieux des intérêts en présence, sans a priori favorable à l'une ou l'autre partie. C'est à d'autres codes ou lois qu'incombe le soin de régler la balance contractuelle vers plus d'efficacité ou de sécurité, en fonction des situations juridiques en cause et de l'utilité sociale recherchée.

Accomplie dans cet esprit de juste milieu, la modernisation du Code civil le maintiendra comme pivot du droit privé, tronc robuste d'un arbre dont les branches procèdent et s'en ramifient sans se délier de leur souche. A cette fin, le Titre "Des obligations" doit être le siège de maximes générales qui édictent un droit commun actualisé, recouvrant et ménageant à la fois le particularisme des lois spéciales nouvelles. C'est ainsi que le Code demeurera *le recours naturel du juge confronté au silence des statuts particuliers et des conventions, le fonds commun de notre raison juridique*.

4. Parrainé par l'Association Capitant, *le projet formé en 2003 est aujourd'hui achevé* avec l'aide du Ministère de la justice, trente mois après avoir été conçu. Pour aboutir dans ce délai, les quelques uns du début n'auraient pu suffire; il était indispensable de répartir le fardeau et d'assembler d'autres compétences. Notre première tâche fut de découper la matière et d'en confier les segments à des collègues particulièrement qualifiés, en posant un certain nombre de règles de temps et de forme. On estima rapidement nécessaire de former deux équipes distinctes, affectées l'une aux contrats et quasi-contrats et l'autre à la responsabilité civile. G. VINEY se détacha du groupe initial et composa avec G.

Durry une équipe de six universitaires au total qui prit en charge collectivement la responsabilité civile. Pour les contrats et les quasi-contrats, au contraire, un travail purement collectif paraissait irréalisable au regard de la masse des sujets à traiter. Le groupe initial assurerait donc la coordination d'un travail réparti, en s'adjoignant un nombre suffisant de coauteurs. Vingt-trois universitaires et trois hauts magistrats à la retraite de la cour de cassation assumèrent la rédaction du Titre III (obligations conventionnelles) subdivisé en dix-huit thèmes. Deux autres auteurs se consacrèrent respectivement aux quasi-contrats et à la prescription. Au total, *le programme mobilisa trente quatre personnes.*

Sa réalisation a connu globalement *quatre phases* qui se sont parfois chevauchées. Le premier temps (février-juillet 2003) fut dédié à la confection du programme: détermination des objectifs, découpage de la matière, ralliement des auteurs. Dans une seconde étape (septembre 2003-avril 2004) ceux-ci accomplirent leur mission consistant à rédiger les articles du chapitre ou de la section qui leur était confié et un texte de présentation.

Chacune de ces contributions fut ensuite adressée à tous les intervenants, avec demande d'avis, de suggestions et de critiques: cette troisième phase constitua une sorte de "forum" d'une grande richesse grâce à la part qu'y prit la majorité des auteurs. On découvrit des lacunes et des doubles emplois, ainsi que certains articles du code actuel qui n'avaient pas été reclassés à la suite des modifications apportées au plan. On releva aussi quelques conflits d'opinion, plus rares qu'on n'aurait pu le craindre, dont la plupart connurent une solution consensuelle.

La troisième phase était prévue pour s'achever à l'automne 2004, mais elle se prolongea, en fait jusqu'à la fin. Il est vrai que la quatrième et dernière avait parallèlement commencé dès l'été 2004. Elle avait pour objet initial l'harmonisation d'une vingtaine de contributions forcément hétérogènes en la forme, à raison du style propre à chaque auteur. A quoi s'ajouta la charge de résoudre les difficultés apparues au cours de la phase trois et de retoucher de nombreux textes en raison des avis que le "forum" avait inspirés; il y fut procédé avec le concours du groupe initial augmenté de quelques volontaires en fonction des sujets débattus; certains chapitres connurent jusqu'à dix versions... Quant à l'œuvre de réécriture, G. CORNU y joua un rôle primordial; tout lecteur averti reconnaîtra sa plume.

Pendant que le droit des contrats et des quasi-contrats prenait forme nouvelle, le groupe Viney-Durry achevait de reconstruire la responsabilité civile et PH. MALAURIE la prescription. C'est donc un avant-projet abouti qui, au seuil de l'été 2005, va être présenté aux pouvoirs publics et à la communauté juridique dans son ensemble, de la manière que voici. Un premier regard sur le projet en

général sera suivi d'une introduction propre aux obligations conventionnelles par G. CORNU, puis d'un exposé des motifs où chaque auteur présentera la partie du projet qu'il a traitée; tout ceci précédant le texte des nouveaux articles 1101 à 1339. La deuxième partie comportera une introduction de G. VINEY sur la responsabilité civile, suivi des nouveaux articles 1340 à 1386. La troisième, relative à la prescription, contiendra une introduction de PH. MALAURIE en tête des articles 2234 à 2281.

5. Ces quelques pages ne sauraient empiéter sur les explications qui seront données au lecteur par les esprits les mieux avertis. Leur but n'est que de dégager quelques linéaments qui tissent *la logique* d'un projet considérable par son ampleur et la diversité de ses objets.

Un hommage, d'abord, doit être rendu aux sources, à commencer par la première d'entre elles, *la loi*. L'étude a montré que nombre de solutions du code Napoléon conservaient leur valeur après deux siècles d'application; on les retrouvera soit sous la forme même dans laquelle nos ancêtres les avaient coulées, soit dans une rédaction mieux adaptée au goût du temps présent. Sous ce rapport, *l'Avant-projet ne propose pas un code de rupture, mais d'ajustement*.

En ceci, il est redevable à la *doctrine* et à la *jurisprudence*. La première fut à l'origine de maintes trouvailles terminologiques habillant des innovations fondamentales: les obligations de moyens et de résultat pour n'en citer qu'une. L'avant-projet lui doit les nombreuses définitions qu'il a paru souhaitable de consacrer dans la loi, car la définition, si elle n'est pas stricto sensu normative, constitue un incomparable outil d'analyse et de qualification.

Pour grande cependant que soit la part due à la doctrine, celle de la jurisprudence l'emporte largement dans la substance de l'Avant-projet. La stabilité des titres III et IV s'explique certes, en partie, par l'apparition de codes et de lois qui ont germé autour du Code civil, mais plus encore par l'œuvre de la Cour de cassation dans l'interprétation *praeter legem* du Code lui-même. C'est elle qui a donné corps à la période précontractuelle, inventé la responsabilité du fait des choses, sculpté la stipulation pour autrui... On la retrouvera à chaque pas ou presque dans les pages qui suivent.

6. Mais l'empreinte du code NAPOLÉON et l'emprunt fait aux sources interprétatives, pour importants qu'ils soient, sont loin de réduire l'Avant-projet à l'étiage d'une codification à droit constant.

En certains points, et non des moindres, y figurent de *nouvelles règles contraires à la jurisprudence contemporaine*. La promesse unilatérale oblige le promettant à conclure le contrat si l'acceptation du bénéficiaire intervient pendant le délai de l'option (art. 1106); la fonction de la cause s'épuise dans la formation du contrat, sans interférer avec son exécution (art. 1123 et 1124

combinés). L'engagement du délégué envers le délégataire rend indisponible la créance du délégant envers le délégué, qui ne peut être saisie ni cédée (art. 1284). Ailleurs, les textes proposés ne contrecarrent pas la jurisprudence, mais visent à la *clarifier* (restitutions), l'*encadrer* (consentement, cession de contrats), la *tempérer* par une règle de preuve (fixation du prix, art. 1121-4 et 1121-5), à *lui ouvrir des voies nouvelles*: action directe (art. 1168), contrats interdépendants (art. 1172 s.), cessions de créance future (art. 1252).

Il faut, enfin, prendre en compte les matières qui échappent au pouvoir du juge partout où *la loi seule peut créer le droit ou le transformer*. Elle seule peut substituer à l'article 1142 du Code civil une disposition de sens inverse (art. 1154 proposé), offrir au créancier insatisfait la faculté de résoudre unilatéralement le contrat (art. 1158), permettre au juge d'ordonner la renégociation d'une convention qui a perdu tout intérêt pour l'une des parties (art. 1135-2). Un texte légal est tout aussi nécessaire pour accorder une préférence aux créanciers qui exercent les actions oblique ou paulienne (art. 1167-1), de même que pour alléger les formes substantielles de la cession de créance (art. 1254-2).

Dans l'ordre de la responsabilité civile, c'est à la loi d'affirmer l'existence d'une responsabilité contractuelle, de créer un régime de responsabilité plus favorable aux victimes de dommages corporels (art. 1341, 1351, 1373, 1382-1), d'élargir la responsabilité de plein droit en matière d'activité anormalement dangereuse (art. 1362) et d'ouvrir la voie à des dommages et intérêts punitifs (art. 1372). S'agissant de la *prescription*, il n'appartient qu'au législateur d'en fixer les délais, ou de redistribuer les rôles respectifs de l'interruption et de la suspension.

7. Cette palette qui, pour les besoins de l'exposé, décline les nuances allant de la continuité au changement, masque peut-être *l'unité du projet*. On la trouvera pourtant dans les multiples lignes de force qui ont guidé sa construction.

Un même *principe de cohérence* lie les conditions de validité du contrat à leurs sanctions (art. 1122 et 1124-1) et, inspire, notamment, des règles de fond telle que l'article 1125, al. 2, d'interprétation (art. 1137) et de preuve (art. 1293). Par delà ces manifestations ostensibles, une cohérence latente, que les introductions ci-après mettront en lumière, assemble les différentes pièces de l'Avant-projet.

Le pouvoir de la volonté est proclamé. Son omnipotence est de principe en cas d'échange des consentements (art. 1127 et 1136), y compris en matière de preuve (art. 1289), de responsabilité (art. 1382) et de prescription (art. 2235). Parallèlement, les effets reconnus à la volonté unilatérale s'étoffent (art. 1101-1, 1121-4, 1121-5, 1158).

Mais s'il sacrifiait sans retenue à la liberté contractuelle, le Code civil perdrait la vertu d'équilibre qui est de son essence; l'affirmation de cette liberté

ne saurait aller sans des contrepoids générateurs de sécurité juridique. Ainsi *un devoir de loyauté*, implicite ou nommé, traverse de bout en bout la matière des obligations conventionnelles (art. 1104, 1110, 1120, 1134, 1176).

Allant plus loin, *un même esprit de solidarité* porte la loi civile à secourir la partie la plus faible par des dispositions générales qui ne se limitent pas au droit de la consommation. Telles sont les règles relatives à la forme, à la capacité et au pouvoir, que l'Avant-projet développe sensiblement par rapport au Code civil. A côté d'elles, des mesures ponctuelles relevant du même esprit touchent aux conditions de validité du contrat (art. 1114-3, 1122-3, 1125 et s.uivants), à son interprétation (art. 1140-1), à son exécution (art. 1154, 1175), à sa cession (art. 1165-4) et à sa preuve (art. 1289 al. 3 et 1299). Semblablement, la responsabilité civile prend en considération le comportement de personnes dont l'état nécessite une surveillance particulière (art. 1356, 1357) et la prescription épargne celles qui sont empêchées d'agir (art. 2266).

8. Tel qu'il se présente, l'Avant-projet s'efforce donc de faire une juste part à l'esprit des siècles et aux nécessités du temps présent, comme firent jadis les pères du code. Cette même combinaison s'imposant à ceux qui nous entourent, il n'est pas sans intérêt de regarder, au terme de notre démarche, dans quelle mesure son résultat recoupe les principes avancés par M. LANDÖ. Le bilan apparaît mitigé.

Il est des convergences appréciables dans la formation du contrat, les vices du consentement et la représentation (bien que l'Avant-projet soit plus complet s.ur ce dernier point). Egalement, dans les phases d'exécution, on trouve une faveur commune faite à l'exécution en nature du contrat, la trilogie des "moyens" disponibles face à la défaillance du débiteur (exécution, résolution, dommages-intérêts), ainsi que la faculté de résolution unilatérale. On se réjouira plus encore d'une identité de vue en matière de prescription.

Mais les "principes européens" omettent la cause comme justificatif de l'engagement, confèrent au juge le pouvoir de refaire le contrat (ce que les auteurs de l'Avant-projet rejettent massivement), et admettent l'annulation du contrat par voie de notification au contractant. Ces mêmes principes admettent la preuve du contrat par tous moyens, et font de la solidarité le principe en matière civile. Ils disposent que la cession de créance ne requiert pas d'écrit ni aucune autre exigence de forme et qu'elle prend effet au moment de l'accord sans régler la question de son opposabilité aux tiers. Ces solutions, potentiellement dangereuses en matière civile et s.'ajoutant à la judiciarisation des contrats, inspireront sans doute des réserves aux civilistes français.

9. L'acte législatif n'est pas un acte unilatéral mais collectif. Notre propos commun était de donner corps à une réforme générale du droit des obligations

et de la prescription, dont l'urgente nécessité devrait s'imposer à l'esprit du législateur national. Notre espoir est que l'Avant-projet s.erve l'entreprise qui donnera à la France un droit civil adapté à son époque et une voix dans le concert européen.

“Le plan que nous avons tracé de ces institutions remplira-t-il le but que nous nous sommes proposé? Nous demandons quelque indulgence pour nos faibles travaux, en faveur du zèle qui les a soutenus et encouragés. Nous restons au-dessous, sans doute, des espérances honorables que l'on avait conçues de notre mission: mais ce qui nous console, c'est que nos erreurs ne sont point irréparables; une discussion solennelle, une discussion éclairée les réparera”. Par ces mêmes mots, PORTALIS concluait le discours préliminaire.

LIVRE TROISIEME - TITRE III
“DES OBLIGATIONS”

GÉRARD CORNU

Introduction

Ce qui est dit, dans ce projet, du contrat et des obligations conventionnelles en général, n'est pas le fruit d'une reconstruction intégrale sur une table rase. Il s'agit d'une révision, d'une *révision d'ensemble*. Et c'est précisément parce qu'à cette échelle, aucun examen n'avait jamais été entrepris depuis 1804, qu'une telle épure a aujourd'hui des titres à entrer dans le paysage législatif.

La pérennité de la théorie générale du contrat dans le Code civil n'est pas une preuve de son obsolescence – il est heureux d'avoir ce monument législatif en héritage –. Mais ce n'est pas non plus un brevet d'intangibilité. Le temps présent ouvre de nouvelles vues.

Selon l'idée qui a présidé dès 1965 à la réforme des régimes matrimoniaux et, dans le même esprit, à la refonte dans le Code du droit patrimonial et extra-patrimonial de la famille¹, *le droit contractuel demande, à son tour, à être refondu dans le corps de droit auquel il appartient*. Au sein du Code civil, la recodification de cette partie se fait en relation avec les autres, afin que règne entre elles la concordance. Les dispositions générales consacrées aux restitutions après anéantissement du contrat ont été établies en contemplation de celles qui gouvernent l'indivision, les récompenses, le rapport et la réduction des libéralités (exemple entre beaucoup d'autres). Les mêmes notions, courant sous les mêmes mots, irriguent le tout. C'est un bienfait de la rénovation en lien.

Le contrat demeure la figure centrale. Une fois réglées sa formation et les conditions de sa validité, il introduit à la théorie des obligations conventionnelles en général: interprétation, exécution, inexécution, effets à l'égard des tiers, modalités, extinction, preuve. Cependant, sur le seuil de cette partie principale, une présentation inaugurale offre le panorama des sources de toutes les obligations, et pas seulement des obligations conventionnelles, mais de toutes les obligations extracontractuelles (quasi-contrats et responsabilité civile). *Ce tableau met en perspective la division majeure des actes juridiques* et des faits juridiques sous les auspices de laquelle toutes leurs espèces s'ordonnent. Au sein des actes juridiques, la convention prend sa juste place aux côtés de l'acte juridique unilatéral et de l'acte collégial. Parmi les faits juridiques, formant antithèse, les quasi-contrats et la responsabilité civile font respectivement naître des obligations à partir d'avantages reçus sans droit ou de dommages causés sans droit. C'est le remploi amplifié et mis en exergue de la disposition-charnière de l'actuel article 1370.

Ces diverses espèces d'actes et de faits juridiques sont définies, comme le sont en suivant les diverses sortes de contrats. Mais le recours aux définitions

1 Tutelle des mineurs, droit des majeurs protégés, autorité parentale, filiation, divorce, successions en instance d'achèvement.

légales est loin d'être systématique. C'est le privilège des figures juridiques de référence qui sont les clés du droit contractuel: espèces d'obligations, modalités, causes d'extinction, modes de preuve, opérations sur créance, etc. Les obligations forment une théorie à cause de l'ordre mis dans ces concepts pour la pratique.

ORIENTATIONS DE FOND

Au fond, l'ouverture à la modernité ne passe pas par le rejet des maximes qui font encore la force vive du contrat. L'article 1134 est toujours le même pilier. Il appartient aux citoyens.

– Cependant, la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat doivent compter avec les *aspirations de la justice contractuelle*. La conscience contemporaine attend des progrès en ce sens. Telle est, primordialement, l'une des idées directrices de la révision. Le projet imprime à la justice dans le contrat tout l'élan compatible avec la sécurité juridique. Pour les majeurs pleinement capables, la rescision pour cause de lésion demeure encadrée, de même que l'erreur sur la valeur. Mais la violence n'a plus le seul visage de la contrainte physique ou morale, elle peut aussi résulter de la menace abusive d'une voie de droit ou de l'état d'extrême précarité dans lequel se trouve l'un des contractants, quand l'autre l'exploite pour en tirer un avantage manifestement excessif. Le dol est pris en considération non seulement s'il émane du cocontractant mais s'il est le fait du représentant de celui-ci ou même, en certaines circonstances, d'un tiers (art. 1113-2). Surtout, en renvoyant aux cas spécifiés dans lesquels une loi de protection autorise la révision judiciaire des clauses qui créent un déséquilibre excessif au détriment d'un contractant, le projet ouvre carrière à la théorie de l'imprévision en matière civile, pour le cas où l'équilibre initial des prestations serait gravement perturbé dans les contrats à exécution successive ou échelonnées. Quand les parties n'en conviennent pas à l'avance, une nouvelle négociation peut être ordonnée par le juge et déboucher sur une résiliation unilatérale (art. 1156 s.). Le même souci d'équilibre explique que, lorsqu'une convention a été établie sous l'influence dominante d'une partie, elle doit être interprétée en faveur de l'autre (art. 1140-1).

– Toutes ces avancées de la justice contractuelle s'accompagnent – c'est une corrélation active – du *plus grand rayonnement donné à la bonne foi*. Etabli pour gouverner l'exécution du contrat (art. 1134, al. 3), le principe de bonne foi étend sa loi sur sa formation même (négociation, pourparlers, 1104, al. 1, convention sur la durée de la prescription 1162). L'obligation de renseignement fait une entrée raisonnable dans le Code, et, au rang des modalités de l'obligation,

l'accomplissement de la condition est sous l'égide de la loyauté (art. 1176). La faveur à la bonne foi circule dans tout le texte (cf. encore art. 1120). Liberté dans la probité, la devise est de haute tradition.

– Phénomène plus nouveau, le dynamisme inventif des pratiques dans la ramification des actions économiques, demandait que soit relevé le défi de *la complexification des relations conventionnelles*. La relativité garde ses marques: les conventions ne lient que les parties contractantes (art. 1165). Mais elles-mêmes sont souvent liées dans une opération d'ensemble qui crée entre elles une interdépendance riche de conséquences (art. 1137). C'est au demeurant dans un tel cadre – si la cession de dette n'est pas isolément admise – que peut s'opérer un transfert de contrat (notamment par fusion ou scission de société) entraînant une substitution de contractant (art. 1165-2). Sous le même horizon, les opérations triangulaires sont toujours plus florissantes. La stipulation pour autrui et le porte-fort ont certes depuis longtemps droit de cité. Mais une réalité économique majeure anime la matière. Dans les patrimoines, la créance constitue une valeur, objet de propriété, source de garantie, matière de la circulation financière. Le projet tient pour essentiel de remembrer toutes les opérations sur créance dans le relief d'un chapitre nouveau (art. 1251 s.). Si la subrogation et la novation conservent leurs fortes assises, la délégation (à peine effleurée dans le code) se déploie dans toute sa polyvalence (art. 1275 s.) et, à l'heure électronique, la cession de créance accède à la simplicité qu'elle requiert. Evinçant *inter partes*, la remise de l'acte, l'établissement de l'écrit qui constate la cession opère à lui seul et par lui-même le transfert, et celui-ci est censé accompli, sans notification, *erga omnes* (art. 1254). Dans le même esprit, les rigidités de l'individualisme absolu sont également refoulées sur d'autres points. Une ouverture est faite à l'action directe des créanciers (art. 1168). Mis au rang des actes juridiques, l'acte collégial doit être interprété à la lumière de l'intérêt commun (art. 1136). Quand enfin le projet propose d'écrire que les conventions légalement formées sont opposables aux tiers et que ceux-ci doivent les respecter, il est dans la même ligne, mais il se réfère en cela à d'autres acquis.

– Sans contradiction, la reconnaissance de ces réalités va de pair avec la montée au jour – comme un pêcheur le dit de la remontée d'un filet – de données latentes confirmées déjà présentes dans la pensée juridique. La révision a puisé chez les interprètes (juges et auteurs), comme à des sources créatrices, le *consensus doctrinal* qui autorise une consécration légale (*communis opinio doctorum*). Elle n'a pas reversé dans la loi toutes les richesses jurisprudentielles et doctrinales, mais seulement filtré – laissant maintes données d'application à leur destin tracé – le noyau des accords. Ainsi le projet propose-t-il de con-

sacrer – de déclarer – la liberté de la preuve des faits juridiques (art. 1287), le principe du consensualisme dans le choix des formes (art. 1127), celui du parallélisme des formes entre l'acte originaire et l'acte modificatif ou contraire (art. 1127-6), l'existence d'un ordre public de protection individuelle (art. 1129-1), l'ouverture à l'incapable agissant seul des actes courants autorisés par l'usage et des actes qui le concernent très personnellement (art. 117-1), l'affirmation au rang des dispositions générales que, pour faire une convention valable, il faut être sain d'esprit (art. 1109). Ainsi a-t-il donné corps dans le Code à la théorie de la qualification (ici à la qualification des actes juridiques, clé de l'analyse contractuelle (art. 1142 s.)), à la théorie générale de la représentation (art. 1119 s.), érigé le pouvoir d'agir au nom d'autrui, en condition spécifique de validité des actes accomplis par le représentant légal, judiciaire ou conventionnel (art. 1108, 1119 s.), caractérisé la capacité de jouissance face à la capacité d'exercice (art. 1116 et 1117), marqué les liens qui unissent les incapacités à l'assistance et à la représentation, fait la part des personnes morales, donné à l'illicéité le sens générique qui lui fait couvrir l'ordre public, les bonnes mœurs et les règles impératives (art. 1126, 1162-3), défini la dette de valeur (art. 1148), etc. Sur tous ces points d'accord, la coutume s'est en somme invitée dans la loi et le Code, puisant à ces sources autorisées, en sort revivifié.

Sur trois points controversés, on pourrait à la vérité douter de l'appui de l'opinion commune. Le projet demeure fidèle à la cause (art. 1124 s.), à l'obligation de donner et à son exécution par le seul échange des consentements (art. 1121, 1145, 1152 s.) ainsi qu'à la rétroactivité de la condition (art. 1182). Tout bien pesé, la conviction a prévalu que, dans l'interprétation régnante, la double fonction de la cause dans la justification de l'engagement est bien maîtrisée, comme le sont l'obligation de donner et son exécution assorties des nuances raisonnables qui en précisent l'application. En définitive, le maintien de ces notions crée beaucoup moins de problèmes que les expédients et les détours par lesquels il faudrait passer pour combler le vide creusé par leur suppression.

– Dans le prolongement de cette action “déclarative”, le projet propose de combler de nombreuses lacunes, en introduisant dans le Code civil des règles qui, portées par des réflexions convergentes, sont elles aussi mûres pour une telle incorporation. Il reconnaît une vocation de principe à l'exécution en nature de l'obligation (art. 1154) ménage une place à la résolution unilatérale du contrat pour inexécution (art. 1158 s.), donne au droit de rétention, énoncé en son principe, une base légale dans le Code (art. 1155-3) et ses propositions, sur certains points, viennent en gerbe. Dessinant pour la théorie générale, le profil de la négociation (art. 1045 s.), du contrat cadre (art. 1102-6), de l'accord de

principe (art. 1104-1), de l'offre et de l'acceptation (art. 1105 s.), de la promesse unilatérale de contrat (art. 1106), du pacte de préférence (art. 1106-1), du contrat d'adhésion (art. 1102-5), du délai de réflexion et du délai de repentir (art. 1110-2), de la faculté de dédit (art. 1134-1), il donne corps à *l'ensemble des règles qui structurent la négociation contractuelle et la formation du contrat*, augment notable.

ELÉMENTS DE MÉTHODE

Le comblement des lacunes dont le postulat est *l'enracinement dans le Code d'apports neufs*, conduit à la méthode de la révision. C'est en effet parce que celle-ci se déploie sur l'ensemble de la théorie générale que ses interventions, échelonnées de chapitre en chapitre, procèdent par mise au point, mise en valeur et en concordance, travaux de présentation, ouvrant la voie, dans la trame, à maintes innovations en harmonie.

– Ainsi le projet agence-t-il quelques *remodelages*. C'est en marquant la trilogie des sources de la compensation que s'ordonne le carré des quatre conditions essentielles de la compensation légale (art. 1241-1) au regard desquelles la compensation judiciaire et la compensation conventionnelle prennent leur juste place. La consignation de la chose due, au titre du paiement, a des chances d'aboutir à la libération du débiteur dès lors que les formalités auxquelles elle est associée (offre de paiement, mise en demeure) mettent à la charge du créancier des initiatives à défaut desquelles une issue raisonnable peut efficacement prospérer sous le contrôle du juge (art. 1233 s.). Jusqu'alors réduite à l'opposition de la condition suspensive et de la condition résolutoire, la théorie de la condition s'enrichit d'un troisième type, la condition extinctive qui, opérant pour l'avenir sans rétroactivité, répond à une utilité et pas seulement à la symétrie du terme extinctif (art. 1184-1). Au rang de ces mêmes obligations modales, figurent seules les obligations indivisibles, sur l'observation qu'entre créancier et débiteur, la dette est tenue de droit pour indivisible (règle pure et simple du paiement, art. 1224) et qu'elle se divise de plein droit entre leurs héritiers (règle successorale pure et simple). Enfin, la classification bipartite des obligations selon leur objet, d'une part, l'obligation de donner, d'autre part, les obligations de faire et de ne pas faire se prête à un approfondissement naturel qui fait émerger un troisième type d'obligation spécifiée par son objet, l'obligation de donner à usage. C'est en effet parce qu'il est de l'essence de l'usage de la chose d'autrui d'obliger à restitution celui qui en est constitué détenteur précaire qu'une *telle prestation est irréductible* à une aliénation (comme dans l'obligation de donner) et s'emblablement que le détenteur à usage ne reçoit d'autrui ni travail, ni ouvrage,

ni entreprise (ni l'avantage d'une abstention, comme dans l'obligation de faire ou de ne pas faire) mais *spécifiquement une chose à restituer à son propriétaire après usage*, notion distinctive (art. 1102, 1121, 1146, 1155 s.).

– D'un autre côté, ont été opérés des *regroupements de règles* jusqu'alors dispersées, leur mise en facteur commun permettant de mettre en évidence leur généralité. Ainsi la forme des conventions devient le lieu de dispositions de synthèse (art. 1108, 1127 s.). Les restitutions après anéantissement du contrat (par nullité ou résolution) forment désormais un pôle de référence (art. 1161 s.). Le rapprochement de notions jusqu'alors non écrites tend au même résultat. Introduites ensemble dans le Code, l'inopposabilité, la caducité et la régularisation se caractérisent par comparaison, moyennant une définition (art. 1131 à 1133) de même que, relativement, l'obligation de moyens et l'obligation de résultat (art. 1149). Ces consécutions sont d'évidents progrès.

– Enfin, revues dans leur ensemble, les assises les mieux éprouvées du droit des obligations s'offrent d'elles-mêmes aux *retouches* légères qui effacent, par accent sur l'essentiel, les réserves mineures qui les affectent. Ainsi suffit-il d'effleurer d'un mot les définitions de la loi pour mettre au clair le fondement de toute présomption (art. 1314), la dispense spécifique qui découle des présomptions légales (art. 1317), le caractère toujours réfragable de celles qui sont abandonnées aux lumières des magistrats (art. 1318), l'effet tout à la fois apériteur et imparfait du commencement de preuve par écrit qui, rendant admissibles tous les modes de preuve, a besoin d'être corroboré par l'un d'eux (art. 1312), le climat consensuel de la remise de dette (art. 1237 s.), le mécanisme raffiné de la stipulation pour autrui (art. 1171 s.), le devoir de conscience sous l'obligation naturelle (art. 1151), au fond de l'intime conviction, la conscience du juge (art. 1287). On n'ira pas exagérer la portée de cette législation occasionnelle de performance (c'est la recodification qui fait l'occasion). Mais, chemin faisant, l'opportunité se présente de répondre à certaines attentes contemporaines, ainsi en mettant au large les volontés individuelles lorsqu'elles s'accordent, dans des limites du raisonnable, sur certaines adaptations (aménagement conventionnel des règles de preuve, art. 1289, ou des délais de prescription). Les mêmes aspirations invitent à donner ici et là du sens et de la souplesse grâce à des critères directifs: ainsi en marquant que le contrat s'interprète en raison et en équité (art. 1139) que le rattachement des contrats innomés aux contrats voisins se fait par analogie (art. 1103), que, dans le doute, la vraisemblance est un repli efficace et pertinent (art. 1287, 1293, 1314, 1317).

De façon comparable, la révision d'ensemble donnait l'occasion d'apporter des *clarifications* nécessaires, débouchant souvent sur de nouvelles solutions. Ainsi de définir le paiement (art. 1219), d'énoncer qu'il se prouve par tous les

moyens (art. 1231), de mettre en facteur commun le caractère déterminant des vices du consentement (art. 1111-1), d'étendre à l'acte juridique unilatéral le principe de l'interprétation exégétique (art. 1136), de mesurer la valeur du silence dans la formation du contrat (art. 1105-6), de n'attacher qu'une nullité relative à l'absence de consentement (art. 1109-2), de donner en principe à la réception de l'acceptation ou la vertu de parfaire la formation du contrat (art. 1107).

Ces modifications ponctuelles sont inséparables des autres propositions. En effet, qu'elle soit regardée au fond ou dans sa méthode, la *révision d'ensemble* qui vient d'être exposée est liée par les *deux idées fondamentales qui l'animent*.

Les matières de la théorie générale ont été traitées en concordance. *Le principe de cohérence* est le premier trait de leur union. Quand le contexte y invite, il n'exclut pas certaines variations rédactionnelles. Mais les mêmes inspirations imprègnent tout le texte et, sous le texte, les notions de fond reviennent toujours avec le même sens. La théorie générale du contrat est, par nature, l'organisation d'une diversité, du simple au compliqué. On ne l'appauvrit pas; on l'enrichit en assumant ce qui est nouveau, moyennant des simplifications, des amplifications et des redistributions, mais toujours dans un ordonnancement sans lequel les obligations conventionnelles en général n'existent pas. Les progrès du rail et de la route se font en réseau. Il en va de même pour le réseau contractuel. On modernise l'outil pour l'utilisateur.

Relativement aux autres règles, dans le Code ou en dehors de lui, les dispositions de la théorie générale sont encore unies par leur même et singulière vocation. *Elles constituent le droit commun des contrats*. Elles laissent jouer, chacune en son domaine, les règles particulières aux espèces de convention qui y fleurissent. Mais elles ont en propre, d'une part, d'ériger en archétype les figures principales du droit des contrats qui sont au moins des repères, d'autre part d'ouvrir globalement à l'acte unilatéral et à l'acte collégial l'application en tant que de raison du droit des conventions (art. 1101-1), enfin de donner une solution résiduelle aux questions que le silence des lois laisse sans réponse, recours subsidiaire. Dès le seuil, l'article 1103 en pose le principe. Il a sa part dans le destin du Code civil dont on a célébré le bicentenaire.

GÉRARD CORNU

Exposé des motifs
Source des obligations. Définitions
(art. 1101 à 1103)

I. DE LA SOURCE DES OBLIGATIONS (ART. 1101 À 1101-2)

Nouveau, le chapitre préliminaire par lequel s'ouvre le titre III "Des obligations" est la conséquence de l'apparition, dans le Code, d'un titre regroupant le contrat, les quasi-contrats et la responsabilité civile. Il a précisément pour objet *la présentation inaugurale des trois sources principales d'obligation*.

Tableau d'ensemble, l'article 1101 reprend en l'élargissant la disposition charnière de l'article 1370 actuel. Ce texte d'origine introduit en effet, dans leur division majeure, "les faits personnels à celui qui se trouve obligé" (entendons les faits juridiques), à savoir, d'un côté les quasi-contrats, de l'autre les délits et quasi-délits, non sans avoir d'abord mis hors série, accompagnés d'exemples, "les engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi".

L'article 1101 du projet n'omet pas de rappeler l'existence de tels engagements, mais son objet primordial, porté en tête du titre "Des obligations" est d'ajouter aux faits juridiques les actes juridiques, au premier rang desquels le contrat, instauration d'ensemble.

Cette introduction aux sources principales d'obligations est *une mise en perspective*. Il est en effet essentiel de mettre au contact les unes des autres des notions fondamentales qui sont coordonnées. Plus précisément, de marquer la place du contrat dans la catégorie plus générale des actes juridiques et, semblablement, celle des quasi-contrats et autres faits générateurs d'obligation dans l'ensemble des faits juridiques.

Ainsi se manifeste le *parti législatif* qui déclare sa fidélité à la conception traditionnelle française. Le contrat est bien une espèce d'acte juridique, mais, dans la conception régnante, ici confirmée, *le contrat est et demeure la figure centrale*. C'est pourquoi le premier sous-titre du titre "Des obligations" est centré sur le contrat, et c'est pour la même raison que, pour ordre, toutes les espèces d'actes et de faits sont d'abord situées dans l'ensemble cohérent qu'il les englobe.

La disposition de l'article 1101-1 s'attache en premier à définir les actes juridiques en général (al. 1) et à donner la définition particulière des trois éléments de la trilogie (al. 2, 3 et 4). La définition générale et celle de l'acte juridique conventionnel sont classiques, plus nouvelles celle de l'acte juridique unilatéral et de l'acte juridique collectif.

La considération de l'auteur de l'acte est une première donnée de leur différenciation: deux ou plusieurs personnes pour la convention; pour l'acte collectif, les membres de la collectivité (dotée ou non de la personnalité juridique). En général accompli par une seule personne, l'acte juridique unilatéral peut aussi émaner de plusieurs personnes unies dans la poursuite d'un même

intérêt (l'unité d'intérêt faisant reconnaître, malgré la pluralité d'auteurs, l'acte unilatéral).

Leur champ d'action les distingue surtout. L'ouverture est générale pour la convention (en harmonie avec la liberté des conventions). Au contraire, l'objet des décisions collectives s'inscrit dans la finalité particulière et la compétence spéciale de chaque type de collectivité (indivision, association, société, etc). Quant à la *volonté unilatérale*, elle n'a pas été érigée en source générale d'obligation. Elle peut seulement prospérer sous l'égide de la loi ou (c'est une ouverture) de l'usage.

Fondamentalement, tous les actes juridiques se caractérisent, comme actes volontaires, par la direction que prend la volonté (car les faits juridiques peuvent aussi être volontaires). Dans l'acte juridique, la volonté est toujours tendue vers l'effet de droit consciemment perçu et recherché par son auteur (ce que traduisent les mots-clé "destinés", "en vue").

Dans son alinéa final, l'article 1101-1 renvoie implicitement les actes juridiques unilatéraux et les actes collectifs aux dispositions spéciales qui les gouvernent respectivement, dans leur validité et leur effet. Mais, quand la raison le commande, *il leur rend subsidiairement applicable le régime général des conventions*, lequel apparaît ainsi, sous ce rapport, comme le *droit commun des actes juridiques*. Le contrat est bien, dans cet ensemble, la figure rayonnante.

L'article 1101-2 met en évidence que si, en eux-mêmes les faits juridiques sont dans une grande diversité, comme agissements (individuels ou collectifs) ou comme événements (faits divers particuliers, économiques, politiques, naturels, etc) c'est toujours la loi qui leur attache l'effet de droit qu'elle détermine (lequel ne correspond évidemment pas s'il s'agit de faits volontaires, au propos délibéré de leur auteur).

L'article annonce enfin la division majeure entre les faits dommageables, illicites générateurs de responsabilité civile (sous-titre III) et les faits licites utiles, source d'obligation quasi-contractuelle (pour celui qui en profite sans y avoir droit (sous-titre II).

II. DÉFINITIONS (ART. 1102 S. À 1103)

La définition générale du contrat en tête du sous-titre "Du contrat et des obligations conventionnelles en général" est une idée des rédacteurs du Code de 1804. Ainsi que celle de la faire suivre de la définition particulière de plusieurs figures de contrat dont chacune est classée, de façon saisissante, par opposition à la figure antithétique, le contrat synallagmatique par opposition au contrat unilatéral, le contrat à titre onéreux par opposition au contrat à titre gratuit,

le contrat commutatif par opposition au contrat aléatoire. Cette classification inaugurale répond à l'intention de mettre en place les grandes familles *de contrat au sein desquelles se rangeront les multiples contrats* dits spéciaux.

Dans leur justesse et leur clarté, certaines de ces définitions ne demandent qu'à être maintenues (contrat synallagmatique) ou effleurées d'une retouche (contrat unilatéral). L'opposition du contrat à titre onéreux et du contrat à titre gratuit prend du sens par l'accent mis sur l'intention décisive ("entend) relativement à une contrepartie (*animus donandi* pour le contrat à titre gratuit; la poursuite d'une contrepartie pour le contrat à titre onéreux). Pour une modification voisine mais plus prononcée, la considération de l'équivalence initiale des prestations, dans la pensée des contractants, est le critère qui fait le départ entre le contrat commutatif et le contrat aléatoire.

Le catalogue actuel a seulement été complété par de nouvelles définitions énoncées, selon la même méthode, non point pour l'interprétation du texte mais en fonction de la nature propre de chaque figure, dans l'ensemble du système juridique. Ainsi est proposée l'opposition déjà connue mais non écrite du contrat consensuel et du contrat solennel. L'extrême importance pratique du contrat d'adhésion et du contrat cadre exigeait que leur définition soit élaborée, afin surtout que soient clarifiées, dans le contrat d'adhésion, la distinction entre le noyau imposé et l'éventuelle partie complémentaire négociée, et semblablement, dans le contrat cadre, la distinction de l'accord de base et des conventions d'application.

On retrouve dans l'article 1103 l'affirmation que *les règles énoncées au titre du contrat constituent le droit commun des contrats*. Le texte réserve, en l'illustrant d'exemples topiques, l'application à certains contrats des règles particulières qui les gouvernent, mais il marque sous cette réserve que la vocation des règles générales s'étend à toute espèce de contrat, nommé ou innommé. Quant à ces derniers, il ouvre un précieux *recours au raisonnement analogique* afin de combler avec discernement les lacunes des prévisions contractuelles.

On aura remarqué que, dans l'article 1102, ne figure plus la référence à la trilogie traditionnelle (donner, faire, ne pas faire). Mais on en retrouve les éléments à l'article 1121 qui précise l'objet du contrat. Ce transfert qui évite une redondance a surtout l'avantage de *compléter la trilogie*, car le contrat peut aussi avoir pour objet de concéder la détention d'une chose avec ou sans usage, *prestation spécifique qui ne se ramène ni à donner, ni à faire, ni à ne pas faire*.

Ainsi déployé, l'éventail des prestations a sa place naturelle dans l'objet du contrat, sans alourdir la définition générale préliminaire du contrat. Dans celle-ci, la référence est désormais faite à une *notion générique consacrée* qui enveloppe tous les cas. Toute obligation naissant d'un contrat a pour objet *l'accomplissement d'une prestation*.

PHILIPPE DELEBECQUE

DENIS MAZEAUD

Formation du contrat

(art. 1104 à 1107)

Très précis sur les conditions de validité et les effets du contrat, les rédacteurs du Code civil de 1804 étaient, en revanche, restés silencieux sur ses conditions de formation, autrement dit sur la phase de rencontre des volontés. Le contraste est saisissant avec le luxe de détails dont font preuve le législateur français contemporain, notamment dans le domaine des contrats de consommation, et les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats qui, eux, régissent avec une extrême minutie les différentes étapes qui conduisent de la simple intention de contracter à la conclusion de l'accord définitif.

Il a donc semblé légitime aux promoteurs de ce projet de combler cette lacune de notre Code et de prévoir des textes qui encadrent la formation du lien contractuel. Tel est l'objet des articles 1104 et suivants de cette section intitulée "De la formation du contrat".

Quant à la structure de cette section, les rédacteurs se démarquant ainsi des textes élaborés au niveau européen et international qui visent à harmoniser ou à codifier le droit des contrats, ont délibérément opté pour des règles générales destinées à charpenter la rencontre des volontés et ont renoncé à réglementer avec moult précisions le processus de formation du contrat, étant entendu que dans ce domaine la liberté des futurs contractants doit pouvoir se déployer le plus largement possible et qu'une certaine marge d'appréciation doit être laissée au juge saisi de l'existence d'un contrat. Par ailleurs, il s'est agi d'envisager les différents procédés et étapes qui jalonnent le chemin qui conduit à la création du contrat. Ainsi, les textes proposés ont pour objet les différents actes unilatéraux ou bilatéraux qui sont le plus souvent utilisés et exploités dans la perspective de la conclusion d'un contrat.

Quant au fond, les règles élaborés puisent à plusieurs sources: la jurisprudence française rendue dans ce domaine, depuis deux siècles, d'abord; certaines codifications européennes et internationales récentes (Allemagne, Pays-Bas, Québec), ensuite; les projets d'harmonisation européenne et internationale du droit des contrats (Avant-projet de code européen des contrats-groupe Gandolfi; Principes du droit européen du contrat-commission Landö; Principes Unidroit), enfin. Par ailleurs, ces règles sont articulées autour d'un triptyque: liberté, loyauté, sécurité.

Liberté, en premier lieu, dans la période de négociation précontractuelle (articles 1104 à 1104-2). Les négociateurs sont libres d'entrer en pourparlers, de mener leur négociation et d'y mettre fin comme et quand bon leur semble. En principe, leur responsabilité ne peut pas être recherchée à l'occasion de cette phase de négociation. En particulier, elle ne peut pas être engagée du seul fait que la négociation a été rompue et que cette rupture a provoqué un dommage pour un des négociateurs. Liberté, en deuxième lieu, au stade de l'offre et de l'acceptation. D'une part, l'offrant dispose d'un important pouvoir unilatéral de

rétractation. D'autre part, le destinataire de l'offre ne peut pas, sauf circonstances exceptionnelles, être contractuellement lié lorsqu'il fait preuve de passivité à réception de celle-ci. Liberté, en troisième lieu, quant aux instruments que les négociateurs peuvent exploiter dans la perspective de la conclusion de leur accord définitif: contrat de négociation, accord de principe, promesse unilatérale, pacte de préférence. Etant entendu que la "liste" n'est pas exhaustive et que le recours à d'autres instruments contractuels est possible.

Loyauté, en deuxième lieu. La liberté précontractuelle est, en effet, tempérée et canalisée par une exigence de loyauté destinée à imposer une certaine éthique lors de la période qui tend vers la conclusion d'un contrat, dans la mesure où la négociation contractuelle s'inscrit souvent dans la durée et s.e traduit souvent par d'importants investissements financiers. Aussi, la bonne foi guide les négociateurs lors de la négociation et singulièrement à l'occasion de sa rupture. De même, la liberté de conclure des petits contrats qui jalonnent et encadrent les pourparlers est canalisée par l'exigence de bonne foi.

Sécurité, en troisième lieu. Les règles proposées sont mues par l'impératif d'assurer la sécurité juridique lors de la période précontractuelle. Ainsi, d'abord, le pouvoir de révocation unilatérale de l'offrant est neutralisé lorsque son offre, adressée à personne déterminée, comportait son engagement de la maintenir pendant un délai de précis. Dans ce cas de figure, la révocation de l'offre n'empêchera pas la formation du contrat si elle est acceptée dans le délai fixé, pas plus d'ailleurs que le décès de l'offrant ou son incapacité survenus pendant le délai d'acceptation. De même que la sécurité du destinataire de l'offre, concrètement le respect de sa croyance légitime dans le maintien de l'offre, est assuré par cette disposition, celle de l'offrant est promue par la règle qui prévoit que le contrat n'est conclu qu'à compter de la réception de l'acceptation. Ainsi, l'offrant n'est-il contractuellement lié que lorsqu'il a pu prendre effectivement connaissance de la volonté manifestée par son partenaire et ne peut pas être juridiquement engagé sans le savoir. Solution qui, par ailleurs, renforce automatiquement son pouvoir de révocation unilatérale. Ensuite, c'est la protection de la confiance légitime du bénéficiaire d'un pacte de préférence ou d'une promesse unilatérale de contrat que les règles nouvelles ont poursuivi comme objectif. En harmonie avec les textes relatifs à l'irrévocabilité unilatérale du contrat, à l'exécution forcée et dans le souci de ne pas priver des intérêts les avant-contrats les plus utilisés dans la pratique contractuelle, la rétractation du promettant est sanctionnée de la façon la plus énergique qui soit. En effet, le refus du promettant de conclure le contrat promis ou la conclusion avec un tiers du contrat à propos duquel il avait consenti une priorité ou une exclusivité au bénéficiaire ne font pas obstacle à la conclusion du contrat promis au profit du bénéficiaire.

YVES LEQUETTE
GRÉGOIRE LOISEAU
YVES-MARIE SERINET

Validité du contrat - Consentement
(art. 1108 à 1115-1)

Selon un avis unanime, les dispositions relatives au consentement en vigueur dans le Code civil (articles 1109 à 1118) ne rendent compte de la matière que de façon imparfaite et incomplète.

Les textes, dont la rédaction originelle demeure inchangée depuis 1804, envisagent les seules qualités de lucidité et de liberté que celui-ci doit revêtir afin que de la volonté de chaque contractant sorte un engagement valable.

De toute évidence, la perspective ainsi choisie s'avère doublement limitée au regard des questions que soulève cette condition essentielle de formation des conventions dans le droit contemporain.

D'une part, la présentation des codificateurs conduit à passer sous silence le processus d'expression et de rencontre des volontés, masquant ainsi la difficulté spécifique de l'absence totale de consentement.

D'autre part, elle n'ouvre à celui qui n'aurait pas contracté en pleine connaissance de cause et librement que les remèdes curatifs de l'annulation pour vice du consentement. Or, les développements récents du droit de la consommation ont montré, en marge du Code civil, que d'autres formes de protection permettaient, par une voie préventive, d'assurer d'une manière souvent plus efficace la même fonction de protection.

Au demeurant, sur le terrain le plus classique de la théorie des vices du consentement, il apparaît aujourd'hui que les textes initiaux ne traduisent le droit positif qu'en surface. Car les notions d'erreur, de dol et de violence ont connu des transformations profondes sous l'influence de débats doctrinaux nourris depuis la fin du XIX^e siècle. Dans leur prolongement, une jurisprudence foisonnante et subtile, parfois jusqu'à l'excès, a considérablement ajouté au régime juridique de chacun des vices au point qu'il faille désormais y rechercher l'essentiel des règles applicables. Si, sur certains points, les choix prétoriens demeurent encore discutés, il n'en reste pas moins que, dans son ensemble, la construction jurisprudentielle a atteint un degré de maturité et de finesse suffisant pour servir de source d'inspiration à la rédaction de nouveaux textes. D'autant qu'en ce domaine, le droit positif français assure une meilleure protection et témoigne d'un plus grand perfectionnement technique que les diverses propositions de textes émises ailleurs sur le même sujet.

Pour ces différentes raisons, la rédaction d'une nouvelle section du Code civil qui aurait à traiter du consentement (articles 1109 à 1115-1) nécessiterait, dans l'esprit de ceux à qui elle a été confiée, d'une part, de combler les lacunes dans l'approche que les codificateurs de 1804 avaient eu de la matière en rédigeant de nouvelles dispositions relatives à l'existence et à l'intégrité du consentement et, d'autre part, de tirer toutes les conséquences des principales évolutions apportées par la jurisprudence à la construction du régime des diffé-

rents vices du consentement en modifiant et complétant les textes actuellement en vigueur.

C'est ainsi que dans une Sous-section 1, il sera proposé d'adopter plusieurs textes généraux qui traitent de la question de l'existence du consentement. A ce titre, deux difficultés peuvent surgir, qui ne sont pas les plus fréquentes, mais font d'ordinaire l'objet d'un traitement peu satisfaisant par renvoi à des textes particuliers en dehors du cœur du droit des obligations ou par rattachement à des notions voisines quoique pourtant distinctes.

La première concerne l'absence de consentement de l'un des contractants. Elle correspond à la situation d'une personne juridiquement capable qui souffre d'une altération des facultés mentales et s.e trouve par là même hors d'état d'émettre un véritable consentement. Le contrat ne peut alors se former valablement à défaut d'une volonté réelle à l'origine de la déclaration de volonté. Afin de traiter cette situation, il est envisagé de généraliser à tous les actes juridiques une solution énoncée à l'article 901 du Code civil pour les libéralités et figurant déjà à l'article 489 du Code civil dans les dispositions relatives aux majeurs issues de la loi du 3 janvier 1968 rédigée par le doyen Carbonnier. Cette généralisation avait d'ailleurs déjà été envisagée par lui et permet de régler de façon uniforme la question de l'acte juridique conclu sous l'empire d'un trouble mental dans un nouvel article 1109.

La seconde difficulté est relative à l'absence de rencontre des consentements, lorsque les deux parties n'ont pas voulu la même chose. Il y a bien une apparence de contrat, mais celui-ci repose sur un malentendu, ce que l'on traite habituellement au titre de l'erreur-obstacle. Afin d'envisager cette situation qui, le plus souvent, reste étudiée avec la théorie de l'erreur, un article 1109-1 est prévu.

Enfin, une sanction uniforme est proposée à l'article 1109-2 du Code civil en cas d'absence de consentement. C'est la nullité relative qui se déduisait déjà de la conception moderne des nullités et résultait de la réforme du 3 janvier 1968. Outre qu'il met fin aux incertitudes et discussions sur une éventuelle résurgence de la notion d'inexistence du contrat, ce choix présente l'avantage d'homogénéiser ces sanctions avec celles qui sont classiquement retenues en matière de vices du consentement.

Ensuite, dans une Sous-section 2, les propositions visent à exposer, de façon plus détaillée, les règles destinées à assurer la qualité du consentement des contractants dans deux paragraphes inégalement novateurs.

Dans une première subdivision, sont insérées des dispositions nouvelles relatives aux mesures positives de protection du consentement. Leur fonction préventive justifie l'intitulé du paragraphe qui traite de l'intégrité du consen-

tement. Sont ici successivement définis deux instruments que le droit de la consommation utilise de manière courante à cette fin bien que le premier ne s’y trouve pas strictement cantonné: l’obligation précontractuelle de renseignement d’une part (articles 1110 et 1110-1), les techniques tendant à différer la formation définitive du contrat que sont les délais de réflexion et de repentir d’autre part (article 1110-2). A chaque fois, il s’agit de favoriser la réflexion du contractant en lui permettant de prendre une décision éclairée et lui offrant le temps suffisant avant de s’engager définitivement et irrévocablement.

Il est apparu nécessaire de donner un cadre général à ces notions qui permette de dépasser, selon les cas, la diversité de leurs sources (jurisprudentielle ou légale) et l’éclatement de leurs régimes. En fixer le sens et les principaux caractères dans le droit commun des obligations du Code civil redonne à celui-ci ses pleines cohérence et dimension tout en créant un point d’ancrage vers les droits spéciaux plus techniques, notamment le droit de la consommation. Refaire du Code civil un Code pilote serait aussi une manière de répondre à la critique qui veut que la réglementation générale des contrats ait perdu sa vigueur et sa capacité créatrice au profit du droit de la consommation qui, plus nouvellement codifié, incarnerait le droit vivant...

Une seconde subdivision, de façon plus classique, redéfinit le régime des vices du consentement que le Code civil avait originellement prévu, en y intégrant les apports les plus substantiels du droit positif, en prenant parti sur certains points encore soumis à discussion et en s’efforçant de rassembler, par une mise en facteur commun, les éléments qui réunissent les mesures curatives de protection du consentement.

En tête puis en fin de paragraphe, figurent quatre dispositions générales. Reprenant la formule originaire du Code de 1804, louée pour sa valeur expressive particulièrement forte, un nouvel article 1111 regroupe la trilogie des vices du consentement en changeant simplement l’ordre de leur énumération afin de respecter celui qui sera suivi pour les présenter. A sa suite, l’article 1111-1 énonce la condition de détermination du consentement commune à tous ces vices dans un texte qui s’inspire d’un arrêt célèbre rendu à propos de l’erreur déterminante (Cass. civ., 28 janvier 1913, S. 1913, I, 487). L’absence de distinction entre le vice principal et incident est également soulignée cependant que les éléments de l’appréciation *in concreto* du caractère déterminant se trouvent énoncés, l’effet du vice sur le consentement devant se mesurer à l’égard de celui qui l’allègue. Par ailleurs, les articles 1115 et 1115-1 rappellent que l’erreur, le dol et la violence ouvrent classiquement l’action en nullité relative qui, tendant à la protection du contractant victime, ne court que du jour de la cessation du vice ou de sa découverte. La proximité des voies de droit qu’exprime l’expression

traditionnelle de “*fongibilité*” des vices du consentement autorise les passerelles procédurales. Enfin, l’annulation du contrat s’obtient sans préjudice d’éventuels dommages et intérêts alloués cumulativement ou alternativement. Dol et violence ont en effet toujours présenté la structure dualiste d’un délit civil, pour celui qui l’exerce, et d’un vice du consentement, pour celui qui le subit. Mais on admet aujourd’hui encore que l’erreur provoquée par les agissements fautifs du cocontractant autorise une réparation sur le terrain délictuel. C’est ce que l’article 1115 alinéa 2, résume dans une formule générale dérivée de l’article 1382 (anc.) du Code civil.

A ces règles communes, s’ajoutent des dispositions spéciales propres à chaque vice du consentement.

C’est ainsi que l’erreur est d’abord réglementée, avec ses deux objets possibles que l’article 1110 (anc.) du Code civil envisageait dès 1804: la substance de la chose et la personne du cocontractant (article 1112). A chaque fois, la qualité essentielle sur laquelle la méprise aura porté est celle en considération de laquelle les deux parties auront contracté (qualité convenue) ou qui, envisagée par l’une, aura été portée à la connaissance de l’autre (qualité entrée dans le champ contractuel?). Conformément à une jurisprudence bien assise, développée en matière de vente d’œuvres d’art, il a été retenu que l’acceptation d’un aléa relativement à une qualité de la chose chassait l’erreur (article 1112-1 alinéa 2). Sont également reprises d’autres solutions, largement éprouvées, qui tiennent les erreurs de droit et de fait pour équivalentes et refusent, après analyse des comportements respectifs des parties, la prise en considération de l’erreur inexcusable (article 1112-3). Dans un esprit voisin, la simple erreur sur la valeur ou sur les motifs est tenue pour indifférente sous les conditions dégagées par la jurisprudence au terme d’une longue évolution prétorienne (article 1112-4).

Sur le terrain du dol, les propositions consacrent l’élargissement de la définition classique du vice qui s’évinçait de l’article 1116 (anc.) du Code civil à la réticence dolosive (article 1113-1), laquelle présente un intérêt pratique supérieur et permet de faire un lien avec l’obligation de renseignement précédemment organisée (article 1110). Les rapports entre les deux notions sont encore clarifiés puisqu’il est énoncé que, lorsque l’intention de tromper fait défaut, le manquement à une telle obligation n’engage que la responsabilité de celui qui y était tenu. Sur le principe selon lequel le dol qui n’émanerait pas du cocontractant reste sans effet sur la validité du contrat, l’article 1113-2 apporte certains aménagements, parfois connus, afin de tenir compte de la possible intercession d’un tiers dans la conclusion de la convention. Au dol de l’une des parties, est assimilé celui de son représentant, gérant d’affaires, préposé

ou porte-fort. En outre, l'article 1113-3 prévoit que l'erreur résultant d'un dol sera plus facilement sanctionnée qu'une erreur spontanée puisqu'on la tiendra toujours pour excusable et qu'elle ouvrira la nullité alors même qu'elle aurait porté sur la seule valeur ou sur de simples motifs. Toutefois, le texte réserve cette extension au seul cas d'une erreur "provoquée" par le dol ce qui, *stricto sensu*, ne sera pas généralisable à la réticence dolosive. Tacitement, la disposition conduit à entériner la jurisprudence *Baldus* (Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *Bull. civ.*, 1, n° 130), si, du moins, on veut bien en faire une lecture littérale.

Reste la violence. A son égard, les textes proposés reprennent, pour l'essentiel, les dispositions actuelles du Code civil (articles 1111 à 1114 anc.). Il est seulement procédé à quelques aménagements afin de tenir compte, notamment, des ajustements que la jurisprudence avait déjà dessinés à propos de l'emploi illégitime d'une voie de droit. L'innovation réelle provient de la consécration de l'idée d'exploitation abusive d'une situation de faiblesse provoquée par un état de nécessité ou de dépendance. L'opportunité de retenir en ce cas la violence, récemment débattue, se trouve reconnue sous la forme d'un nouvel article 1114-3 qui précise également les critères en fonction desquels ce cas particulier de violence sera apprécié.

J E A N H A U S E R
G U I L L A U M E W I C K E R

Validité - Capacité et pouvoir
(art. 1116 à 1120-2)

La capacité des sujets de droit a été étrangement traitée, par les auteurs du Code civil, à propos de la conclusion des actes juridiques. C'était voir seulement le côté actif de la capacité alors que notre société, soucieuse parfois exagérément de principes, y verrait plutôt le côté passif du sujet. La capacité est d'abord une question de droit des personnes. Ainsi, peut-on se demander si le § 1 du projet sur la capacité de jouissance ne trouverait pas plus sa place dans les articles phares du Code, désormais les articles 16 et s., plutôt que dans des articles consacrés au droit des obligations. La notion de "capacité naturelle" est maintenant familière à la doctrine dans ces matières et mériterait une place à part.

Pour autant, et faute d'une réforme globale du Code, il n'était pas inutile d'affirmer le lien de la capacité de jouissance avec la personne elle-même et d'y mentionner les rares incapacités de jouissance qui peuvent frapper certaines personnes, essentiellement on le remarquera (art. 1116-2) pour des raisons limitées d'opposition d'intérêts. En même temps il n'était pas non plus inutile de mentionner la capacité de jouissance spéciale des personnes morales, sur laquelle le Code ne se prononçait pas, tout en précisant le contenu de cette capacité dans une formule dont la jurisprudence pourrait tirer profit. Le texte pourrait constituer l'amorce d'une théorie générale de la capacité des personnes morales qui trouverait bien sa place dans un Code civil modernisé où ces personnes, apparues après le code de 1804, auraient enfin le statut qu'elles méritent. Enfin les effets de l'apparition d'une incapacité de jouissance de l'une des parties pendant un contrat justifiait aussi une précision.

L'essentiel devait, à l'évidence, être consacré aux incapacités d'exercice. L'article 1117, qui affirme le principe et l'exception, aurait précisément pu être intégré ailleurs puisqu'il s'agit d'un principe général qui dépasse de beaucoup la conclusion des actes juridiques. Deux conséquences pratiques en découlent. C'était, tout d'abord, l'occasion de consacrer, au moins théoriquement, la possibilité d'organiser une future perte de l'incapacité d'exercice, prévue par le projet de réforme du droit des incapacités, en voie d'adoption, sous l'appellation de mandat de protection future.

C'était ensuite l'occasion de réaffirmer et généraliser ce que les textes et la jurisprudence ont progressivement dégagé: la capacité résiduelle de la personne protégée pour les actes conservatoires, les actes permis par la loi ou l'usage et les actes relatifs à la personne. Sur ce dernier point, particulièrement délicat, il a paru souhaitable de préciser la nécessaire distinction entre les conséquences personnelles de ces actes, soumises au principe d'autonomie, et les conséquences patrimoniales demeurées dans la sphère de la représentation. La jurisprudence aura inévitablement à préciser cette frontière.

Il a paru nécessaire de préciser l'effet de l'incapacité résultant de la minorité et le statut législatif en est sensiblement renforcé. Les conditions de la rescision pour lésion et ses effets sont assez nettement précisées ainsi que le droit d'agir en nullité des différentes parties à l'acte juridique. Le cantonnement de ce droit d'agir en nullité ou en rescision pourrait indirectement favoriser une certaine extension de la théorie des actes courants en ce que les tiers contractants se trouveraient mieux garantis contre d'éventuelles actions en restitution de la personne protégée.

L'ajout d'un important dispositif législatif à propos de la représentation traduit le souci de préciser une technique finalement assez peu étudiée, sous le prétexte que toute représentation ressemblerait à un mandat, ce qui est certainement faux pour la représentation légale ou judiciaire et a provoqué d'importantes confusions, y compris en jurisprudence. Ainsi se trouve précisée la mission du représentant éventuel en fonction des catégories d'actes à réaliser à défaut de précisions suffisantes dans l'acte instituant la représentation. Les effets eux-mêmes de la représentation sur les pouvoirs du représenté sont détaillés en distinguant, ce qui n'était pas toujours clair, entre les effets de la représentation légale ou judiciaire et les effets de la représentation conventionnelle. Dans cette dernière est affirmé le principe qu'on ne peut accorder une représentation contre soi-même sauf à observer une loyauté minimum envers le représentant désigné.

La reprise, en les généralisant, des règles de l'opposition d'intérêts, bien connues des spécialistes du droit des incapacités devrait donner naissance à une véritable théorie générale, jamais construite, alors que l'hypothèse concerne toutes les formes les plus diverses de représentations et pas seulement les cas de représentation d'un incapable.

Comme on l'a remarqué au départ la question de la capacité est une partie du droit des personnes plus qu'une partie du droit des obligations. La capacité à être partie à un rapport d'obligation n'est qu'un élément de la question plus vaste de la capacité de la personne à participer à la vie juridique en général et à la vie contractuelle en particulier. Le projet limité au seul droit des obligations laisse donc entière la question d'une refonte globale du Code civil dont la généralité de ce sujet demeure symbolique.

JÉRÔME HUET
RÉMY CABRILLAC

Validité - Objet
(art. 1121 à 1123)

Dans son état actuel, l'objet du contrat figure dans une section 3 du chapitre II du livre III, intitulée "De l'objet et de la matière des contrats", qui comprend cinq articles (1126 à 1130). Les textes en question sont pour l'essentiel hérités de POTHIER, DOMAT étant peu disert sur cette question de l'objet.

L'objet est peu évoqué dans les codifications récentes, officielles ou officieuses. Le Code civil du Québec, par exemple, ne lui consacre que deux articles (1412 et 1413). Les Principes du droit européen des contrats et le Code de l'Académie des privatistes européens n'évoquent que le contenu du contrat.

Une question préliminaire devait donc être tranchée, celle du maintien ou non de la notion d'objet. Ce maintien, ainsi que celui des exigences qui en découlent, a semblé nécessaire, en raison des conséquences importantes qui en découlent, ce dont témoigne une jurisprudence abondante ces dernières années, en particulier sur les questions d'existence ou de licéité de l'objet, ou encore de détermination du prix. De plus, la notion de contenu du contrat qui lui est parfois substituée ne paraît pas présenter une précision suffisante pour garantir la sécurité des relations contractuelles.

En conséquence, le projet propose de consacrer à l'objet du contrat une section 3 du chapitre II du sous-titre I du titre III, intitulée "De l'objet" et comprenant dix articles (1121 à 1122-3). Et, dans cette section, la terminologie traditionnelle a été conservée autant que faire ce peut, tout en étant adaptée à la nouvelle distinction des obligations proposées par le projet: donner, donner à usage, faire ou ne pas faire (art. 1121).

Les textes existants nécessitaient, tout d'abord, un toilettage. Il convenait de modifier en l'intégrant à l'article 1121 l'actuel article 1127 qui implique l'obligation de donner à usage, reconnue désormais en tant que telle par le projet. Par ailleurs, l'actuel article 1130 al. 2, relatif à la prohibition des pactes sur succession future, a été supprimé, n'ayant plus sa place dans la théorie des obligations depuis que la prohibition figure à l'article 722.

L'actuel article 1128 concernant les "choses hors du commerce", dont la formule célèbre fait partie de notre patrimoine juridique, a été conservé. On a préféré la maintenir plutôt qu'établir une liste détaillée des choses hors commerce, ce qui aurait été hasardeux et inévitablement incomplet. Le sens du texte est à la fois suffisamment large et précis, comme en témoigne la jurisprudence. Il figure quasiment inchangé dans l'article 1121-1.

De même, la possibilité pour une chose future de constituer l'objet d'une obligation a été conservée (art. 1121-2 al. 3).

Un article annonçant les qualités nécessaires requises pour l'objet, en guise de transition, a été ajouté: l'objet doit être licite, possible, et exister au moment de la formation du contrat (art. 1121-2). De même, a été ajouté un article pré-

cisant les sanctions, en particulier pour distinguer entre l'illicéité de l'objet, frappée de nullité absolue, et l'absence de l'objet (art. 1122).

Au-delà de ces modifications, les principales innovations contenues dans le projet concernent les trois points suivants:

1° Atteinte à un élément essentiel du contrat:

La jurisprudence qui a culminé avec l'arrêt Chronopost devait être incorporée dans le Code civil. Même si elle a été rendue sous le visa de l'article 1133 relatif à la cause, elle concerne davantage l'objet et figure désormais dans l'article 1121 alinéa 3.

2° Détermination de l'objet:

La question a suscité des controverses doctrinales et des initiatives jurisprudentielles sur lesquelles il est inutile de revenir.

Il a semblé judicieux de maintenir le principe de détermination dans les termes mêmes du Code, en ajoutant seulement, pour l'explicitier, que l'exigence a pour objet de ne pas laisser une des parties à la merci de la volonté de l'autre (art. 1121-3).

Mais il est apparu nécessaire de poser deux séries d'exception à ce principe. La première concerne le cas des contrats-cadre, notamment en matière de distribution. La disposition retenue offre aux contractants une certaine liberté, sous réserve d'un éventuel contrôle judiciaire a posteriori, solution inspirée des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1er décembre 1995 (art. 1121-4). La seconde est propre aux contrats qui, comme le louage d'ouvrage ou le mandat, comportent une obligation de faire dont l'étendue ne peut pas être fixée dès la conclusion du contrat: la disposition retenue s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence actuelle (art. 1121-5).

3° Défaut d'équivalence entre les prestations:

Le défaut d'équivalence entre les prestations des parties à un contrat commutatif n'est actuellement consacré dans le Code civil que dans une disposition relative à la lésion, figurant dans une section relative aux vices du consentement. Ce choix est critiqué par une majorité de la doctrine et il est apparu que le sujet avait davantage sa place dans la section relative à l'objet (art. 1122-1), ou une disposition spécifique est désormais dédiée aux clauses abusives.

Mais, pour éviter tout risque d'ambiguïté, le cas du défaut d'équivalence entre les prestations des parties à un contrat commutatif qui survient après l'exécution du contrat a été renvoyé aux dispositions relatives à l'effet des conventions figurant dans le chapitre III.

JACQUES GHESTIN

Validité - Cause
(art. 1124 à 1126-1)

Article 1124. Il s'agit d'affirmer que, conformément à notre tradition juridique, une cause réelle et licite reste une condition de validité du contrat. Ce choix implique toutefois d'éviter les deux écueils opposés d'une définition exagérément restrictive, qui lui enlèverait tout intérêt pratique, ou trop extensive, qui porterait atteinte à la sécurité juridique.

C'est la *cause de l'engagement* qui est prise en considération. Cette formulation relativement nouvelle évite, notamment, d'utiliser les dénominations, contestées par certains, et sans doute contestables, de cause de l'obligation, dite objective et abstraite, opposée à la cause du contrat, dite subjective et concrète. On a observé notamment que, dès l'instant qu'il suffisait, selon la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation, que l'une des parties ait poursuivi un but illicite ou immoral pour justifier l'annulation du contrat, alors même que l'autre l'avait ignoré, il semblait difficile de réserver à cette notion la qualification de cause du contrat par opposition à la cause de la seule obligation de l'une des parties. En outre, en tant que "manifestation de volonté (offre ou acceptation) par laquelle une personne s'oblige" (*Vocabulaire juridique*, ss. dir. G. CORNU), l'engagement semble plus apte à désigner l'acte qui donne naissance au contrat compris comme une opération juridique, voire économique, globale et non seulement, de façon analytique, à une ou plusieurs obligations juxtaposées.

L'article 1124 fait de la cause une *notion unitaire*. Elle est la justification de l'engagement, autrement dit la raison pour laquelle le droit positif lui reconnaît des effets juridiques (ce que certains auteurs appellent, en lui donnant ce sens, la "cause efficiente"). Conformément à la tradition du droit canonique l'obligation naît de la seule volonté de l'obligé à la condition de posséder une cause qui l'explique et la justifie. Nous verrons qu'en définissant la cause comme la contrepartie convenue, pour apprécier sa réalité dans les contrats à titre onéreux, le projet prend également en considération, au moins implicitement, la "cause finale" de l'engagement, qui est l'intérêt poursuivi.

L'exigence d'une cause réelle et licite distingue ses *deux fonctions*: contrôle de l'existence et de la licéité de la cause dont les sanctions spécifiques sont précisées dans l'article suivant.

Article 1124-1. *La nature relative ou absolue de la nullité correspond aux deux fonctions de la cause.* En l'absence de cause de l'engagement c'est-à-dire, selon l'article 1125 du projet, lorsque "dès l'origine, la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire", il ne s'agit que de "la sauvegarde d'un intérêt privé" (article 1129-1, alinéa 2), ce qui réserve à la partie protégée la faculté de demander l'annulation ou de confirmer l'acte (article 1129-1, alinéa 3). Lorsque la cause de l'engagement est illicite, c'est-à-dire, selon l'article 1126, "lorsqu'il est contracté, par l'une au moins des parties, dans un but contraire à l'ordre

public, aux bonnes mœurs, ou, plus généralement, à une règle impérative”, “la sauvegarde de l’intérêt général” (article 1129-1, alinéa 1) impose que l’annulation puisse être “invoquée par toute personne justifiant d’un intérêt, ainsi que par le Ministère public” et qu’elle puisse “aussi être relevée d’office par le juge” (article 1129-2).

Article 1124-2. Ce texte reproduit en substance l’article 1132 du Code civil en précisant le sens qui lui est donné aujourd’hui par une jurisprudence et une doctrine unanime.

Article 1125-1. *Le premier alinéa est essentiel.* Il rappelle d’abord que *la cause est la justification de l’engagement et qu’elle doit être réelle.* Il précise ensuite que *l’appréciation de la réalité de la cause doit se faire au moment de la formation du contrat.* La cause, condition de validité, est ainsi expressément cantonnée à celle-ci, à l’exclusion de l’exécution du contrat, dont l’équilibre est préservé par d’autres voies. Enfin, et surtout, il détermine, conformément à la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, les conditions de l’absence de cause: *il faut et il suffit que la contrepartie convenue soit illusoire ou dérisoire.* C’est sur cette définition que repose l’équilibre entre la justice contractuelle et la sécurité juridique.

L’article 1102-2, alinéa 1 du projet dispose que “le contrat est à titre onéreux lorsque chacune de parties entend recevoir de l’autre un avantage en contrepartie de celui qu’elle procure”. Dans ce contrat l’engagement de chaque partie doit être ainsi justifié par “un avantage”, c’est-à-dire la satisfaction d’un intérêt qui en est la cause finale. Pour préciser celle-ci, il faut, d’une part, rejeter une abstraction excessive, ne tenant aucun compte des mobiles, propres à chaque partie qui ont concrètement déterminé les volontés de chacune dans la recherche de son intérêt particulier, et, d’autre part, préserver le caractère de procédure bilatérale du contrat en refusant de faire dépendre sa validité de motifs personnels n’ayant pas été intégrés dans ce qui est fréquemment appelé le “champ contractuel” et qu’il est préférable de définir, de façon plus précise, comme la contrepartie convenue. En effet, pour que le caractère contractuel de la cause soit effectif, le motif déterminant de l’une des parties doit non seulement être connu, non seulement avoir été pris en compte par l’autre partie, mais il doit faire partie de la définition contractuelle de l’objet de la contrepartie. Il s’agit de l’objet de l’obligation ou de la prestation promise – ou exécutée lorsque l’exécution est concomitante de la formation – par l’autre partie.

La jurisprudence de la Cour de cassation montre que c’est par l’interprétation, très généralement subjective (recherche de la commune intention des parties) et exceptionnellement objective (détermination autoritaire du contenu du contrat), que la contrepartie convenue est d’abord précisée. À partir de là c’est de sa réalité, c’est-à-dire de ce qu’elle n’est ni illusoire, ni dérisoire, que dépend

l'appréciation de l'existence ou de l'absence de la cause de l'engagement du demandeur en annulation.

La jurisprudence de la Cour de cassation montre également qu'elle détermine, toujours par voie d'interprétation, le périmètre à l'intérieur duquel doit être appréciée la réalité de la contrepartie convenue. Si la Cour de cassation n'admet pas la nécessité d'une contrepartie propre à chaque obligation née du contrat, voire à chaque clause de celui-ci, en revanche, elle prend souvent en considération un ensemble de contrats indivisibles. L'absence d'objet réel de la contre-prestation stipulée dans l'un d'eux, par exemple un prix purement symbolique, ne justifiera pas l'annulation pour absence de cause s'il est établi que le demandeur bénéficiait parallèlement d'une contrepartie convenue par le biais d'un autre contrat indivisible. Le contrôle de la réalité de la cause dépasse ainsi dans la pratique celui de l'existence de l'objet de la contre-prestation.

2. *Le second alinéa* vise à confirmer la jurisprudence "Chronopost" et des arrêts qui en ont fait ensuite application. Il met en œuvre, sans qu'il paraisse opportun de le dire expressément, une nécessité logique de cohérence. Son éventuel rattachement à un "principe" de cohérence sera le rôle de la doctrine.

Article 1125-1. Conformément à ce qui est admis par une jurisprudence constante et une doctrine unanime il faut assimiler à "la remise de la chose ou des fonds à celui qui s'oblige" celle qui est faite à un mandataire de ce dernier, ou même à un tiers dès lors que sa désignation résulte de la convention.

En droit romain l'emprunteur, qui n'avait pas reçu la somme d'argent qu'il s'était obligé à rembourser, ou n'en avait reçu qu'une partie, pouvait utiliser la *querella non numeræ pecuniæ*. L'obligation de restituer est liée à la remise de la chose qui était également une condition, héritée du droit romain, de formation des contrats réels. Cette catégorie de contrats est aujourd'hui, à tort ou à raison, contestée dans son principe même et la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation tend à en exclure les prêts consentis par des établissements financiers, qui étaient jusqu'à présent l'un des domaines de prédilection de la nullité pour absence de cause. L'article 1102-5 du projet ne définit que le contrat consensuel et le contrat solennel. Il est vrai que le contrat réel n'était pas davantage défini dans le Code civil et que sa consécration par la jurisprudence est déduite de la définition d'un certain nombre de contrats spéciaux tels que le prêt à usage (art. 1875), le prêt de consommation (art. 1892), le dépôt (art. 1919), et le gage (art. 2071).

Quant à la cause, en tout cas, c'est en fait celle de l'engagement de restitution qui est spécifique dans les contrats réels. Il est admis, en effet, par la jurisprudence et une doctrine largement majoritaire, que c'est la remise de la chose qui est la cause de l'obligation de restitution, au motif, souligné par

un auteur (G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, n° 147, p. 467), qu'il "est de simple bon sens qu'on ne saurait restituer une chose qui n'a pas été remise". Un tel engagement serait donc dépourvu de justification.

Il est fréquent qu'un avant-contrat, une promesse de contrat, fixe les modalités essentielles du contrat réel à conclure par la remise des fonds ou de la chose, telles que, par exemple, la rémunération du dépositaire ou, dans le prêt d'argent, le taux d'intérêt et la date de restitution. L'article 1106 du projet traite de façon générale de "la promesse unilatérale de contrat... par laquelle une partie promet à une autre, qui en accepte le principe, de lui donner l'exclusivité pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, mais pour la formation duquel fait seulement défaut le consentement du bénéficiaire" (alinéa 1). Contrairement à la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, mais conformément à une doctrine largement majoritaire, il consacre l'interdiction pour le promettant, "pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement", d'empêcher par une rétractation "la formation du contrat promis" (alinéa 2) et l'inopposabilité "au bénéficiaire de la promesse" du "contrat conclu avec un tiers" (alinéa 3). Ce texte, malgré sa portée générale, peut ne pas sembler directement applicable à toutes les promesses de conclure un contrat réel, notamment un prêt, dont la formation se réalisera postérieurement par la remise des fonds ou de la chose. Ces promesses sont en effet souvent synallagmatiques et non pas unilatérales, elles n'ont pas pour objet l'exclusivité de conclure un contrat et, enfin, ce n'est pas "le consentement du bénéficiaire" qui "fait seulement défaut", mais la remise des fonds ou de la chose, ce qui est différent. Il paraît toutefois possible d'en déduire, par analogie, voire a fortiori, que la promesse de conclure un contrat réel impose, aux conditions qu'elle détermine, la remise des fonds ou de la chose qui formera celui-ci. Il suffit de préciser ici que cet avant-contrat n'est lui-même valable que si "l'engagement a une cause réelle et licite qui le justifie" (article 1124).

Article 1125-2. Dans les contrats synallagmatiques commutatifs il est exceptionnel que la contrepartie soit convenue au profit d'un tiers. Il en est ainsi, cependant, lorsque celle-ci est définie dans un ensemble contractuel, par exemple pour justifier l'existence d'une contrepartie réelle à la vente d'un terrain moyennant un franc symbolique, parce que c'était sur celui-ci qu'était construite l'usine d'une société dont le vendeur était l'un des actionnaires et dont l'acheteur reprenait le passif. Les arrêts de la Cour de cassation, qui retiennent cette contrepartie comme étant la cause de l'engagement contesté, relèvent l'intérêt indirect du débiteur à celle-ci, sans en faire toutefois une condition de validité du contrat.

Comme le texte le précise, il est potentiellement applicable à l'ensemble des stipulations pour autrui. Dans la pratique, c'est principalement en matière de sûretés que la jurisprudence s'est prononcée sur cette question. La contrepartie convenue au profit d'un tiers dans le cautionnement, par exemple, peut être définie comme le crédit ou tout avantage consenti par le créancier au débiteur principal et subordonné à la fourniture de cette sûreté. Cet avantage convenu peut excéder, selon la commune volonté des parties, le versement immédiat des fonds par la banque sur le compte du tiers et comporter, par exemple, son engagement corrélatif de maintenir pendant une durée plus ou moins déterminée, mais déterminable, un certain concours financier. Le cautionnement manquerait de cause réelle lorsqu'il apparaîtrait, notamment par une clôture immédiate du compte, que, dès la formation du contrat, la banque n'avait pas pour objectif d'avoir une garantie au cas d'insolvabilité du débiteur principal mais seulement de substituer à ce dernier un débiteur solvable. La contrepartie convenue serait en effet illusoire (V. PH. SIMLER, *Juris-Classeur civil*, fasc. 20: *Contrats et obligations - Cause - Rôle pratique*, 15 juin 2002, n° 33, texte et jurisprudence citée).

L'article 1125-2 entend préciser que, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment à l'égard du cautionnement, l'avantage consenti au débiteur principal constitue la cause nécessaire et suffisante de l'engagement de la caution, indépendamment de l'intérêt moral ou matériel poursuivi par celle-ci en raison de ses relations avec ce débiteur.

Article 1125-3. Contrairement à une formule fréquemment utilisée, y compris par la Cour de cassation, ce n'est pas seulement l'absence d'aléa qui permet de caractériser, dans ces conventions, une absence de cause. Les contrats synallagmatiques aléatoires, notamment les ventes d'un bien moyennant le paiement d'une rente viagère, ne sont annulés pour absence de cause que sur la constatation que, dès la formation du contrat, l'absence d'aléa rendait illusoire ou dérisoire, pour l'un des contractants, la contrepartie convenue. Il en est ainsi en particulier lorsque le montant de la rente est inférieur aux revenus du bien cédé ou lorsque l'espérance de vie du crédientier, connue de l'autre partie, rendait dérisoire, dès l'origine, le montant des rentes à verser.

Article 1125-4. La question se posait de savoir si la cause dans les libéralités, et plus spécialement dans les testaments qui ne sont pas des contrats, devait être traitée dans cette section, soit directement, soit par renvoi aux dispositions spéciales aux libéralités. Le fait que les dispositions relatives à la licéité et la moralité de la cause soient communes aux deux catégories d'actes plaide en faveur d'une définition de l'existence de la cause dans les actes à titre gratuits, énoncée parallèlement à celle des actes à titre onéreux.

La formule proposée s’inspire de l’article 911 du projet du Doyen JEAN CARBONNIER, PIERRE CATALA, JEAN DE SAINT AFFRIQUE et GEORGES MORIN, sur les libéralités.

Selon l’article 1102-2, alinéa 2 du projet, “le contrat est à titre gratuit lorsque l’une des parties entend procurer à l’autre un avantage sans recevoir de contrepartie”. Il en résulte d’abord que c’est l’intention libérale abstraite qui permet de qualifier les actes à titre gratuit: donations et, *a fortiori*, libéralités testamentaires (alinéa premier). Il s’en déduit également que l’existence de la cause ne peut dépendre dans les libéralités de celle de la contrepartie convenue. L’alinéa second prend alors en considération, à titre de justification de l’engagement, l’intérêt – essentiellement moral dans les libéralités en l’absence de contrepartie matérielle – qui en est la cause finale. L’impératif de sécurité juridique destiné à protéger l’autre partie dans les contrats à titre onéreux n’a pas la même intensité à l’égard du bénéficiaire d’une libéralité, ce qui autorise à retenir ici, comme justification et cause de l’engagement, le motif ayant déterminé le disposant.

Examinant les donations et “les autres contrats où l’un seul fait ou donne et où l’autre ne fait et ne donne rien”, DOMAT observait déjà que “l’engagement de celui qui donne a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien”. Ce motif, ajoutait DOMAT, “tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien” (DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1^{re} partie, titre 1, section 1, p. 235).

Article 1126. Cet article vise à confirmer l’état actuel de la jurisprudence en la matière, qui semble satisfaisant. Il signifie, en particulier, que le but illicite poursuivi par l’une des parties suffit à imposer, pour “la sauvegarde de l’intérêt général” (article 1129-1, alinéa 1 du projet), la nullité absolue du contrat pour absence de cause licite, sans qu’il y ait à rechercher si l’autre partie avait poursuivi le même but ou si elle en avait connaissance.

En revanche, ce texte ne préjuge pas du contenu de l’ordre public ou des bonnes mœurs, notamment quant aux libéralités consenties afin de favoriser des relations adultères.

Article 1126-1. *Les restitutions* consécutives à l’annulation rétroactive du contrat sont régies par les dispositions générales des articles 1162, alinéa premier et 1162-3 du projet.

L’article 1126-1 vise à corriger l’injustice qui pourrait résulter du dommage causé à la partie innocente par l’annulation du contrat. Il fait application à ce cas particulier de l’article 1162 du projet selon lequel “lorsque l’annulation ou la résolution est imputable à l’une des parties celle-ci doit en outre” (outre

les restitutions) “indemniser l’autre de tous dommages et intérêts”. Il précise toutefois *les conditions de cette indemnisation*. Selon son alinéa premier (“à l’insu de l’autre”), clairement précisé par son alinéa second, la simple connaissance du but illicite suffit à exclure, y compris pour la partie qui ne poursuivait pas elle-même un tel but, toute réclamation d’une indemnisation du préjudice causé par l’annulation du contrat.

PIERRE CATALA

Validité - Forme

(art. 1127 à 1128-2)

Dans son chapitre traitant des conditions essentielles pour la validité des conventions, le Code civil ne contenait aucune disposition relative à la forme. Celle-ci siégeait principalement au chapitre de la preuve et, sporadiquement, dans les textes qui règlent l'opposabilité des conventions. Quant aux formes requises à fin de validité, on les trouvait spécifiées, acte par acte, et variaient de l'un à l'autre, en passant de l'écriture manuscrite à l'écrit simple sous seing privé et à la forme authentique. Personne ne doutait, cependant, qu'en droit français le consensualisme soit le principe et le formalisme l'exception. Fallait-il, dès lors, inscrire dans la partie de l'Avant-projet consacrée à la formation des contrats une section dédiée à leur forme? En prenant ce parti nous n'étions pas seuls puisque le code européen proposé par l'Académie de Pavie consacre son titre IV aux formes du contrat (art. 34 à 38).

Il y avait en ce sens un argument déterminant: l'équivalence de l'écriture électronique avec les écritures traditionnelles, reconnue par les lois 2000-230 du 13 mars 2000 et 2004-75 du 21 juin 2004.

L'histoire récente de l'écriture électronique est captivante par plusieurs de ses traits. A la demande d'une première directive européenne, le Code civil dut reconnaître la force probante de l'écriture et de la signature électroniques. Il en a admis le principe et posé les conditions dans les nouveaux articles 1316 à 1316-4, issus de la loi du 13 mars 2000. Il ne s'agissait alors que d'un formalisme *ad probationem*, qui ne reconnaissait pas la validité de la forme électronique pour les actes où l'écrit était exigé à peine de nullité. Mais la même loi, dans l'article 1317 nouveau, prévoyait que l'acte authentique "peut être dressé sur support électronique, s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État". Or, bien que les actes authentiques figurent au chapitre de la preuve dans le Code civil, il est clair que le formalisme de l'authenticité exige l'écriture à peine de nullité et pas seulement aux fins de preuve. L'article 1317 alinéa 2 préfigurait ainsi, pour l'écriture électronique, le passage du formalisme *ad probationem* au degré supérieur du formalisme *ad validitatem*.

C'est ce que fit la loi du 21 juin 2004 sur l'économie numérique qui intégra en droit français la directive européenne relative au commerce électronique. Deux nouveaux articles 1108-1 et 1108-2 apparurent dans le Code civil au chapitre des conditions essentielles pour la validité des conventions. Le formalisme désormais faisant ainsi son entrée au rang des dites conditions, méritait dès lors, comme cadre d'accueil, une section particulière de l'Avant-projet où les deux articles précités prennent place sous les numéros 1127-2 et 1127-3.

Le premier de ces textes dispose que lorsqu'un écrit électronique est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 du Code

civil (soit 1285-1 et 1286 de l'Avant-projet). Il en résulte une identité de la forme solennelle et de la forme probante: une même forme peut convenir à plusieurs finalités. On le savait déjà par le rapprochement de textes: la forme authentique, requise à peine de nullité dans les donations, l'est aux fins d'opposabilité dans les transactions immobilières. Eu égard à cette polyvalence, il importe donc que la loi précise le but de la forme qu'elle prescrit: tel est le sens de l'article 1297 du projet qui retouche l'article 1426 du Code civil.

La section proposée n'a pas pour seule raison d'être une structure d'accueil pour les nouvelles technologies de l'écriture. Son propos est plus général.

L'article 1127 proclame en termes exprès le principe du consensualisme. L'article 1127-4, en cohérence avec la section voisine des nullités, dispose que le régime de l'action en nullité pour défaut ou vice de forme dépend de la nature des intérêts que la forme entend protéger. Il fait ainsi application d'un principe général énoncé par l'article 1129-1, auquel obéissent parallèlement les articles 1122 (objet) et 1124-1 (cause).

L'article 1127-5 confirme qu'il existe, à côté des formes solennelles, des formes requises à des fins distinctes de preuve ou d'opposabilité, qui sont sans effet sur la validité des conventions.

L'article 1127-6 pose le principe du parallélisme des formes qui s'applique aux actes modifiant ou abrogeant une convention antérieure. Son emplacement, en fin de paragraphe, laisse à penser qu'il vaut pour toutes les manifestations du formalisme et pas seulement pour les formes exigées à peine de nullité.

Le paragraphe 2 de la section 5 se borne à accueillir sous le signe de la forme électronique les articles 1369-1 et suivants du Code civil, que la loi du 22 juin 2004 sur l'économie numérique a introduits dans un nouveau chapitre du Code intitulé "Des contrats sous forme électronique". Ce sont des textes d'inspiration consumériste qui entourent de formes protectrices les conditions de l'offre et de l'acceptation pour que le contrat soit valablement conclu.

PHILIPPE SIMLER

Sanctions

(art. 1129 à 1133)

Les dispositions de cette rubrique sont principalement consacrées à la *nullité des actes juridiques* (§ 1) et s.e substituent à celles des articles 1304 à 1314 actuels du Code civil, ainsi qu’aux articles 1338 à 1340. S’y ajoutent, en se limitant à une définition, trois articles relatifs aux concepts de caducité (§ 2), d’*inopposabilité* (§ 3) et de *régularisation* (§ 4), qui étaient comme tels absents du Code de 1804.

Ce dispositif a trouvé naturellement place à la fin du chapitre traitant des conditions de validité des conventions. Cette place est assurément plus pertinente que celle des actuels articles 1304 à 1314, à la suite des causes d’extinction des obligations, a fortiori que celle des articles 1338 à 1340, curieusement placées dans le chapitre traitant de la preuve des obligations.

Par ailleurs, les actuels articles 1304 à 1314 sont pour l’essentiel (10 des 11 articles, et même, pour partie, le 11e) relatifs à l’hypothèse de l’incapacité. Celle-ci appelle des sanctions spécifiques, dont la place est à l’évidence dans la rubrique qui lui est propre (ce qui laisse entière la question du sort des textes actuels, qui resteraient de droit positif dans cette mesure, dans l’hypothèse de l’adoption du présent projet).

En définitive, les dispositions de la présente section ne sont que très peu redevables à l’existant. Elles consacrent cependant très largement, spécialement en ce qui concerne la théorie des nullités, les solutions du droit positif.

§ I. DE LA NULLITÉ

Les textes proposés constituent une consécration explicite de ce qu’il est convenu d’appeler la théorie moderne des nullités, par opposition à la théorie dite “organique” qui a eu largement cours au 19e siècle et qui a prévalu, dans certains cas (par exemple pour l’absence de cause), jusqu’à une époque récente. Cela résulte clairement du critère de distinction entre la nullité absolue et la nullité relative proposé à l’article 1129-1, à savoir la: sauvegarde, respectivement, de l’intérêt général ou d’un intérêt privé. Il est cependant précisé que si l’intérêt privé met en cause une valeur fondamentale, comme la protection du corps humain, la nullité est absolue.

Le régime des nullités ainsi définies est conforme aux solutions du droit positif. La nullité absolue peut être invoquée par toute personne justifiant d’un intérêt et peut être relevée d’office par le juge; elle n’est pas susceptible de confirmation et s.e prescrit par le délai de droit commun. La nullité relative ne peut être invoquée que par celui que la loi protège et qui peut y renoncer en confirmant l’acte vicié, expressément ou tacitement, par exemple en l’exécutant en pleine connaissance de cause; elle se prescrit, sauf dispositions particulières,

par un délai plus bref, actuellement de cinq ans, mais qui pourrait être ramené à trois ans.

Dans tous les cas, la nullité est prononcée par le juge. Mais il est précisé, ce qui apparaît à première vue très novateur, que les parties peuvent la constater d'un commun accord. En réalité tel était déjà le cas, mais ce qui va sans dire vaut parfois d'être expressément formulé. Si les parties à une convention valable peuvent, ce dont personne ne doute, y renoncer par un *mutuus dissensus*, combien plus sûrement doivent-elle pouvoir constater l'inefficacité d'une convention viciée. La reconnaissance explicite de cette faculté est de nature à les inciter à éviter d'inutiles contentieux. A été écartée, au contraire, la possibilité d'une annulation unilatérale qui serait simplement notifiée à l'autre partie, celle-ci ayant alors la faculté de la contester. Une telle solution est proposée pour la résolution (art. 1158). Dès lors que la nullité n'a pas pu faire l'objet du constat mutuel ci-dessus évoqué, le contentieux est inévitable et il paraît alors plus juste d'en imposer l'initiative à celui qui demande la nullité qu'à celui qui la conteste.

Le projet tend par ailleurs à combler la lacune du dispositif législatif relative à la question de l'étendue de la nullité. On sait que la jurisprudence était parvenue à des solutions satisfaisantes par une interprétation convergente, mais peu respectueuse de leur lettre, des articles 900 et 1172 du Code civil. Expriment l'idée de *favor contractus*, l'article 1130-2 du projet pose en principe la nullité partielle de l'acte dont une clause ou une partie seulement est viciée, sauf preuve du caractère déterminant de cette clause ou partie. Ce critère subjectif, requérant une recherche d'intentions, est cependant lui-même écarté dans les cas où la loi répute non écrite une clause ou encore si la finalité protectrice de la règle violée exige le maintien de l'acte.

Le caractère rétroactif reconnu à la nullité, qui induit le principe de restitution des prestations déjà exécutées, est conforme aux solutions en vigueur, tout en renvoyant à une rubrique traitant de manière plus précise des restitutions.

§ 2. DE LA CADUCITÉ

La caducité existe et comporte de nombreuses facettes: caducité des libéralités, dans diverses circonstances, caducité d'un acte dépendant d'un autre qui est lui-même annulé ou résolu, caducité du mariage, même, en cas de changement de sexe d'un époux... Elle ne peut être assimilée à aucun autre concept, tel que la nullité ou la résolution. Elle mérite donc une place dans le Code civil.

Sa définition est cependant difficile. S'il est aisé de la différencier de la nullité ou de la résolution, ce l'est moins de la définir positivement. Ses causes son

très diverses. Ses effets, au surplus, sont variables, puisqu'elle est tantôt rétroactive, tantôt non. Elle apparaît en quelque sorte comme une forme résiduelle d'inefficacité pour toute autre cause que l'absence d'une condition de validité ou l'inexécution. Aussi est-il proposé de n'inscrire dans le Code civil qu'une définition, en des termes suffisamment larges pour permettre d'embrasser des hypothèses diverses.

§ 3. DE L'INOPPOSABILITÉ

La définition de l'inopposabilité qui est proposée est celle communément admise: elle distingue clairement les parties et les tiers, seuls protégés par ce concept.

Force est de reconnaître cependant qu'elle n'est pas en harmonie avec son emploi, souvent contestable, au reste, dans diverses situations. La formulation d'une définition précise pourra contribuer à d'utiles clarifications.

§ 4. DE LA RÉGULARISATION

Ce concept appelle des observations semblables. La régularisation est mentionnée par divers textes législatifs. La définition qui est proposée est de nature à en permettre l'application dans d'autres hypothèses, non expressément prévues.

ALAIN GHOZI

*Effet des conventions,
interprétation, qualification
(art. 1134 à 1143)*

Le chapitre 3 énonce les règles applicables aux effets des obligations. Il les organise en sept sections dans un ordre logique. Sont ainsi exposés successivement le contenu de l'accord, la manière de l'interpréter, la qualification qui en résulte, les diverses obligations qu'il engendre, les règles propres à leur exécution ou à leur inexécution et la résolution qui peut s'ensuivre. Il s'enrichit de nombreuses dispositions nouvelles à même de régler des problèmes révélés par la pratique: certaines se trouvaient il est vrai implicitement contenues dans les dispositions de principe en la matière tandis que d'autres, par adjonction, sont originales. Ainsi, notamment, du régime de la faculté de se dédire, du traitement des difficultés d'exécution du fait du changement des circonstances économiques, de l'encadrement du comportement unilatéral licite, de la consécration des ensembles contractuels dans leurs diverses formes et de l'introduction de l'obligation de donner à usage. Ainsi encore de l'aménagement de la faculté de résiliation unilatérale en cas d'inexécution du contrat, de la clarification du régime des clauses résolutoires, des restitutions après anéantissement du contrat. Et pour ce qui est de l'effet des conventions à l'égard des tiers, la promesse de porte fort et la stipulation pour autrui sont elles aussi ordonnées; les principes de la cession de contrat sont enfin affirmés. Chacun de ces points mérite quelques approfondissements. Ainsi, pour commencer, de la force obligatoire et de l'interprétation.

Les articles 1134 et 1135 ont constitué les axes autour desquels des pans entiers de la relation contractuelle se sont ordonnés: effet obligatoire de l'engagement, contenu de cet engagement et pouvoir des volontés sur lui. Avec, dans le prolongement nécessaire, en section 2, les règles d'interprétation de ces engagements.

Sans changer cette architecture, qu'une pratique séculaire a consacrée dans ses principes, il est apparu opportun de l'enrichir dans ses deux composantes: le contenu de l'engagement, c'est l'apport de la section 1, et, en section 2, l'articulation de l'interprétation avec la qualification.

Sur le premier point, deux innovations se sont imposées: le pouvoir des volontés d'organiser leur désengagement et celui de traiter les suites des difficultés d'exécution si graves qu'elles font perdre à la relation contractuelle son intérêt.

RÉGIME DE LA FACULTÉ DE SE DÉDIRE

L'article 1134-1 appréhende explicitement la possibilité de se dédire: si cette faculté est le plus souvent unilatérale, il n'est pas rare qu'elle soit bilatérale, chacune des parties s'étant réservé la possibilité de se délier au regard de son

intérêt pour le contrat. Prolongeant l'article 1134, cette disposition signifie qu'il ne saurait y avoir de dédit qui n'ait été autorisé, dans son existence et ses conditions de mise en œuvre, par la convention des parties, l'usage ou la loi selon les circonstances. Par voie réflexe, elle invite les parties à prévoir le dédit, consécration de leur pouvoir sur l'engagement qui les oblige, sans exclure qu'il puisse résulter de l'usage, comme c'est d'ailleurs le cas dans certaines pratiques du commerce par exemple. Le lien intellectuel avec les dispositions relatives à l'étendue de l'engagement est ainsi maintenu. Il est même renforcé par une remise en ordre de textes jusque là mal agencés dans le code: ainsi l'article 1135, qui fonde l'incorporation dans l'accord des compléments qui lui sont apportés par la loi, l'usage et l'équité, se trouve prolongé logiquement par l'ancien article 1160 qui en devient l'alinéa second: on doit en effet suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées.

CONSÉQUENCES DE LA SURVENANCE D'UN DÉSÉQUILIBRE GRAVE EN COURS D'EXÉCUTION

Le pouvoir des parties est sollicité dans un autre domaine: la prévention contractuelle des difficultés d'exécution à venir, ou, à défaut, l'organisation d'une renégociation sous l'impulsion du Juge: c'est l'apport des articles 1135-1 et suivants introduits dans notre législation civile.

À ceux qui ne se lassent pas de regretter l'absence du traitement de l'imprévision en droit civil français, il faut rappeler que le contrat, acte de prévision par essence, se doit de prévoir les difficultés, et qu'il n'ait de solution meilleure que celle qui aura été négociée par les parties concernées elles-mêmes. Aussi n'est-il pas fait allusion délibérément à l'imprévision. Le succès jamais démenti du contrat de transaction comme mode alternatif de résolution des litiges et de nos jours les appels au développement de la médiation comme autre mode négocié de solution en témoignent suffisamment. La pratique le sait bien d'ailleurs qui stipule des clauses de renégociation en cas de survenance de difficultés graves. Aussi, placée au centre du dispositif, la négociation des parties est une fois encore sollicitée mais il est cependant apparu nécessaire de l'encadrer lorsqu'elle intervient dans ces situations pour envisager et le silence des parties et l'échec de leur négociation. Tel est l'apport de ces dispositions.

Les parties sont encouragées à stipuler des clauses de renégociation de leur contrat pour le cas où il adviendrait que par l'effet des circonstances l'équilibre initial de leurs prestations fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles (art 1135-1). Gage de la sécurité des transactions, la modification est liée à la perte de l'intérêt au contrat, à la fois mesure et preuve

de la gravité du déséquilibre. Hommage à la vertu du contrat, la solution est négociée. À défaut de pareille clause, hypothèse qu'on ne saurait négliger, la partie qui perd son intérêt au contrat peut demander au Juge, le président du tribunal de grande instance, qu'il ordonne la négociation salvatrice (1135-2). Et l'échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de demander la résiliation sans frais ni dommages (1135-3): l'intérêt au contrat disparu, celui-ci peut disparaître. Implicitement, celui qui tiendra au contrat, saura faire les concessions nécessaires pour allouer à son cocontractant le minimum d'avantages pour l'encourager à poursuivre leur relation contractuelle.

Par ce dispositif original, il est fait écho aux dispositions de l'article 900-2, en tenant compte du caractère onéreux de la situation concernée; l'unité d'inspiration des solutions applicables aux conséquences des changements de circonstances est ainsi établie, gage de l'harmonie du dispositif.

INTERPRÉTATION; ACTES UNILATÉRAUX; ENSEMBLES DE CONTRATS INTERDÉPENDANTS

Ainsi vivifiées, les dispositions générales, en tant qu'elles définissent le contenu de l'engagement, se prolongent logiquement par celles qui ont trait à leur interprétation, et on l'a dit, par les rapports qu'elles entretiennent avec la qualification: c'est l'apport de la section 2.

Instrument à la disposition du Juge pour dégager la portée de l'engagement, les dispositions relatives à l'interprétation ont été actualisées en tenant compte de l'apport considérable de la jurisprudence, ici encore utilisée comme le laboratoire de l'épreuve nécessaire de la règle à la satisfaction des besoins de notre temps. Aussi fidèle à la méthode du Code, a-t-on exposé de manière à la fois analytique et successive les méthodes d'interprétation de l'obligation et de l'acte, de l'acte unilatéral (1136 al.2) puis de l'acte collectif qui recouvre toutes les décisions et délibérations d'un groupe (1136 al.3), autre nouveauté, ensuite de l'acte et du contrat, et enfin, autre nouveauté encore, du contrat puis de l'ensemble contractuel (1137 al.2). De la sorte les différentes innovations de la pratique, en matière d'acte collectif et de montage contractuel notamment, sont désormais formellement évoquées par notre droit, et consacrées à présent. Ces règles sont heureusement complétées par celles relatives aux effets de ces contrats interdépendants (art. 1172 et s.) de sorte que notre code comporte désormais un cadre complet pour ces innovations de la pratique, leur conférant de la sorte une prévisibilité et une clarté qui leur faisait défaut jusque là.

Ces dispositions innovent encore en fournissant des outils de contrôle de l'équilibre contractuel. Parce que le contrat ne saurait constituer un instrument

d'asservissement, il doit être interprété en raison d'abord, et aussi en équité. Il y a donc lieu de rechercher d'abord la raison d'être de l'engagement car elle donne la mesure de ce que les parties ont voulu, de leur intérêt, volonté qui ne saurait déboucher sur l'inéquitable (1139).

CONTRÔLE DE L'UNILATERALISME LICITE

Dans le même mouvement, l'acte établi sous l'influence dominante d'un seul, hypothèse fréquente dans les contrats de consommation, d'adhésion, mais aussi dans les relations de la distribution notamment, doit s'interpréter en faveur de l'autre (1140-1). Cette solution complète harmonieusement le dispositif original d'encadrement de la fixation unilatérale du prix, autre innovation de notre Code: il oblige son auteur à s'en justifier en cas de contestation (1121-4 et 1121-5). Par ce renversement de la charge de la preuve, les rapports sont rééquilibrés; le titulaire du pouvoir d'agir seul est contraint à la modération puisqu'il sait devoir se justifier sur simple contestation.

QUALIFICATION

Corrélativement il y avait lieu de pallier le silence du Code en matière de qualification (1142 et s.). Elles sont indispensables à présent que l'innovation contractuelle multiplie les figures originales, puisant dans le modèle du contrat innomé pour concevoir des accords innomés, voire *sui generis*. Les principes en sont énoncés, qui doivent guider le juge et limiter l'incertitude de son intervention. En particulier a-t-on consacré le mécanisme de la conversion par réduction (1143 nouveau). Aussi s'est-on attaché à articuler ces dispositions avec celles du nouveau Code de procédure civile. De la coordination de ces règles nouvelles, il ressort un véritable corpus à même d'encadrer l'imagination contractuelle pour lui donner la sécurité qui assure son développement.

DIDIER R. MARTIN

Diverses espèces d'obligations
(art. 1144 à 1151)

La classification des obligations – ou leur spécification – est un exercice délicat. Car, il tend à exprimer, en peu de mots et de figures, les types généraux sous lesquels se rangent, ou auxquels se raccordent, en dépit de leur extrême diversité, les obligations légales ou volontaires. Est-ce la difficulté de l'entreprise qui a détourné les concepteurs du Code civil de s'y risquer? L'expérience de l'enseignement et de la pratique du droit démontre cependant l'intérêt majeur d'un tel travail qui éclaire la théorie des obligations en l'enrichissant des concepts fondateurs de son objet même.

Traditionnellement, les obligations sont réparties en trois espèces élémentaires. Celle qui prescrit une action, un fait positif: c'est l'obligation de faire. Celle qui prescrit, à l'inverse, une abstention: c'est l'obligation de ne pas faire, avers et antithèse de la précédente. Celle, enfin, qu'on dénomme obligation "de donner", dont un courant doctrinal nie la spécificité, mais qui est, en réalité, irréductible à toute autre pour exprimer le devoir qu'on assume de transférer un droit réel ou personnel. L'affinement de la pensée donne aujourd'hui à comprendre qu'entre les deux archétypes (faire/ne pas faire et donner) s'insinue une variété mal diagnostiquée jusque-là et qu'il convient de qualifier (ne serait-ce qu'à raison de ses nombreuses et importantes applications pratiques): l'obligation de donner à usage dont la marque, exclusive, est d'emporter devoir, pour son bénéficiaires, de restitution de la chose ou de son équivalent au terme de l'usage convenu.

Ces types universels sont, du reste, eux-mêmes susceptibles de caractéristiques particulières ou communes qu'une classification des obligations doit, au second degré – en seconde détente – refléter. A cet égard, deux binômes majeurs s'imposent par leur vertu – et leur force – structurantes. L'un tient à l'objet de la prestation: il oppose l'obligation monétaire à celle qui ne porte pas sur une somme d'argent et qu'on dénomme, par une limpide abstraction, "en nature": c'est que l'argent, étalon et contrepartie universels de tout, ne se prête pas au traitement juridique commun des autres objets de prestation. L'autre s'ordonne sur la finalité de l'obligation: il met en vis-à-vis l'obligation de résultat – de produire la satisfaction promise – et l'obligation de moyens, qui est de faire au mieux par les soins d'une diligence appropriée. Pur produit du génie juridique national, cette distinction, qui tolère des nuances intermédiaires, transcende les espèces d'obligations dont elle règle la portée.

Restait, en dernière ligne, à spécifier trois variétés atypiques d'obligations. L'obligation de valeur, d'abord, qui se règle, en argent, sur la valeur d'un bien à son échéance ou, en nature, sur ce qui convient aux besoins d'une personne ou aux soins d'une chose. L'obligation de sécurité, ensuite, qui reflète, dans une société de précaution, l'aspiration à une active sauvegarde contractuelle de

l'intégrité de la personne et de ses biens. L'obligation naturelle, enfin: devoir de conscience, elle borde la frontière du juridique et ne doit sa positivité éventuelle qu'au bon vouloir du débiteur; elle n'est qu'une prescription virtuelle, un pointillé où s'épuise le concept même d'obligation.

LAURENT LEVENEUR

HERVÉ LÉCUYER

Exécution des obligations

(art. 1152 à 1156-2)

Le chapitre III du titre III sera plus logiquement organisé en comprenant une section intitulée “De l’exécution des obligations” (question qui est actuellement traitée dans deux sections consacrées à l’obligation de donner, puis à l’obligation de faire ou de ne pas faire). Cette section viendra après celle relative aux diverses espèces d’obligations, et avant les dispositions portant sur l’inexécution des obligations et la résolution du contrat.

EXÉCUTION DE L’OBLIGATION DE DONNER (ARTICLES 1152 À 1153-1)

Il n’est pas proposé de modifier le grand principe de transfert de propriété par le seul échange des consentements, qui ne soulève pas de difficultés pratiques et que l’on retrouve d’ailleurs aux articles 938 et 1583. Tout au plus la rédaction donnée aux articles 1152-1 et 1152-2 utilise-t-elle, pour plus de clarté, les mots délivrer et délivrance, au lieu de livrer et livraison (comme dans les actuels articles 1136 et 1138), ces derniers termes pouvant être ambigus: la livraison de l’actuel article 1138 est en effet en réalité la délivrance, c’est-à-dire le fait de mettre la chose à la disposition du cocontractant. Les rédacteurs du Code civil avaient utilisé les mots *délivrance* (art. 1603 et s.) et *livraison* comme des synonymes. Il est proposé de ne parler que de délivrance.

Ce principe de transfert immédiat soulève d’autant moins de difficultés qu’il est toujours loisible aux parties de le différer, par une clause. Ces clauses sont répandues en matière immobilière surtout. Il connaît par ailleurs quelques exceptions légales (ex. art. 1585 sur la vente de choses de genre à mesurer). La rédaction du nouvel article 1152 réserve ces hypothèses.

L’obligation de conserver la chose jusqu’à la délivrance en y apportant tous les soins d’un bon père de famille du fameux article 1137 actuel est reprise à l’article 1152-1. La mise en demeure et ses conséquences sur la charge des risques (article 1139 d’aujourd’hui) le sont à l’article 1152-2 et 1152-3. Les articles 1140 et 1141 se retrouvent sous les numéros 1153-1 et 1153.

EXÉCUTION DE L’OBLIGATION DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE (ARTICLE 1154 À 1154-2)

Une modification radicale est proposée pour la rédaction du célèbre article 1142. Il s’agit de tenir compte du fait que les exceptions et tempéraments apportés à la règle formulée par l’actuel article 1142 sont devenus si importants que le principe peut désormais être présenté d’une façon inversée, plus conforme à la réalité. Spécialement depuis que des textes (Lois du 5 juillet 1972, puis du 9

juillet 1991) ont consacré l'astreinte, il est bien difficile de continuer à proclamer que "Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur".

Sans doute l'astreinte n'est-elle qu'un procédé indirect de contrainte, ce qui permet en général à la doctrine d'essayer de la concilier avec le principe de l'article 1142, qui n'interdirait que la contrainte directe sur la personne du débiteur. Mais il n'empêche que l'astreinte assortit toujours une condamnation du débiteur à exécuter en nature l'obligation, et comme le domaine de l'astreinte est très vaste, il n'est plus possible de laisser entendre dans le Code civil que l'inexécution n'ouvrirait droit qu'à des dommages et intérêts au créancier...

En outre, on peut remarquer que la contrainte directe est elle-même assez souvent possible: expulsion du locataire qui doit restituer les lieux en fin de bail, saisie-appréhension d'un meuble que le débiteur doit livrer ou restituer...

La nouvelle rédaction proposée pour l'article 1142 qui devient l'article 1154 pose donc le principe de l'exécution en nature lorsqu'elle est possible (ceci est une allusion directe à l'actuel article 1184, qui envisage, en alternative à la résolution, l'exécution forcée de la convention "lorsqu'elle est possible"), et laisse implicitement aux lois sur la procédure (actuellement, essentiellement la loi du 9 juillet 1991 et le décret du 31 juillet 1992) le soin de régler les procédés de contrainte directe (ex. expulsion; saisie-appréhension) ou surtout indirecte (astreinte) permettant d'obtenir cette exécution en cas d'inexécution de la part du débiteur.

Le plus délicat est d'exprimer les limites du droit à l'exécution forcée par contrainte directe, d'une part, et au moyen de l'astreinte, d'autre part, limites qui reposent sur la même idée, mais semble-t-il avec une intensité différente: on ne peut contraindre par la force un entrepreneur à effectuer les travaux promis (atteinte excessive à la liberté individuelle), alors qu'on peut le lui enjoindre sous astreinte; mais l'astreinte cesse d'être possible si la prestation présente un caractère éminemment personnel (l'exemple classique est celui de l'œuvre qu'un artiste s'est engagé à réaliser).

En revanche la faculté de remplacement des actuels articles 1143 et 1144 peut être maintenue quasiment en l'état: elle passait pour une atténuation de l'impossibilité de l'exécution forcée directe; elle est évidemment compatible, a fortiori, avec le nouveau principe posé du droit à l'exécution en nature, dont elle représente une modalité. Le nouvel article 1154-2 proposé reprend en substance les dispositions des articles 1143 et 1144 actuels.

Quant à l'article 1145 (dommages et intérêts en cas de violation de l'obligation de ne pas faire, sans mise en demeure), il n'est pas proposé de le modifier. Mais son contenu est intégré à l'article 1154-1.

JUDITH ROCHFELD

Inexécution des obligations

(art. 1157 à 1160-1)

Les propositions émises au sein de cette section sont assises sur l'état de la matière, tel qu'issu des textes initiaux et des apports de la jurisprudence (1). Elles tentent de pallier les lacunes existantes et de répondre aux nécessités d'évolution qui ont pu se faire jour depuis 1804 (2). Elles tracent, à ces fins, plusieurs directions (3).

L'ÉTAT DE LA MATIÈRE

La matière de l'inexécution des obligations et de la résolution du contrat (régie par l'article 1184 du Code civil) est assise sur plusieurs fondements traditionnels:

- la résolution est justifiée par le mécanisme de la condition résolutoire,
- la résolution s'inscrit comme implicite dans tous contrats synallagmatiques,
- la résolution est conçue comme judiciaire.

La philosophie juridique qui l'entoure s'impose comme spécifique, en tant qu'émanation de la pensée des Rédacteurs du Code civil, et s'article autour de deux idées:

- le principe fondamental de la force obligatoire du contrat et le moralisme contractuel: le contrat doit s'appliquer quelles que soient les circonstances et difficultés rencontrées. En conséquence, seuls les cas d'inexécution très grave, voire de faillite totale d'exécution, justifient qu'on l'anéantisse. Il est alors nécessaire de recourir au juge afin qu'il contrôle ce seuil de gravité,
- la protection du débiteur de l'obligation inexécutée et l'humanisme contractuel: le débiteur ne doit pas subir une sanction, trop vite assénée et sans contrôle, de la part de son partenaire contractuel.

LES LACUNES DE LA MATIÈRE ET LES NÉCESSITÉS DE CHANGEMENT

a) Les lacunes relatives aux prévisions initiales du Code

- la résolution est la seule mesure prévue pour l'ensemble des contrats,
- les autres mesures ne sont invoquées que dans des textes spéciaux épars, alors même qu'elles ont été généralisées en principes applicables à tous contrats synallagmatiques par la jurisprudence et la pratique (exception d'inexécution; théorie des risques),
- aucune disposition ne régit la résolution conventionnelle alors que celle-ci s'est également généralisée en pratique.

b) Les lacunes relatives aux conditions d'application

– l'article 1184 assoit la résolution sur un mécanisme discutable, la condition résolutoire.

– cette assise donne sa place au texte, au sein des règles relatives aux obligations conditionnelles (chapitre IV "Des diverses espèces d'obligations", Section première "Des obligations conditionnelles", § 3 "De la condition résolutoire"). Cette place est en conséquence également discutable et s.e prête à une réévaluation.

– l'article 1184 ne précise pas les conditions d'application de la résolution: il ne dit rien du seuil d'inexécution propre à entraîner la résolution, se contentant de viser le "cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement". Le constat peut être étendu à l'exception d'inexécution dont il faudrait plus précisément cerner le seuil d'intervention.

c) Les lacunes relatives aux effets

– l'article 1184 ne précise rien quant à l'étendue des effets de la mesure: rétroactifs ou non; touchant ou non l'ensemble du contrat.

– la résolution est traditionnellement conçue comme rétroactive, conformément à son fondement revendiqué de "condition résolutoire".

– la doctrine et la jurisprudence en ont néanmoins créé une variante: la "résiliation" ou plus exactement, résolution pour l'avenir, qui écarte la rétroactivité et ne produit effet que pour l'avenir. Néanmoins, le critère de distinction entre la résolution totale et rétroactive et la résolution partielle dans le temps n'est pas très explicite. Lorsqu'un critère est posé, il réside dans le caractère successif de l'exécution du contrat, critère discutable en ce qu'il repose sur la considération de la difficulté spécifique d'organiser des restitutions pour un contrat qui a duré.

– rien n'est dit des suites de l'application de ces diverses mesures, notamment de l'organisation des restitutions et du fondement de ces dernières.

d) Les influences du droit européen

– les principes de droit européen des contrats prévoient uniquement la résolution unilatérale actionnée par le créancier, sur le modèle de nombreux pays voisins (chap. 9, art. 9: 301), ce qui place le droit français en décalage.

LES DIRECTIONS PROPOSÉES

a) Les directions quant à la place du texte

– la référence à la condition résolutoire disparaissant, il est possible de placer la section régissant l'inexécution à la suite de celle consacrée à l'exécution du contrat (Section 4 - De l'exécution des obligations, articles 1152 à 1156-2;

Section 5 - De l'inexécution des obligations et de la résolution du contrat, articles 1157 à 1160-1).

b) Les directions pour pallier les lacunes initiales des dispositions du Code civil

– il est proposé d'établir textuellement l'existence de l'exception d'inexécution et de ses conditions d'application, notamment de son seuil d'intervention (inexécution totale; article 1157).

– il est proposé d'intégrer la "théorie des risques" dans la résolution, en tant que celle-ci constituerait la mesure répondant à l'inexécution du contrat, quelle qu'en soit la cause (article 1158).

– il est proposé d'établir textuellement la possibilité de prévoir une clause de résolution et de régir les conditions d'application de cette dernière, ainsi que ses effets (article 1159).

c) Les directions quant au choix entre résolution judiciaire et unilatérale

– il est proposé d'opter pour le maintien du choix, pour le créancier, entre exécution forcée, dommages et intérêts et résolution (article 1158).

– il est proposé d'ouvrir, au créancier qui choisirait la résolution, une option entre résolution judiciaire et résolution unilatérale. Dans le cas où il opérerait pour cette dernière, celle-ci interviendrait après mise en demeure du débiteur de s'exécuter et écoulement d'un délai raisonnable à cet effet. En cas de carence de ce dernier, la résolution serait constatée par une notification du créancier, exposant les motivations de la rupture (article 1158).

– il est proposé d'ouvrir au débiteur la possibilité de critiquer judiciairement a posteriori la décision du créancier, par contestation de l'existence des manquements qui lui sont imputés (article 1158-1).

d) Les directions quant au régime des effets de la résolution

– il est proposé d'établir textuellement le moment de prise d'effet de la résolution: à celui de l'assignation en résolution, lorsque celle-ci est judiciaire; à celui de la réception de la notification, lorsque celle-ci est unilatérale (articles 1158 et 1160-1).

– il est proposé d'établir textuellement les effets de la résolution en prévoyant un principe de résolution pour l'avenir, sauf l'hypothèse de rétroactivité relative aux contrats à exécution instantanée (article 1160-1 et règles relatives aux restitutions, Section 6).

– il est proposé de poser un critère de modulation de ces effets tenant au caractère divisible de l'exécution du contrat (article 1160).

YVES-MARIE SERINET

Restitutions après anéantissement du contrat
(art. 1161 à 1164-7)

Les règles relatives aux restitutions après anéantissement rétroactif du contrat ensuite de son annulation ou de sa résolution ne font actuellement l'objet d'aucune disposition propre dans le Code civil, si l'on excepte, sans doute, l'article 1312 anc. relatif aux restitutions qui suivent la rescision de la convention pour le vice d'incapacité. Encore faudrait-il ajouter immédiatement que la rédaction de ce dernier texte est postérieure à 1804 puisqu'elle résulte d'une loi du 18 février 1938.

La question des restitutions n'a pourtant pas été ignorée des codificateurs puisque, dans la réglementation de plusieurs autres institutions, on trouve des règles spéciales qui organisent la mise en œuvre de ce mécanisme. Tel est le cas, tout particulièrement, des dispositions du Code civil relatives à la répétition de l'indu auxquelles il est coutumier de renvoyer en la matière (articles 1376 et s. anc. C. civ.), des règles qui déterminent les effets de la garantie contre l'éviction (articles 1630 et s. anc.) dont on dit qu'elles fixent un régime dérogatoire de restitution, des textes applicables aux actions édiliciennes (articles 1644 et s. anc.) puisque ces actions sont, par nature, considérées comme ayant pour vocation d'organiser une restitution, ou encore du régime applicable au réméré (articles 1659 et s. anc.) ou à la rescision de la vente pour cause de lésion (articles 1674 et s. anc.), à cet égard encore significatif.

Dans la rédaction des projets de textes ici présentés, ces dispositions éparpillées du Code civil, pour la plupart inchangées depuis 1804, peuvent servir de source d'inspiration et de rédaction dans l'élaboration de nouveaux textes. Il ne semble pas, cependant, qu'elles soient directement transposables à la matière des restitutions après annulation ou résolution. Car leur esprit est soit trop particulariste s'agissant des règles relatives à certaines formes spéciales d'anéantissement dans la vente, soit trop différent, s'agissant des règles qui régissent les restitutions dans la répétition de l'indu.

Il a été démontré par d'importants travaux doctrinaux récents (c. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilités*, thèse, Paris I, préface de J. GHESTIN, LGDJ, 1992; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, thèse, Paris II, préface de G. CORNU, Paris, Cujas, 1991) que la matière des restitutions *lato sensu* subit l'attraction de plusieurs branches du droit extérieures au droit des obligations (le droit des biens) ou, à l'intérieur du droit des obligations, de disciplines autres que le droit des contrats (droit de la responsabilité civile, quasi-contrats avec les théories de la répétition de l'indu et de l'enrichissement sans cause). Or, les finalités du droit des biens lorsqu'il traite de la théorie des fruits, des impenses ou de l'accession, comme les finalités de la responsabilité civile quand elle définit les conditions de la réparation du préjudice, qu'il soit contractuel ou délictuel, ne sont pas celles des restitutions après annulation ou

résolution rétroactives. Ce qui a d'ailleurs fait dire qu'il existerait une *summa divisio* entre les restitutions normales, celles qui interviennent dans l'usufruit, le prêt, voire le réméré ou la condition résolutoire, et les restitutions anormales, celles qui jouent pour la revendication, la nullité et la résolution, la répétition de l'indu ou le retour de l'absent. A ce premier clivage, vient s'en ajouter un autre. Il conduit à distinguer les restitutions intervenant dans le domaine contractuel, qui subissent à certains égards l'influence du contrat annulé ou résolu et imposent une réciprocité dans le retour à l'état antérieur lorsque l'exécution intermédiaire a été bilatérale, de celles qui interviennent hors le domaine contractuel qui présentent le plus souvent un caractère unilatéral.

Pour toutes ces raisons, il semble aujourd'hui opportun, sinon indispensable, de définir un régime cohérent propre aux seules restitutions consécutives à l'annulation ou la résolution, c'est-à-dire à l'anéantissement rétroactif du contrat.

Aussi cherchera-t-on ici à présenter des règles générales qui, synthétisant les propositions doctrinales les plus avancées ainsi que les solutions les mieux admises en jurisprudence ou susceptibles d'être recueillies dans les dispositions éparses du Code civil, répondent à la finalité commune objective d'un retour au *statu quo ante* qui soit le plus fidèle possible.

La nature broussailleuse de la matière devrait gagner en clarté à être ainsi retaillée selon les lignes classiques du jardin à la française.

Dans la perspective ainsi dessinée, il est proposé d'introduire la Section 6 traitant de la matière (articles 1161 à 1164-7) par un article 1161 qui déterminerait, dès le seuil, le domaine d'application des règles nouvellement édictées. Une telle disposition liminaire permettrait en effet de définir la mesure dans laquelle les multiples hypothèses de restitution que le Code civil a déjà réglementées se trouvent soumises à ce corps de règles générales.

A la suite de quoi, le régime des restitutions après anéantissement du contrat se subdiviserait en trois paragraphes fixant respectivement les principes qui gouvernent la catégorie des restitutions après anéantissement du contrat, les modalités de ces restitutions et les règlements complémentaires que l'on désigne parfois sous l'expression évocatrice de "*compte de restitution*".

C'est ainsi que, dans un premier paragraphe, il est proposé d'adopter plusieurs textes énonçant les principes communs à ce type de restitution.

Dans une première disposition, l'article 1162, le mécanisme général des restitutions après anéantissement se trouve défini.

Quant à son domaine d'application, il semble rationnel que l'existence, la signification, et l'étendue d'un éventuel effet rétroactif soient fixées dans les sections traitant respectivement de la nullité et de la résolution. Ainsi, la

fiction de la rétroactivité jouera-t-elle systématiquement pour l'annulation et de façon plus réduite pour la résolution puisqu'elle y est limitée aux contrats à exécution instantanée. Cette solution, pragmatique et conforme à la différence de nature des deux sanctions, paraît opportune. Ainsi s'explique que le texte évoque sans restriction les suites de l'annulation, toujours rétroactive, mais limite son application à la résolution aux seules hypothèses dans lesquelles elle produit cet effet.

Du point de vue de sa portée, la disposition pose le principe d'une restitution "*intégrale*", couramment admis, en vertu duquel chacun ne doit recevoir ni plus ni moins que ce qu'il avait fourni. La restitution doit être "*réciproque*" lorsque le contrat est synallagmatique. Il ne faudrait pourtant pas prendre au pied de la lettre l'image si suggestive du *contrat synallagmatique renversé* proposée par le doyen Carbonnier, car la restitution dépend surtout de ce qui a été exécuté, le cas échéant par chacun, durant la période intermédiaire. Ainsi, le calcul des restitutions n'est pas global mais analytique et suppose que l'on détermine, pour chaque obligation exécutée, la somme des avantages directs ou indirects reçus qui feront l'objet de la restitution. La réciprocité ne joue que dans la fusion de ces articles en compte et dans les éventuelles garanties que cela implique. En tout état de cause, la restitution s'impose également dans les contrats qui ne sont pas bilatéraux, ce qu'exprime la locution "*s'il y a lieu*". Enfin, il est précisé que la restitution est emportée "*de plein droit*" par l'annulation ou la résolution rétroactive. Il s'agit d'insister sur le caractère automatique des restitutions et d'indiquer qu'il n'y pas lieu de distinguer deux types d'actions et deux prétentions qui en seraient l'objet, l'anéantissement et la restitution, ce qui a une incidence sur le régime procédural applicable.

De façon tout aussi générale, le texte réserve en son deuxième alinéa la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts aux conditions ordinaires de la responsabilité civile. Il tend ainsi à montrer que la restitution ne relève pas, précisément, de la même logique et n'obéit pas aux mêmes conditions puisqu'elle demeure un mécanisme strictement objectif.

Deux règles techniques, mais d'une importance pratique considérable, viennent ensuite consacrer des solutions dégagées par la jurisprudence (article 1162-1).

D'une part, il est prévu que l'obligation de restitution bénéficie du report des garanties qui auront été stipulées pour le paiement de l'obligation primitive. C'est la consécration d'une solution dégagée, en dehors de tout texte, à propos du cautionnement consenti pour garantir les remboursements des échéances d'un prêt. Puisque l'on admet depuis longtemps que la sûreté couvre la restitution des sommes prêtées lorsque le contrat est annulé.

D'autre part, la question de la prescription de l'obligation de restitution se trouve tranchée dans le sens d'un arrêt récent de la Cour de cassation qui a refusé d'appliquer, en ce cas, les règles de la répétition de l'indu (Cass. civ. 1^{ère}, 24 septembre 2002: *Bull. civ.* I, n° 218, p. 168). Il semble en effet naturel que les restitutions après anéantissement puisent à cet égard leur même régime dans les règles de la nullité ou de la résolution puisqu'elles en découlent de plein droit.

Puis, sont regroupées en un texte des propositions qui fixent, à plusieurs égards, le rôle du juge dans l'octroi des restitutions après anéantissement du contrat (article 1162-2).

Il semble tout d'abord légitime de donner au juge la possibilité de statuer d'office sur les restitutions puisque celles-ci sont virtuellement comprises dans la demande d'annulation ou de résolution comme étant l'un des effets de cette sanction (cf. en ce sens, Cass. civ. S., 29 janvier 2003: pourvoi 01-03185, *JCP* 2003, II, 10116). Au demeurant, on peut se demander si, dans les conclusions écrites, demander la nullité ne signifie pas au premier chef, dans l'esprit du plaideur, demander restitution. Quoiqu'il en soit, le texte ne va pas jusqu'à imposer au juge une obligation à cet égard qui aurait pu pourtant paraître logique. Il appartiendra donc aux parties de formaliser leurs demandes sur ce point, sauf au juge à décider de suppléer leur carence. Cela leur laisse également la possibilité de revenir devant lui ultérieurement pour le cas où la question n'aurait pas été tranchée. Ainsi s'explique, la disposition, naturelle au demeurant, du troisième alinéa qui rappelle l'interversion de la prescription découlant du jugement au profit de la prescription trentenaire. A défaut, le risque, très théorique, existerait que la demande de restitution se trouve rapidement prescrite alors que l'anéantissement aurait été prononcé.

Quant au deuxième alinéa, il pose le principe d'un compte judiciaire de restitution dont les articles se compensent à la condition, bien sûr, que cette compensation soit techniquement possible puisqu'on ne saurait additionner ou soustraire que des choses de même nature.

Traditionnellement, le mécanisme de la restitution intégrale connaît deux limites qui se justifient par des considérations subjectives de moralité et d'équité. Elles méritent d'être maintenues comme des soupapes qui viennent tempérer la rigueur du principe.

A cet égard, la disposition de l'article 1162-3 exprime la transposition souhaitée de l'adage *Nemo auditur...* Il s'ensuit un élargissement de la portée du refus de restitution qui concernera toute contravention consciente à l'ordre public et des bonnes mœurs là où, d'ordinaire, les seuls comportements immoraux se voyaient sanctionnés par la jurisprudence.

Quant à la mesure de sauvegarde instaurée en faveur de l'incapable (article 1312 anc.), elle subsiste mais à une place différente que lui réserve la nouvelle section du Code civil relative à la capacité des parties contractantes et au pouvoir d'agir au nom d'autrui (article 1117-5). Le texte ancien est repris sous réserve d'une très légère simplification dans la rédaction puisque le terme général d'“*incapable*” y remplace désormais ceux de “*mineur*” et “*majeur en tutelle*”. Si le maintien de cette protection se justifie en équité, sa spécificité explique qu'elle soit traitée avec les autres règles relatives à l'incapacité.

Dans un *deuxième paragraphe*, sont abordées les différentes *modalités de la restitution*.

Une première disposition (article 1163) énonce le principe qui commande la détermination des deux formes possibles de la restitution.

L'exécution d'une prestation contractuelle ouvre droit à une restitution en nature, soit à l'identique soit par équivalent. Lorsqu'elle est impossible, s'y substitue une restitution en valeur. Il y a donc deux modes de restitution. En sorte que l'impossibilité de restituer en nature ne doit plus jamais, mais la jurisprudence était en ce sens depuis longtemps, être considérée comme un obstacle à la restitution. Par ailleurs, il importait de relever que la restitution en nature peut elle-même avoir lieu sous deux formes qui dépendent de la nature de la chose à restituer. S'agissant des corps certains, elle se fait à l'identique. Pour les choses de genre, la maxime *Genera non pereunt* exprime l'idée qu'elle peut se faire par un équivalent de même nature (ex. une tonne de sable pour une autre tonne de sable précédemment livrée).

Il apparaît ainsi que la forme de la restitution dépend prioritairement de la nature des prestations accomplies en exécution du contrat, ce que les articles suivants permettent d'illustrer. Subsidiairement, elle peut encore être affectée par les événements qui sont intervenus durant la période intermédiaire qui a séparé l'accomplissement de la prestation à répéter de l'annulation ou de la résolution.

Avec plus de détails, les articles 1163-1 à 1163-6 déclinent la proposition générale précédemment formulée.

Ainsi, lorsque l'obligation a été de faire ou de ne pas faire (article 1163-1), la restitution se réalise logiquement en valeur puisque telle est, alors, la seule forme possible de restitution. L'évaluation doit se faire sans tenir compte des stipulations du contrat. Toutefois, pour éviter qu'une même prestation ne bénéficie d'une double rémunération, il y a lieu de tenir compte des encaissements extérieurs déjà réalisés par celui qui l'a accomplie (ex. dans les affaires de pompistes de marque, lorsque le pompiste a agi en qualité de mandataire et a déjà perçu des dividendes à la revente sur les produits) ou des avantages

indirects qu'il en a retiré (ex. dans un contrat d'apprentissage, la formation dispensée en plus du prix).

Quand l'obligation a été de donner une chose d genre, la restitution se fait par équivalent. Ce régime de restitution s'applique naturellement à l'obligation monétaire (article 1163-2). Le texte souligne que la monnaie est le bien fongible par essence et que le principe du nominalisme monétaire (article 1895 anc. C. civ.), maintenu par la jurisprudence, s'applique. Mais l'article 1163-4 s'y réfère explicitement pour les autres choses de genre en l'assortissant néanmoins d'une option. Rien, pourtant, ne paraît interdire ici la restitution en nature sous forme d'équivalent. Mais sachant qu'elle peut s'avérer totalement inutile pour celui auquel on restitue, il semble naturel d'offrir à ce dernier un choix. Il est à noter que l'article 587 anc. prévoit un choix identique, en matière de quasi-usufruit, mais au bénéfice de celui qui rend la chose, à savoir l'usufruitier. La logique de la nullité et de la résolution conduit à renverser la règle sachant que, du fait de leur caractère fongible, il sera toujours possible pour le restituant de se procurer des choses équivalentes afin de satisfaire à son obligation.

Si l'obligation a été de donner un corps certain (article 1163-3), la restitution se fait en nature lorsque la chose existe encore entre les mains de celui qui l'a reçue. L'impossibilité d'une telle restitution "*naturelle*" n'interdit cependant pas toute forme de restitution. Celle-ci interviendra en valeur si la chose n'est plus individualisable du fait de sa destruction, sa transformation ou son incorporation. Dans le premier cas, une restitution complète doit être opérée que la destruction de la chose ait été fortuite ou résulte d'un acte volontaire de celui qui l'a reçue, ce qui correspond à la jurisprudence qui ne fait plus cette distinction et traite les deux situations à l'identique. Une telle solution est d'ailleurs conforme à l'idée que celui qui a détenu la chose pendant la période intermédiaire était le mieux placé pour l'assurer. Enfin, une dernière disposition envisage la situation où l'atteinte subie par le corps certain n'aura été que partielle. Une option est alors ouverte pour tenir compte de ce qu'une restitution partielle pourrait avoir perdu tout intérêt pour celui à qui l'on restitue. Dans ce cas, comme cela est prévu par de nombreux textes de droit spécial, il lui est permis de préférer la restitution intégrale en valeur.

A la suite de cet inventaire, l'article 1163-5 préconise l'adoption de deux dispositions complémentaires qui visent à simplifier le processus de retour au *statu quo ante* en évitant de recourir à la restitution en valeur. Tel est le cas lorsqu'il y a eu perte fortuite de la chose si elle était assurée ou perte imputable à un tiers. Tel est le cas, encore, lorsque la chose à restituer a été revendue. A chaque fois, la restitution en valeur paraît techniquement s'imposer. Mais il semble à la fois plus efficace et aussi juste de faire primer le jeu de la subrogation réelle

à l'image de ce que prévoit l'article 1380 anc. pour la répétition de l'indu. Aussi la restitution se reportera-t-elle de plein droit, suivant les circonstances, sur l'indemnité ou le prix, voire sur la créance d'indemnité ou de prix.

Enfin, l'article 1163-6 définit la méthode d'évaluation des restitutions en valeur. En énonçant que le juge doit estimer la valeur de la chose au jour où il se prononce, suivant son état au jour du paiement de l'obligation, il fait application de la théorie de la dette de valeur. La solution est cohérente avec la manière dont seront indemnisées les plus et moins-values. Elle est également conforme avec le procédé d'évaluation de l'avantage qui a résulté de l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire (article 1163-1).

Le troisième paragraphe, détermine les règlements complémentaires qui, le cas échéant, s'ajoutent aux restitutions principales et composent le compte de restitution. Dans cette catégorie les sorts respectivement réservés aux accessoires, aux frais ainsi qu'aux plus-values et moins-values doivent être réglés.

S'agissant des accessoires, il est prévu que celui qui restitue soit comptable non seulement du principal de chaque obligation payée mais encore de ses accessoires du jour du paiement (article 1164). Contrairement au régime institué par les textes issus du droit des biens (article 549 anc. sur les fruits) ou traitant de la répétition de l'indu (article 1378 anc.), le caractère objectif des restitutions après anéantissement postule de tenir compte de tous les accessoires sans avoir égard à la bonne ou mauvaise foi des parties (c. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilités*, th. préc., n° 802). Celle-ci ne joue que pour une éventuelle indemnisation complémentaire. Aussi convient-il de faire partir le calcul du jour de l'exécution du contrat (le "paiement" de chaque obligation) afin de déterminer l'avantage supplémentaire qui en est résulté. La règle *Lauxius vixit...* n'a pas à s'appliquer puisque de toute façons les dettes de revenus (fruits ou intérêts accumulés) se compenseront à hauteur de la plus forte des deux sommes dans les contrats synallagmatiques.

Naturellement, les accessoires varient selon la nature des prestations accomplies en exécution du contrat. Lorsqu'une somme d'argent doit être restituée (article 1164-1), ils comprendront les intérêts au taux légal, ce qui est une solution classique, mais encore les taxes acquittées sur le prix. On doit logiquement les comprendre comme celles-là seules qui auront été effectivement payées entre les mains de celui qui restitue le prix. Pour l'essentiel, la T.V.A. se trouve ici visée lorsqu'elle a été en complément du prix. Il faudra ensuite, pour celui qui la restitue, la récupérer auprès du Trésor. Lorsque la restitution porte sur une chose autre qu'une somme d'argent (article 1164-2), les accessoires comprennent les fruits ou la jouissance procurée par cette chose. Il s'agit de revenir sur une solution adoptée récemment par la Cour de cassation (Cass. ch. mixte, 9

juillet 2004: *D.* 2004, p. 2175, note CH. TUAILLON, *JCP* 2004, I, 173) après bien des hésitations (Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2003, *Bull. civ.*, n° 74, et Cass. civ. 3^e, 12 mars 2003, *Bull. civ.* III, n.° 63, *D.* 2003, p. 2522). Contrairement à ce qui a été décidé afin, on peut le penser, de simplifier le calcul des restitutions complémentaires, il semble plus logique et équilibré de rembourser la jouissance du bien, quelle que soit la nature du contrat. Celle-ci s'analyse en effet comme un équivalent économique aux fruits qu'il aurait pu produire (R. WINTGEN, *L'indemnité de jouissance en cas d'anéantissement rétroactif d'un contrat translatif*, *Defrénois* 2004, article 37942, p. 692 et s.). D'ailleurs, lorsque la chose n'est pas frugif re, la Cour de cassation acceptait autrefois la compensation forfaitaire entre les intérêts et cette jouissance. En effet les intérêts correspondent à la fois à une rémunération pour la jouissance et la fructification de l'argent. Au surplus, la solution actuelle n'est pas en accord avec le principe de rétroactivité et l'idée qu'il convient d'anéantir tous les effets, directs ou indirects, de l'exécution du contrat.

S'agissant des frais, les textes reprennent une distinction doctrinale (M. MALAURIE, th. préc., p. 205) proposée entre les frais occasionnés par le contrat (ex. frais d'étude, frais d'acte, droits d'enregistrement, de publicité foncière, droits de mutation ou de consignation)... et les frais afférents à la chose dont on peut dire qu'ils sont engagés *intuitu rei* (ex. frais d'assurance de la chose, charges relatives au bien)... Leur traitement est nettement différencié puisque le régime des premiers demeure clairement soumis aux règles de la responsabilité délictuelle (article 1163-3) tandis que celui des seconds, objectif, demeure dans le giron des restitutions (article 1163-4).

Reste la question des plus et moins-values. Il est proposé d'adopter des dispositions qui synthétisent les principes admis en la matière, quoique la jurisprudence ne soit pas toujours très claire ni fixée (cf. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilités*, th. préc., n° 808 et s.; M. MALAURIE, th. préc., p. 215 et s.).

Une règle commune d'évaluation au jour de la restitution est adoptée dans les deux cas (article 1164-6) qui est cohérente avec le mode de calcul précédemment énoncé pour la restitution intégrale en valeur. En ce qui concerne les plus-values, elles reviennent toutes à celui qui doit recevoir la restitution, l'équilibre patrimonial étant rétabli au moyen d'une indemnité qui va rémunérer l'augmentation de valeur ayant résulté du fait du restituant (article 1164-4). Du côté des moins-values, les choses sont rendues assez complexes par la nécessité de conjuguer deux idées différentes: d'une part, la nécessité d'une harmonie dans les régimes applicables à la perte totale fortuite et à la détérioration ou perte partielle ayant la même origine, puisque entre l'une et l'autre la différence n'est

que de degré; d'autre part, le souci d'une corrélation entre les différents types de plus et moins-values, lorsque du moins il est possible d'établir entre eux une relation de réciprocité. Or, les augmentations ou diminutions de valeur de la chose ont une origine variable (matérielle, juridique, économique ou monétaire), provenant parfois de celui qui restitue mais lui demeurant dans d'autres cas extérieures (V. M. MALAURIE, th. préc, p. 219 et s., et p. 237 et s.). Compte tenu de ces éléments, il est proposé d'introduire un article 1164-5 qui dispose que celui qui doit restituer la chose répond des dégradations et détériorations qui en ont diminué la valeur ou entraîné sa perte, sans distinction d'origine. De la sorte, les hypothèses de détérioration fortuites suivront le sort de la perte totale de la chose qui impose, en ce cas, une restitution en valeur (article 1163-3). De même, l'usure normale du bien résultant de son utilisation sera indemnisée alors qu'aucune faute ne serait imputable au restituant. Les deux solutions sont en tout point conformes aux positions prises par la jurisprudence sur la question (Cass. com, 21 juillet 1975, *D.* 1976, p. 582, note E. AGOSTINI et P. DIENER. Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1987, *Bull. civ.* n° 183, *Deffrénois*, 1988, art. 34202, n° 13, p. 373, obs. J. L. AUBERT). A l'inverse, l'obsolescence de la chose faisant suite à l'écoulement du temps ne donnera pas lieu à restitution puisqu'il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une dégradation ou détérioration de la chose, lesquelles ne s'entendent que d'une atteinte matérielle à son intégrité. La corrélation entre plus et moins-value est assurée puisque, dans les deux cas, celles qui ont une origine économique ou monétaire ne sont pas restituables. La seule différence concerne la prise en charge par le restituant des pertes partielles et dégradations fortuites qui ne trouvent pas leur contraire du côté des plus-values. Elle permet d'harmoniser les règles valant pour la perte totale et les moins-values fortuites.

JEAN-LUC AUBERT

PIERRE LECLERCQ

Effet des conventions à l'égard des tiers

(art. 1165 à 1172-3)

Dans un esprit de clarification et de modernisation, cette section rassemble en cinq paragraphes les différents éléments qui constituent la substance traditionnelle de la question de *l'effet obligatoire du contrat*, traditionnellement gouvernée par le principe dit de *l'effet relatif*.

Leur objet est donc de mieux définir la situation des tiers par rapport à la convention conclue par deux ou plusieurs personnes et de tenir compte des besoins révélés par la pratique contractuelle moderne. A cette fin, il est d'abord proposé de regrouper les différents aspects de la question, que le Code civil abordait de façon quelque peu dispersée. Ensuite, sur le fondement du travail réalisé par la jurisprudence et la doctrine, le projet invite à des dispositions plus nombreuses et plus explicites sur cette matière qui se trouve au cœur de la vie du contrat. Enfin, diverses innovations sont proposées pour combler diverses lacunes ou insuffisances du Code.

Le *premier paragraphe* énonce, sous l'intitulé "Dispositions générales" les deux principes qui commandent la matière, mettant en lumière la différence de portée de la convention au regard des parties contractantes, d'une part, et des tiers, d'autre part.

L'article 1165 affirme que "les convention ne lient que les parties contractantes..." ce qui cantonne, sous réserve d'exceptions et de nuances qui seront précisées dans la suite des dispositions, l'effet obligatoire du contrat à ceux-là seuls qui le concluent.

L'article 1165-1 ajoute que "les conventions sont opposables aux tiers...", consacrant le principe d'*opposabilité* des contrats *erga omnes* qu'avaient dégagé peu à peu doctrine et jurisprudence. Le texte souligne le double sens de cette opposabilité qui joue tant à l'encontre des tiers qu'à leur profit, sous la réserve essentielle, à ce dernier égard, qu'ils ne peuvent exiger l'exécution du contrat, ce qui permet de distinguer de façon radicale l'effet obligatoire de l'opposabilité.

Le *deuxième paragraphe* précise, de façon innovante, les déplacements possibles de l'effet obligatoire du contrat de l'une des parties contractantes à un tiers, consacrant ainsi l'éventualité d'une *substitution de parties* au contrat.

C'est l'effet, classique, des transmissions à cause de mort (art 1165-2).

C'est aussi la conséquence, entre vifs, d'une *cession de la qualité de partie au contrat* dont il est proposé de consacrer expressément la possibilité, tout en la subordonnant à l'accord du cocontractant (art. 1165-3).

Cette exigence comporte cependant des *exceptions*: d'une part, elle n'a lieu de s'appliquer qu'autant que la loi ne dispose pas autrement; d'autre part, elle est écartée dans le cas des contrats faisant partie d'une opération constitutive d'un ensemble indivisible (fusions de sociétés, apports partiels d'actifs...). Du moins

le cocontractant qui n'a pas donné son accord au transfert du contrat reste-t-il alors en droit, sauf convention contraire, de se retirer du contrat transmis.

Le *troisième paragraphe* règle les différentes actions dont la loi ouvre le bénéfice aux tiers-créanciers d'un contractant. On y retrouve l'*action oblique* et l'*action paulienne*, mais aussi l'action directe dont il est ainsi proposé de consacrer expressément la notion et d'en marquer, du même coup, les limites.

Pour ce qui a trait aux deux premières, les textes proposés reprennent les différentes solutions élaborées par la jurisprudence sous deux importantes réserves. D'une part, dans le but de porter remède à la relative inefficacité de l'*action oblique*, l'article 1167-1, al. 1^{er} permet aux créanciers qui ont agi de se faire payer par prélèvement sur les sommes qui, au résultat de leur recours, entrent dans le patrimoine du débiteur négligent. D'autre part, pour limiter la perturbation de la stabilité du contrat qu'elle engendre, l'*action paulienne* est enfermée dans un délai de deux ans à compter de la connaissance que les créanciers ont eu de la fraude commise par le débiteur.

Quant à l'*action directe*, la notion en est formellement affirmée en même temps que le principe de son assise purement légale (art. 1168, al. 1^{er}). Toutefois, il est proposé d'admettre une telle action, en dehors des prévisions expresses de la loi et en considération du lien qui unit les contrats, "lorsqu'elle permet seule d'éviter l'appauvrissement injuste du créancier" (art. 1168, al. 2).

Le *quatrième paragraphe* traite du *porte-fort* et de la *stipulation pour autrui*.

Il s'agit ici, pour l'essentiel, de mettre en forme et en ordre les acquis de la jurisprudence qui, sur la base des articles 1120 et 1121, a fixé le régime de ces deux mécanismes.

Pour la *promesse de porte-fort* (art. 1170), c'est l'ensemble des effets de ce mécanisme qui est mis en lumière, avec les risques que court le porte-fort (al. 1^{er}, qui reprend, en la précisant, la disposition de l'article 1120 du Code civil), et la perspective de sa libération totale s'il obtient ce qu'il a promis (al. 2). Le texte invite à consacrer l'obligation pour le tiers qui hérite du porte-fort d'exécuter l'engagement souscrit par son auteur (al. 3).

Quant à la *stipulation pour autrui*, c'est l'ensemble de la construction élaborée par la jurisprudence qui se trouve consacré. En particulier, l'article 1171-1 met en lumière le cœur de ce mécanisme: libre révocabilité de la stipulation tant qu'elle n'a pas été acceptée par le tiers (al. 1^{er}); irrévocabilité de la stipulation dès que l'acceptation du tiers intervient avant la révocation (al. 2); droit direct du tiers contre le promettant pour l'exécution de l'engagement souscrit par celui-ci (al. 3). Parti a été pris, aussi, de mieux organiser certaines situations dont le règlement demeurait insatisfaisant. Ainsi l'article 1171-2 énonce-t-il, après avoir posé que la révocation peut émaner des héritiers du stipulant après

son décès, que ceux-ci ne peuvent exercer ce droit de révocation que trois mois après avoir vainement mis en demeure le bénéficiaire d'accepter. Ainsi encore, l'article 1171-3 précise-t-il in fine, que l'acceptation peut émaner des héritiers du bénéficiaire après le décès de celui-ci (sauf stipulation contraire) et qu'elle "peut intervenir même après le décès du stipulant ou du promettant".

Enfin, le *cinquième paragraphe* innove en consacrant la prise en compte de l'éventuelle interdépendance de plusieurs contrats réalisant un ensemble (art. 1172 à 1172-3).

Cette interdépendance est caractérisée par l'appartenance des contrats considérés à une même opération d'ensemble et par la nécessité de leur exécution pour la réalisation de celle-ci (art. 1172).

Il est proposé d'attacher à cette interdépendance un effet élargi de certaines des clauses figurant dans l'un ou l'autre des contrats interdépendants, en dépit de l'absence d'acceptation expresse de celles-ci par les autres contractants. Du moins faut-il que ces derniers en aient eu connaissance lors de leur engagement et qu'ils n'aient pas formulé de réserves. La présomption d'acceptation ainsi posée ne peut cependant s'appliquer qu'à certaines clauses limitativement énumérées: clauses relatives à la responsabilité, clauses compromissaires et clauses d'attribution de compétence (art. 1172-1).

Le projet ajoute deux précisions importantes:

D'abord, qu'en dehors des cas ainsi prévus l'extension de l'effet d'une clause stipulée dans l'un des contrats aux autres contrats de l'ensemble suppose que ladite clause ait été reproduite dans ceux-ci et acceptée (art. 1172-2).

Ensuite, que la nullité de l'un des contrats interdépendants autorise les parties aux autres contrats de l'ensemble à se prévaloir de la caducité de ceux-ci (art. 1172-3).

JEAN-JACQUE TAISNE

*Obligations conditionnelles, à terme,
alternatives et facultatives (art. 1173 à 1196)*

I. DES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES

Le contentieux que suscite trop souvent le recours à la condition met en évidence les imperfections de la codification actuelle. L'abondance de certaines définitions, les éléments contradictoires qui s'y glissent parfois, nuisent à la clarté de notions essentielles et, si la prolixité caractérise certains développements, les textes font défaut sur d'autres points, sollicitant ainsi l'imagination de la jurisprudence. Pour ces raisons, deux préoccupations fondamentales doivent orienter le travail de refonte des textes. En premier lieu, le souci de la simplification; en second lieu, le souci d'assurer aux parties une parfaite prévisibilité des conséquences du recours à la condition.

A priori ces deux objectifs appellent des méthodes différentes: le premier postulerait un élagage sérieux, le second à l'inverse une réglementation complète et minutieuse. Il est cependant possible d'atteindre un équilibre. Sur de nombreux points, la référence à la commune intention des parties permet de trancher toute difficulté et de conférer au régime de l'obligation conditionnelle la souplesse désirable. Mais il convient également, et à raison même du rôle reconnu à la volonté des parties, d'aider ces dernières à prendre une pleine conscience des points qui pourraient entre elles faire difficulté.

Le présent projet propose en premier lieu de supprimer des textes superflus: ainsi, conformément à l'opinion déjà défendue en 1946/1947 par la Commission de réforme du Code civil:

- les textes relatifs à la classification des conditions casuelles, potestatives ou mixtes (art. 1169 à 1171), seul demeurant le texte prohibant la condition potestative de la part du débiteur, rédigé en harmonie avec l'article 944 par hypothèse non touché;

- les textes relatifs au mode d'accomplissement des conditions positives ou négatives (art. 1176-1177) qui expriment des vérités d'évidence découlant de l'actuel article 1175 lui-même déduit de l'article 1156.

Il écarte de même du champ de la condition l'article 1184 qui depuis longtemps lui était devenu totalement étranger.

A l'inverse, le projet propose d'introduire dans la théorie générale de l'obligation conditionnelle les dispositions qui lui manquent. La Commission de réforme du Code civil avait envisagé à cet égard des textes relatifs, après accomplissement de l'événement, au sort des actes d'administration ou des perceptions de fruits. Il convient de s'en inspirer. Tout autant il est utile d'y ajouter, à l'invitation de la jurisprudence, des textes consacrés à la renonciation à la condition.

En dernier lieu le projet suggère de compléter les textes actuels, soit pour préciser le régime d'une sanction (nullité de l'obligation sous condition potestative de la part du débiteur), soit pour généraliser à toutes les conditions l'obligation de loyauté qui n'est littéralement posée jusqu'ici que pour la condition suspensive, soit enfin pour faire apparaître, distincte de la condition résolutoire, une condition simplement extinctive, ce qui clarifie implicitement l'attribution controversée des risques dans les transferts sous condition résolutoire.

Sur un point particulier le projet tourne le dos au modèle laissé par la Commission de réforme du Code civil. L'abandon par elle du principe de rétroactivité de la condition suspensive accomplie, décidé à la suite d'un revirement, n'a pas emporté la conviction; la rétroactivité se justifie à la fois sur un plan rationnel et sur un plan pratique et l'écarter oblige nécessairement à prévoir que durant l'incertitude le débiteur devra se comporter conformément à la bonne foi et sans rien faire qui porte atteinte aux intérêts de l'autre partie, formules que l'on peut trouver vagues et compliquées. Il est à noter que le Code du Québec conserve la rétroactivité (art. 1506) et que toutes les législations ou propositions "européennes" contemporaines qui s'en écartent, la rétablissent tout de même sur volonté expresse des parties. Le présent projet procède en ordre inverse; fidèle au droit actuel, il retient la rétroactivité, sauf à nuancer ses effets ou permettre aux parties de l'écarter si elles le jugent préférable.

2. DES OBLIGATIONS Á TERME

L'actuelle codification suscite peu de difficultés, mais paraît squelettique au regard des codifications plus récentes: Québec et surtout Liban. Il est donc proposé de faire apparaître expressément les notions de termes certain et incertain et de termes suspensif et extinctif.

3. DES OBLIGATIONS Á PLUSIEURS OBJETS

Ici encore le code suscite peu de difficultés. Il est essentiellement proposé de le rédiger de façon plus actuelle et de faire apparaître l'obligation facultative.

PIERRE CATALA

Obligations solidaires et indivisibles
(arts. 1197 à 1217)

La matière des obligations plurales est celle à laquelle l'Avant-projet apporte le moins d'atteinte: la plupart des articles du Code civil y sont conservés à la lettre ou s'y retrouvent en substance à travers des regroupements et des retouches rédactionnelles.

Dans le cas des obligations solidaires, rien n'est changé à la solidarité active. Quant à la solidarité passive, une seule proposition nouvelle apparaît à l'article 1211, sur laquelle l'interprétation pourra se fonder pour affiner l'analyse de la modalité.

Une autre innovation attendue tient à la disparition de l'obligation *in solidum* en matière de responsabilité civile. Son siège n'étant pas au titre des obligations conventionnelles, c'est l'article 1378 au sous-titre de la responsabilité civile qui consacre sa disparition.

Le seul débat important relatif aux obligations solidaires a porté sur les conditions de la solidarité. Une opinion fortement argumentée soutenait que la solidarité devait devenir le principe en matière civile, sauf convention contraire, entre les codébiteurs tenus d'une obligation commune (et de même activement entre créanciers).

On eût aligné de la sorte la loi civile sur la règle commerciale. Cette opinion n'a pas convaincu la majorité du groupe de travail, auquel il a semblé que les risques et les profits de se renversement radical étaient mal mesurés et difficilement mesurables. Il paraissait en pleine dysharmonie avec l'esprit de protection du consommateur, que le Code civil n'est pas tenu d'épouser mais dont il doit tenir compte. On pouvait craindre de désagréables surprises pour les codébiteurs civils dont l'un serait admis au bénéfice des lois relatives au surendettement.

Cette réforme, au surplus, aurait créé une distorsion quant à la solidarité entre les codébiteurs et les cautions dans la perspective où celles-ci sont placées par l'article 2294 du projet de réforme des sûretés. En bref, l'opinion majoritaire a estimé que le maintien de la présomption actuelle poserait moins de problèmes que son inversion.

S'agissant des obligations indivisibles, il est apparu que le régime de l'obligation indivisible n'appelait aucun changement. En revanche l'obligation divisible n'est pas une modalité de l'obligation mais fait partie de sa nature lorsque l'indivisibilité n'est pas imposée par la force des choses, de la loi ou de la convention. On a donc supprimé le paragraphe du Code civil relatif à l'obligation divisible, la règle de l'actuel article 1220 étant reportée à l'article 1224-1 dans le chapitre du paiement.

JÉRÔME FRANÇOIS

RÉMY LIBCHABER

Extinction des obligations

(art. 1228 à 1250)

Le chapitre v du titre III du livre III du Code civil, consacré à l'extinction des obligations, se révèle globalement adapté aux besoins actuels. En règle générale, il aura suffi d'un toilettage davantage que d'une refonte.

La subrogation et la novation ont été écartées de ce chapitre, la première en raison de son effet purement translatif, la seconde en raison de son rapprochement prépondérant avec la notion d'opération sur créance. L'une et l'autre sont réglemētées au chapitre suivant.

L'article 1218, qui est le texte d'annonce du chapitre v, écarte par ailleurs des institutions qui ne sont pas assimilables aux autres causes d'extinction de l'obligation. Il s'agit de la nullité, de la résolution, de la perte de la chose, de l'effet de la condition résolutoire, qui figurent actuellement à l'article 1234 du Code civil. Les autres causes d'extinction conservent leur validité, sous réserve d'aménagements de fond ou de forme.

SECTION I : DU PAIEMENT

Les dispositions relatives au paiement ont exigé une attention soutenue. L'éviction du paiement avec subrogation a nécessité une refonte du plan d'ensemble. Celui-ci comprend désormais quatre paragraphes. Après les dispositions générales (§ I), trois autres paragraphes sont consacrés à l'imputation (§ II), à la preuve (§ III) et à la consignation avec offre de paiement et mise en demeure (§ IV).

Après avoir envisagé la notion de paiement, les dispositions générales (§ I) évoquent les questions relatives aux personnes, à l'objet du paiement et à son régime.

Pour ce qui concerne la notion, le projet s.e contente de poser à l'article 1219 une définition générique et reprend ensuite à l'article 1220 l'actuel article 1235 relatif à la répétition de l'indu.

Les innovations ne sont pas plus importantes pour ce qui concerne les personnes, excepté l'article 1222. Son premier alinéa synthétise la jurisprudence actuelle en insistant sur la bonne foi du débiteur. Le second réserve le paiement électronique, pour lequel il est requis du créancier qu'il garantisse la sécurité du mode de paiement proposé.

Quant à l'objet du paiement, le projet conserve dans ses articles 1223, 1224 et 1224-1 les dispositions des actuels articles 1243, 1244 et 1220 C. civ., à ceci près que la dation en paiement, dépourvue à ce jour de support textuel, est désormais définie à l'article 1223, al. 2.

Surtout, des règles spécifiques aux obligations monétaires ont été ajoutées. Ainsi, l'article 1225 consacre le principe du nominalisme monétaire. Celui-ci

concerne en effet toutes les obligations libellées en monnaie alors qu'il n'est à ce jour prévu que dans des dispositions particulières (voir notamment l'article 1895 relatif au prêt). Mais le principe du nominalisme ne fait obstacle ni à l'indexation (dont le principe est rappelé à l'article 1225-1), ni à la dette de valeur (art. 1225-2), ni, bien évidemment, à la production d'intérêts et à leur éventuelle capitalisation (art. 1225-3 et 1225-4). En outre, un article nouveau (1226) a été créé concernant la monnaie de paiement, qui reprend les apports jurisprudentiels en la matière.

Enfin, s'agissant du régime du paiement (le lieu, la date, les délais de grâce, la qualité de la chose et les frais du paiement), les dispositions du Code civil actuel ont été largement reprises.

Le paragraphe II est consacré à l'imputation des paiements, laquelle a été rationalisée sans modification substantielle. Il est désormais distingué entre l'imputation d'un paiement partiel sur une dette unique (art. 1228) et l'imputation d'un paiement, total ou partiel, sur une pluralité de dettes (art. 1228-1 à 1230).

Le paragraphe III relatif à la preuve du paiement est nouveau dans la forme comme dans le fond. L'article 1231 consacre le principe de la preuve par tous moyens, qui s'impose comme la solution la plus raisonnable en pratique, surtout à l'égard des obligations monétaires. De plus, à cette règle de preuve, ont été réunies les présomptions de libération (art. 1232 et 1232-1) traitées dans le Code civil actuel au titre de la remise de dette, elle-même réformée par le projet (cf. ci-dessous).

SECTION 2. DE LA REMISE DE DETTE

Les présomptions de libération du débiteur ayant été traitées avec la preuve (cfr. ci-dessus), la perspective d'ensemble de la section a été revue. Après un article (1237) définissant la remise de dette et mettant en lumière son caractère conventionnel, ses effets sont réglementés. Il s'agit d'un simple toilettage des dispositions actuelles du Code civil, avec incorporation à l'article 1239-1, al. 2, de la règle jurisprudentielle relative à la remise de dette consentie au cofidésseur solidaire.

SECTION 3. DE LA COMPENSATION

Cette section a été entièrement repensée, avec une subdivision interne entre la compensation en général (§ 1) et celle des dettes connexes (§ II).

Concernant la compensation en général (§ 1), les diverses modalités développées par la jurisprudence sur la base des dispositions insuffisantes du Code civil ont été introduites avec leur régime juridique propre. Sont désormais distinguées les compensations légale, judiciaire et conventionnelle.

Dans le cas de la compensation légale, les règles du Code civil ont été reprises dans leur ensemble. Toutefois, la déclaration figurant actuellement à l'art. 1290 C. civ., aux termes de laquelle la compensation s'opère de plein droit, a été écartée comme résultant d'une erreur de rédaction dénoncée depuis longtemps. De ce fait, l'art. 1243 du projet adopte une nouvelle rédaction adaptée aux besoins du commerce juridique.

Quant à la compensation judiciaire, qui n'a qu'une assise indirecte dans le Nouveau Code de procédure civile (art. 70, al. 2, et 564), elle fait son entrée dans le Code civil. A ce titre, les art. 1246 et 1246-1 du projet en définissent la notion et le régime, sur la base des règles jurisprudentielles actuelles.

Enfin, la possibilité de compenser conventionnellement, en dehors des conditions légales, est prévue par l'art. 1247.

A cette typologie distinguant entre ces trois compensations, est ajoutée une modalité particulière et autonome de compensation, celle des dettes connexes (§ II). Dans ce cas, la compensation, de quelque nature qu'elle soit (légale, judiciaire ou conventionnelle), peut produire ses effets en dehors des conditions posées au paragraphe I. Ce régime d'exception, très important en pratique, est désormais précisé aux articles 1248 et 1248-1, lesquels codifient les apports de la jurisprudence moderne.

SECTION 4. DE LA CONFUSION

Les articles 1249 et 1249-1 reprennent les dispositions des actuels articles 1300 et 1301, à un mot près. S'agissant des effets de la confusion, l'article 1249 prend le parti d'affirmer le caractère définitif de l'extinction opérée par la confusion, alors que la jurisprudence arbitre parfois en faveur d'une simple paralysie. La rédaction proposée renoue avec l'intention du codificateur de 1804, qui avait rangé la confusion parmi les causes d'extinction de l'obligation.

PHILIPPE THÉRY

De la consignation avec offre de paiement
(art. 1233 à 1236)

Même s'il est rare qu'un créancier refuse le paiement qui lui est dû, le Code doit permettre un paiement forcé à l'initiative du débiteur qui entend se libérer. Cette procédure est organisée autour des idées suivantes:

– Puisque la procédure peut mener à la libération du débiteur, il faut assurer le sérieux de l'offre de paiement en imposant au débiteur de consigner la chose due, de sorte que le créancier puisse la retirer sans formalité particulière.

– La libération du débiteur est acquise si le créancier, ayant eu connaissance de l'offre, ne l'a pas contestée. S'il n'est pas certain que l'offre est connue du créancier, la libération du débiteur passe par un contrôle du juge.

– Les textes distinguent selon la nature de la chose consignée. Lorsqu'il s'agit d'autres biens qu'une somme d'argent, ils pourront, en l'absence de retrait dans un délai raisonnable, être vendus à l'initiative du débiteur et leur prix consigné au profit du créancier.

– Enfin, il a paru équitable d'écarter la règle selon laquelle la reconnaissance de la dette interrompt la prescription. Il en résulte notamment que le débiteur pourra se faire restituer la chose consignée si le créancier a laissé s'écouler le délai de prescription.

HERVÉ SYNVEY

Opérations sur créances
(art. 1251 à 1282)

Le chapitre VI du projet de réforme est profondément neuf.

En la forme il regroupe, pour la première fois, des opérations jusqu'à présent dispersées: la cession de créance est traitée dans le Code civil actuel comme une variété de vente (art. 1689 et s.); la subrogation personnelle est rattachée au paiement (art. 1249 et s.); la novation est envisagée comme un mode d'extinction des obligations (art. 1271 et s.); la délégation est simplement évoquée, au détour des dispositions consacrées à la novation (art. 1275 et 1276). Or, considérées sous l'angle économique, ces opérations entretiennent des liens de parenté étroits: la créance y est considérée comme un élément d'actif, appelé à circuler ou à constituer la base de la création de nouveaux rapports d'obligation. Dans un Code civil rénové, il y a donc lieu d'organiser, de façon plus homogène, le commerce juridique des créances.

Au fond, le régime des quatre opérations évoquées est aujourd'hui marqué par l'obsolescence, ou pêche par insuffisance de précision. La circulation des créances constitue une partie non négligeable de l'économie moderne. Elle relève de l'activité quotidienne des professionnels de l'argent et du crédit. Ceux-ci ont un besoin impératif d'efficacité, de sécurité et de rapidité. Force est de reconnaître que les textes du Code civil présentent aujourd'hui, sous ce rapport, de préoccupantes insuffisances. En réponse, des régimes particuliers ont été mis en place, dans des lois spéciales puis dans d'autres codes. Si l'on souhaite que le Code civil ne devienne pas le conservatoire d'un répertoire ancien, mais constitue la base légale du commerce juridique en matière de créances, il faut proposer une rénovation profonde des solutions. C'est ce qui a été fait dans le présent projet.

S'agissant de la cession de créance, elle est conçue, non plus comme une variété de vente, mais, de façon plus abstraite et générale, comme "*une convention par laquelle le créancier, cédant, transmet tout ou partie de sa créance à un tiers cessionnaire*" (art. 1251). Tout acte à titre particulier est propre à cette fin. Cette définition, large, permet d'accueillir, sans difficulté, la cession à titre de garantie (art. 1257-1). Innovation majeure, qui permettrait au droit français de combler le retard qu'il a malheureusement pris par rapport à plusieurs de ses homologues européens.

Un deuxième élément de modernisation est la consécration de la possibilité de céder des créances futures ("*à naître*", dit l'article 1252: peu importe, par exemple, que le contrat dont procédera la créance ne soit pas encore conclu, ni même en projet, au moment de la cession). Et l'efficacité de l'opération est encouragée par l'indication qu'il suffit que l'acte de cession comporte les éléments permettant, le *moment venu*, l'identification de la créance cédée (art. 1252). Ce

sont ainsi les “flux de créances” dont la transmission pourra désormais être organisée, avec une bonne sécurité juridique, sous l’empire du Code civil.

La troisième nouveauté est l’abandon du trop célèbre article 1690. L’exigence d’une notification par acte extrajudiciaire (ou son substitut qu’est l’acceptation du débiteur dans un acte authentique) constituait une formalité lourde et, souvent, décourageante. Le système proposé est profondément différent. Il repose sur une règle de forme (“à peine de nullité, la cession de créance doit être constatée par écrit”: art. 1253) et une distinction. Aussi bien dans les rapports entre les parties qu’à l’égard des tiers, la transmission de la créance est acquise dès la conclusion de l’acte (art. 1254). Les formalités à fin d’opposabilité disparaissent. Une règle de preuve, relative à la date de l’acte (art. 1254, al. 2) permet de conjurer le risque d’antidate. En revanche, s’agissant de l’opposabilité de l’opération au débiteur cédé, une notification écrite (mais sans intervention nécessaire d’un officier public) est exigée: il faut que le débiteur sache, sans ambiguïté, entre les mains de qui il doit payer.

Si l’on ajoute à cela que l’article 1257 règle de façon précise la question, souvent contentieuse, de l’opposabilité des exceptions, il est permis de penser que le nouveau régime de la cession de créance répond aux besoins de ses utilisateurs et fera revenir dans le giron du droit commun des opérations qui l’avaient quitté.

Dans ses dispositions relatives à la subrogation personnelle, le projet de réforme constitue largement une œuvre de consolidation. Consolidation quant à la fonction de la subrogation: celle-ci est devenue un mécanisme de transmission des créances, concurrent de la cession, ce qui justifie le transfert de la matière de la section consacrée au paiement vers ce nouveau chapitre embrassant l’ensemble des opérations sur créances. La définition maintient toutefois le lien avec la tradition, en soulignant que la subrogation se produit au profit de celui qui paye (art. 1258). Consolidation également quant au régime: les cas de subrogation légale sont conservés à l’identique, même si l’ordre est modifié pour tenir compte de leur importance pratique respective (art. 1259); l’exigence de concomitance entre la subrogation et le paiement est assouplie, selon les chemins déjà tracés par la jurisprudence (art. 1260, al. 3); l’effet translatif est accusé, à la fois dans son étendue (créance et accessoires) et quant à l’opposabilité aux tiers (dispensée de formalité, y compris lorsqu’est en cause l’opposabilité du transfert des sûretés qui accompagnent la créance).

Le neuf concerne la subrogation “*ex parte debitoris*”. Tout d’abord, l’article 1261, al. 1er, du projet renverse la jurisprudence classique selon laquelle la subrogation ne se produit que si le paiement est fait par le subrogé lui-même, et non si le débiteur emprunte pour payer sa dette à un créancier disposé à

délivrer une quittance précisant l'origine des deniers. Ensuite, le second alinéa du même article tranche la question, discutée, des conditions auxquelles le débiteur peut imposer la subrogation au profit d'un nouveau prêteur, appelé à "refinancer" l'opération (à un taux naturellement plus favorable). Le respect de la force obligatoire des conventions a fourni le critère: encore faut-il, pour que le débiteur puisse subroger seul, que la dette soit échue ou que le terme soit en sa faveur.

La novation reçoit une définition qui, jusqu'à présent, lui faisait défaut. C'est "*une convention qui a pour objet de substituer à une obligation qu'elle éteint, une obligation différente qu'elle crée*" (art. 1265). Est ainsi mis en lumière l'effet s.substitutif de l'opération, qui s'oppose à l'effet translatif de la cession de créance et de la subrogation personnelle. Est également soulignée la nécessité d'une différence entre les deux obligations successives, même si, en cas de novation par changement d'objet, l'article 1266, 3°, indique qu'"*il y a novation quelle que soit la différence instituée entre l'ancienne et la nouvelle obligation*" (on espère que cette précision coupera court à une jurisprudence aléatoire sur les circonstances exclusives de novation).

La nouveauté du régime mis en place ne touche pas la classification proposée entre les différentes manières dont s'opère la novation (on retrouve la trilogie novation par changement de débiteur, novation par changement de créancier, novation par changement d'objet), ni l'exigence d'une volonté de nover dépourvue d'équivoque. Elle tient à la liberté reconnue aux parties d'organiser, par avance, la novation, pour en faire un instrument efficace de gestion des créances, susceptible de constituer une alternative utile à la cession. Deux dispositions sont à cet égard essentielles. L'article 1270, al. 1er, tout d'abord, selon lequel "*la novation par la substitution d'un nouveau créancier peut avoir lieu si le débiteur a, par avance, accepté que le nouveau créancier soit désigné par le premier*". L'article 1271, ensuite, par l'exception qu'il introduit à l'effet extinctif de la novation quant aux sûretés: "*à moins que ces dernières n'aient été ou ne soient expressément réservées du consentement de tous les intéressés*". Par la souplesse ainsi introduite, le droit français permettrait aux professionnels d'utiliser, à l'instar de leurs homologues sur des places concurrentes, la novation comme cadre juridique d'opérations de refinancement.

La délégation aurait sans doute pu continuer à s'épanouir dans la discrétion, à l'abri des rigidités qu'induit inévitablement l'intervention législative. Après tout, l'essentiel est ici la liberté contractuelle, qui est notamment appelée à s'exercer sur la détermination de l'objet de l'obligation du délégué. Il a néanmoins été jugé utile de fixer dans le Code civil les contours de l'institution, à la fois pour éviter les incertitudes liées à certaines discussions doctrinales et

pour combattre des initiatives jurisprudentielles peu propices à l'essor de la délégation. Dans cet esprit, l'article 1276 précise que *“la délégation est valable alors même que le dirigeant n'est pas débiteur du délégataire ou que le délégué n'est pas débiteur du délégant”*: on ne pourra nier, désormais, que le délégué ait la faculté de s'engager *“à découvert”*. La question de l'inopposabilité des exceptions est réglée prudemment, avec à la fois l'introduction de la notion d'*“engagement expressément stipulé indépendant”* et la réserve de la convention contraire aux solutions proposées. L'essentiel est le résultat: les parties pourront, par des clauses adéquates, priver le délégué de la possibilité de se prévaloir d'exceptions tenant à des rapports de droit étrangers à celui qui l'unit au délégataire, ce qui correspond à l'une des utilités de la délégation. L'article 1281, al. 1er, aux termes duquel *“l'engagement du délégué envers le délégataire rend indisponible la créance du délégant envers le délégué, qui ne peut être ni cédée ni saisie”* tire les conséquences de la rigueur particulière que peut revêtir l'obligation du délégué. Celui-ci ne doit pas être exposé à payer deux fois: d'abord à un cessionnaire ou à un créancier saisissant venant aux droits du délégant; ensuite au délégataire, auquel il ne pourrait opposer d'exception tirée de ses rapports avec le délégant. Est ainsi proposé un système cohérent, de nature à faire de la délégation un mécanisme sûr.

PHILIPPE STOFFEL-MUNCK

Preuve des obligations

(arts. 1283 à 1326-2)

Le projet de réforme n'apporte pas de bouleversement au chapitre des preuves. Les principes et distinctions guidant la matière depuis 1804 ont démontré leur valeur et s'ont ancrés dans la pratique sans soulever de difficultés majeures.

Nulle nécessité de toucher au fond n'existant, la prudence a commandé de s'abstenir de toute audace gratuite pour une question d'usage aussi quotidien. Ainsi, il a semblé préférable de renoncer à avancer une définition générale de la preuve ou à prendre position sur la question encore controversée de l'exigence de loyauté dans sa recherche. Cette prudence était d'autant mieux possible que la loi du 13 mars 2000 avait déjà fait œuvre de réforme, adaptant le Code aux nouvelles technologies et apportant plusieurs précisions importantes, spécialement quant à la notion d'écrit et de signature.

Sur le fond, le projet de réforme se borne donc à transposer l'acquis jurisprudentiel pour compléter le corps actuel des principes légaux ou à apporter quelques précisions mineures inédites, comme la soustraction de l'écrit électronique à la règle du double original (art. 1296).

Sur la forme, en revanche, une clarification est souvent apparue utile, tant à propos du plan du chapitre que sur le détail de ses dispositions.

Quant au fond, tout d'abord, le projet conserve donc les principes traditionnels:

- le mécanisme d'attribution du fardeau de la preuve reste le même (art. 1283);
- la distinction de la preuve des faits et des actes juridiques est maintenue (art. 1284);
- la définition de l'écrit et de la signature nécessaires à la preuve littérale est reprise de la loi du 13 mars 2000 (art. 1285 à 1286);
- le principe de la liberté de preuve des faits s'inscrit dans la loi (art. 1287), et l'exigence d'une preuve littérale des actes juridiques est conservée (art. 1306);
- la licéité des conventions sur la preuve est affirmée, conformément à la jurisprudence et sous certaines limites (art. 1289);
- la règle prétorienne indiquant que “nul ne peut se constituer titre à lui-même” passe dans la loi (art. 1299).

Sur la forme, ensuite, le projet remodèle le plan du chapitre consacré aux preuves de façon à mieux faire apparaître les grandes divisions intellectuelles de la matière. Il se compose de quatre sections.

La section première est consacrée aux “dispositions générales” (art. 1283 à 1290). Véritable “titre préliminaire”, il concentre les principes gouvernant l'ensemble de la preuve des obligations. Les autres sections règlent chaque mode de preuve à titre particulier.

La section deuxième définit les conditions de forme de la preuve par écrit, également dénommée preuve littérale, et fixe sa valeur (art. 1291 à 1305). Elle distingue classiquement le titre authentique de l'acte sous seing privé et règle le sort des copies et actes recognitifs. Cette section ne contient pas d'innovation particulière par rapport au droit positif, hormis la soustraction de l'écrit électronique à la règle du double original (art. 1296). Elle fixe en revanche plusieurs solutions jurisprudentielles. Est ainsi expressément indiqué que l'exigence d'une mention de la part de celui qui s'engage constitue une simple condition de preuve de l'acte (art. 1297).

La section troisième fixe le champ de l'exigence d'une preuve par écrit. Pour l'essentiel elle reprend les articles 1341 à 1348 du Code civil actuel, ajoutant simplement, conformément à la jurisprudence, que le commencement de preuve par écrit doit être complété (art. 1312).

La section quatrième détaille les règles propres aux présomptions, à l'aveu puis au serment. Elle ne contient pas d'innovation majeure au regard du droit positif, intégrant simplement au texte plusieurs solutions prétoriennes. Ainsi, se trouve reprise la jurisprudence admettant que les présomptions du fait de l'homme puissent résulter d'indices graves et précis *ou* concordants (art. 1318), cet article ajoutant que de telles présomptions sont toujours susceptibles de preuve contraire. Le mécanisme de la présomption légale est également précisé (art. 1317).

Sur la forme, également, le projet de réforme tente de clarifier certaines règles sans en toucher le sens. L'exemple le plus net en est la reformulation de la règle ancestrale portée à l'actuel article 1341 du Code civil. Là où celui-ci dispose que "il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret", le nouveau texte dispose plus simplement qu' "il doit être constitué une preuve par écrit des actes juridiques excédant une somme ou une valeur fixée par décret" (art. 1306); la notion de preuve par écrit étant précisément définie dans la section précédant celle qu'ouvre le nouvel article.

S'agissant des preuves, l'espoir des rédacteurs du projet est ainsi d'avoir clarifié le vocabulaire, les concepts et la formulation des règles, d'en avoir ordonné plus logiquement l'exposé et actualisé le fond par intégration de l'apport prétorien. Une meilleure compréhension du droit positif devrait en résulter, sans modification notable de son contenu tant les besoins de la pratique paraissent satisfaits en l'état actuel de la matière.

GÉRARD CORNU

Quasi-contrats
(art. 1327 à 1339)

Les quasi-contrats demeurent dans le projet, comme ils le sont dans le Code civil, une source d'obligation. Sans doute, ce point est-il, en législation, sujet à controverse. Mais, dans le parti législatif d'où le projet tire sa raison d'être et sa mesure, leur maintien allait de soi. Il aurait fallu adhérer à une ambition maximaliste qui n'est pas la sienne pour bouleverser la théorie des sources d'obligation au point d'en éliminer le quasi-contrat, entre le contrat et le délit. Aujourd'hui tout le monde sait que loin d'être obsolète, cette classification s'accorde avec la division majeure des actes juridiques et des faits juridiques que le tableau des sources présente en tête du projet (art. 1101 s.): d'un côté, les actes juridiques conventionnels, unilatéraux ou collectifs, de l'autre les faits juridiques dommageables ou profitables.

Justement, c'est la notion même de quasi-contrat telle qu'elle ressort de l'analyse lumineuse de JEAN CARBONNIER qui légitime —qui exige— son maintien. Ce n'est pas un fourre-tout. C'est un concept. De même que la juridiction gracieuse n'est plus tout ce qui n'est pas la juridiction contentieuse, mais, en parallèle, une fonction juridictionnelle définie, de même les quasi-contrats ne sont pas un amalgame de faits résiduels informes. Face au dommage causé sans droit, un avantage reçu sans droit: en ce point commun se rejoignent tous les quasi-contrats. D'où la définition générale donnée en premier (art. 1327). Au sein de cette catégorie générique, viennent naturellement s'ordonner les deux applications particulières spécifiques de la tradition, gestion d'affaires et paiement de l'indu, ainsi que, venant de la coutume, le principe général que nul ne doit s'enrichir sans cause au détriment d'autrui. L'ensemble est cohérent.

L'autre raison de ne pas bouleverser la matière est la valeur même des apports de la tradition et de l'interprétation. Le régime de la gestion d'affaires et celui du paiement de l'indu sont faits de solutions logiques et de bon sens. Les dispositions qui les énoncent sont, en grande partie, simples, claires et fermes. Beaucoup d'articles conservent leur teneur originaire. Quant à la théorie générale de l'enrichissement sans cause, diminutif moins ambitieux et plus raisonnable de la théorie ouverte de l'enrichissement injuste, et techniquement encadrée par la subsidiarité (art. 1338), elle sort directement de l'enseignement doctrinal et de la Jurisprudence. C'est la consécration d'un acquis, non d'une avancée imprudente.

Pourtant, la révision marque la matière de son empreinte. Sur de nombreux points elle a puisé dans l'interprétation régnante des solutions d'accord qui sont de véritables progrès. Que la gestion d'affaires puisse consister en des actes matériels et pas seulement en des actes juridiques (art. 1328), qu'elle puisse être entreprise non seulement dans l'intérêt exclusif d'autrui mais dans l'intérêt commun d'autrui et du gérant (art. 1329) sont d'heureuses extensions portées

par un consensus. Un autre consensus opportun est d'assimiler au paiement par erreur, le paiement sous la contrainte (art. 1332) ou l'abandon d'une sûreté à la suppression du titre (*ibid.*). D'autres retouches, dans le détail, mettent en relief des points décisifs. Notion clé, l'utilité de la gestion devait être exposée au premier rang des conditions de l'obligation du maître de l'affaire (art. 1328-3). La référence au corps certain devait remplacer celle – non pertinente – au bien meuble corporel dans l'article 1334 et l'hypothèse de la mauvaise foi avait à être envisagée et réglée à l'article 1334-1.

Cependant le projet contient de véritables innovations¹ : l'idée de tenir compte, dans l'indemnisation du gérant des pertes qu'il aurait subies, à l'exclusion de toute rémunération (art. 1328-1) et surtout le renvoi bien inspiré à l'enrichissement sans cause des actions du gérant qui ne répondent pas exactement aux conditions de la gestion d'affaires (art. 1329-1). Ce rachat subsidiaire montre bien le lien qui unit, dans l'ensemble des quasi-contrats, l'illustration spécifique de la gestion d'affaires et la théorie générale dotée d'une vocation résiduelle. Enfin, hors série, les règles de restitution sont étendues au cas où le paiement de ce qui était dû perd ensuite sa cause par l'effet d'une annulation ou d'une résolution. Ce cas sort de l'épuration. Le paiement n'était pas indu, mais il devient sans cause. Il entre ainsi dans la logique de l'absence de cause, ce qui justifie l'extension analogique.

L'observation en revient fondamentalement à l'unité de la matière. La figure traditionnelle de la gestion d'affaires apparaît bien dans la fidélité à ses origines et le droit fil de l'étymologie comme un quasi-mandat. Mais c'est la théorie de la cause qui, en dernière analyse, unit la trilogie. Le paiement est indu à la condition qu'il ne procède ni d'une intention libérale, ni d'une obligation naturelle, ni d'une autre cause (art. 1330 al. 2). Semblablement, l'enrichissement est sans cause lorsque (et parce que) la perte de l'appauvri ne procède ni de son intention libérale envers l'enrichi, ni de l'accomplissement d'une obligation dont il serait tenu envers lui en vertu de la loi, du jugement, du contrat ou de la poursuite d'un intérêt personnel (art. 1337). De son côté, la gestion du gérant d'affaires est sans titre. Ce fondement radical commun pourrait conduire à penser que, si l'on doutait de la légitimité de la cause en matière contractuelle, celle-ci pourrait trouver un appui dans les quasi-contrats, ce qui découvrirait un point de cohérence au cœur de la théorie générale des obligations. La présence de la cause dans le contrat répond à l'absence de cause dans le quasi-contrat.

1 Elles ont été retenues sur les suggestions de M. A. BENABENT.

Titre III
“Des obligations”

CHAPITRE PRELIMINAIRE
DE LA SOURCE DES OBLIGATIONS
(ART. 1101 À 1101-2)

Art. 1101*. Les obligations naissent d'actes ou de faits juridiques.

Certaines obligations naissent également de l'autorité seule de la loi, comme les obligations de voisinage et les charges publiques** dont il est traité dans les matières qui les concernent.

** C'est le emploi et l'élargissement de l'article 1370 c.civ. actuel.*

*** Ainsi la tutelle (v. art. 427 c.civ.).*

Art. 1101-1. Les actes juridiques sont des actes de volonté destinés à produire des effets de droit.

L'acte juridique conventionnel ou convention est l'accord conclu entre deux ou plusieurs personnes en vue de produire de tels effets.

L'acte juridique unilatéral est un acte accompli par une seule ou plusieurs personnes unies dans la considération d'un même intérêt en vue de produire des effets de droit dans les cas admis par la loi ou par l'usage.

L'acte juridique collectif est la décision prise collégalement par les membres d'une collectivité.

L'acte unilatéral et l'acte collectif obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les conventions.

Art. 1101-2. Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit.

Le fait qui procure à autrui un avantage auquel il n'a pas droit constitue un quasi-contrat. Les obligations qui en découlent sont régies par le Sous-titre Des quasi-contrats.

Le fait qui cause sans droit un dommage à autrui oblige son auteur à le réparer. Cette obligation est régie par le Sous-titre De la responsabilité civile.

Notes complémentaires sur le chapitre préliminaire:

1) Il fait sonner le mot source, ce qui n'est pas inutile.

2) Il met en perspective la division majeure des actes juridiques et des faits juridiques.

3) *De même que l'article relatif aux actes juridiques en distingue les trois espèces, de même l'article consacré aux faits juridiques distingue les faits dommageables et les quasi-contrats, et dans chaque ordre, la terminologie moderne est mise en correspondance avec les notions traditionnelles.*

4) *L'une et l'autre concernées, la responsabilité délictuelle et la responsabilité civile, contractuelle sont, dès ce moment, rapprochées sous couvert de la responsabilité, ce qui annonce un parti essentiel du projet.*

5) *Inspirée d'une suggestion de Carbone et d'une opposition scientifiquement exacte "dommage causé" sans droit, "avantage procuré" sans droit, la définition du quasi-contrat est ici dessinée dans ses éléments essentiels. La définition plus élaborée a sa place dans l'article 1327 du projet.*

6) *Les quasi-contrats ont leur place naturelle après les contrats (Sous-titre II), ce qui permet de mettre une certaine distance entre les contrats et l'ensemble regroupé des faits dommageables et manquements contractuels source de responsabilité civile.*

SOUS-TITRE I
DU CONTRAT ET DES OBLIGATIONS
CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL
(ART. 1102 À 1326-2)

CHAPITRE I
DISPOSITIONS GÉNÉRALES

SECTION I
DEFINITIONS
(ART. 1102 À 1103)

Art. 1102. Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à accomplir une prestation.

Art. 1102-1. Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.

Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci.

Art. 1102-2. Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties entend recevoir de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure.

Le contrat est à titre gratuit lorsque l'une des parties entend procurer à l'autre un avantage sans recevoir de contrepartie.

Art. 1102-3. Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit.

Il est aléatoire lorsque les parties, sans rechercher l'équivalence de la contrepartie convenue, acceptent une chance de gain ou de perte pour chacune ou certaines d'entre elles, d'après un événement incertain.

(Obs.: Il est tenu compte de l'article 1964).

Art. 1102-4. Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par la seule manifestation des consentements quel qu'en soit le mode d'expression.

Le contrat est solennel lorsque sa formation est subordonnée, à peine de nullité, à des formalités déterminées par la loi.

Art. 1102-5. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions, soustraites à la discussion, sont acceptées par l'une des parties telles que l'autre les avait unilatéralement déterminées à l'avance.

Un tel contrat peut, cependant, leur adjoindre des conditions particulières sujettes à négociation.

Art. 1102-6. Le contrat cadre est un accord de base par lequel les parties conviennent de négocier, nouer ou entretenir des relations contractuelles dont elles déterminent les caractéristiques essentielles.

Des conventions d'application en précisent les modalités d'exécution, notamment la date et le volume des prestations, ainsi que, le cas échéant, le prix de celles-ci.

Art. 1103. Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre.

Des règles particulières à certains contrats sont établies, soit sous les titres du présent Code relatifs à chacun d'eux, soit par d'autres codes et lois, notamment dans les matières touchant au corps humain, aux droits intellectuels, aux opérations commerciales, aux relations de travail et à la protection du consommateur.

Les contrats innommés sont soumis par analogie aux règles applicables à des contrats comparables, dans la mesure où leur spécificité n'y met pas obstacle.

SECTION 2
DE LA FORMATION DU CONTRAT
(ART. 1104 À 1107)

§ 1. De la négociation

Art. 1104. L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi.

L'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties.

Art. 1104-1. Les parties peuvent, par un accord de principe, s'engager à négocier ultérieurement un contrat dont les éléments sont à déterminer, et à concourir de bonne foi à leur détermination.

Art. 1104-2. Le régime des accords destinés à aménager le déroulement ou la rupture des pourparlers, est soumis aux dispositions du présent sous-titre.

§ 2. De l'offre et de l'acceptation

Art. 1105. La formation du contrat requiert la rencontre de plusieurs volontés fermes et précises de s'engager.

Art. 1105-1. L'offre est un acte unilatéral déterminant les éléments essentiels du contrat que son auteur propose à personne déterminée ou indéterminée, et par lequel il exprime sa volonté d'être lié en cas d'acceptation.

Art. 1105-2. L'offre peut être librement révoquée tant qu'elle n'est pas parvenue à la connaissance de son destinataire ou si elle n'a pas été valablement acceptée dans un délai raisonnable.

Art. 1105-3. L'offre devient caduque à défaut d'acceptation dans le délai fixé par son auteur, ainsi qu'en cas d'incapacité ou de décès de celui-ci survenu avant toute acceptation. Elle tombe également lorsque son destinataire la refuse.

Art. 1105-4. Cependant, lorsque l'offre adressée à une personne déterminée comporte l'engagement de la maintenir pendant un délai précis, ni sa révocation prématurée ni l'incapacité de l'offrant ni son décès ne peut empêcher la formation du contrat.

Art. 1105-5. L'acceptation est un acte unilatéral par lequel son auteur exprime la volonté d'être lié dans les termes de l'offre.

Une acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle.

Art. 1105-6. En l'absence de dispositions légales, d'aménagements conventionnels, d'usages professionnels ou de circonstances particulières, le silence ne vaut pas acceptation.

§ 3. De la promesse unilatérale de contrat et du pacte de préférence

Art. 1106. La promesse unilatérale de contrat est la convention par laquelle une partie promet à une autre, qui en accepte le principe, de lui donner l'exclusivité pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, mais pour la formation duquel fait seulement défaut le consentement du bénéficiaire.

La rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis.

Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la promesse, sous réserve des effets attachés aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi.

Art. 1106-1. Le pacte de préférence pour un contrat futur est la convention par laquelle celui qui reste libre de le conclure, s'engage, pour le cas où il s'y déciderait, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui.

Le promettant est tenu de porter à la connaissance du bénéficiaire toute offre relative au contrat soumis à préférence.

Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la préférence, sous réserve aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi.

§ 4. De la date et du lieu de formation

Art. 1107. Faute de stipulation contraire, le contrat devient parfait par la réception de l'acceptation; il est réputé conclu au lieu où l'acceptation est reçue.

CHAPITRE II
DES CONDITIONS ESSENTIELLES
POUR LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS

Art. 1108. Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:

- le consentement des parties contractantes;
- leur capacité de contracter;
- un objet qui forme la matière de l'engagement;
- une cause justifiant l'engagement.

S'y ajoute, pour l'acte accompli par le représentant d'une partie, le pouvoir d'agir au nom de celle-ci.

La forme des conventions est exposée aux articles 1127 et suivants.

(Note: Le terme “pouvoir” est polysémique, mais c’est au sein de la représentation qu’il apparaît dans son sens spécifique le plus pur (Carbonnier et Gaillard) au rang des conditions de validité de l’acte accompli par le représentant. Il mérite donc bien d’être annoncé à ce titre dans l’article 1108. C’est une condition occasionnelle (au cas de représentation) mais, dans cette hypothèse, elle est essentielle.

La notion de pouvoir apparaît aussi sur la tête de la personne capable qui agit elle-même. Mais c’est une autre notion, et, comme condition, elle est distribuée, dans chaque institution, par les règles qui la gouvernent. Exemple: les “pouvoirs” des époux en vertu des régimes matrimoniaux, les “pouvoirs” du propriétaire, de l’usufruitier, du détenteur précaire, etc. Au titre des conventions en général, ce n’est pas une condition générale de validité. On en fait abstraction).

SECTION I

DU CONSENTEMENT

(ART. 1109 A 1115-1)

SOUS-SECTION 1 :

DE L’EXISTENCE DU CONSENTEMENT

Art. 1109. Pour faire une convention valable, il faut être sain d’esprit.

C’est à celui qui agit en nullité de prouver l’existence d’un trouble mental au moment de l’acte.

Art. 1109-1. Il n’y a point de consentement lorsque les volontés ne se sont pas rencontrées sur les éléments essentiels du contrat.

Art. 1109-2. L’absence de consentement entache la convention de nullité relative.

SOUS-SECTION 2 : DE LA QUALITÉ DU CONSENTEMENT

§ 1. De l’intégrité du consentement

Art. 1110. Celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l’importance déterminante pour l’autre a l’obligation de le renseigner.

Cette obligation de renseignement n’existe cependant qu’en faveur de celui qui a été dans l’impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties.

Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation.

Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat.

Art. 1110-1. Le manquement à une obligation de renseignement, sans intention de tromper, engage la responsabilité de celui qui en était tenu.

Art. 1110-2. Dans certaines conventions déterminées par la loi, le consentement ne devient définitif et irrévocable qu'à l'expiration d'un délai de réflexion ou de repentir.

Le délai de réflexion est celui jusqu'à l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut consentir efficacement au contrat.

Le délai de repentir est celui jusqu'à l'expiration duquel il est permis au destinataire de l'offre de rétracter discrétionnairement son consentement au contrat.

§ 2. *Des vices du consentement*

Art. 1111. Il n'y a pas de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été surpris par dol ou extorqué par violence.

(*Art. 1109 c.civ.*).

Art. 1111-1. L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties ou son représentant n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes.

Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances.

Art. 1112. L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance de la chose qui en est l'objet ou sur la personne du contractant.

Art. 1112-1. L'erreur sur la substance de la chose s'entend de celle qui porte sur les qualités essentielles en considération desquelles les deux parties ont contracté, ou, semblablement, l'une d'elles, à la connaissance de l'autre.

Elle est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie.

L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la chose exclut l'erreur relative à cette qualité.

Art. 1112-2. L'erreur sur la personne s'entend de celle qui porte sur des qualités essentielles du cocontractant.

Elle n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne.

Art. 1112-3. L'erreur sur la substance ou sur la personne est une cause de nullité, qu'elle soit de fait ou de droit, à moins qu'elle ne soit inexcusable.

Art. 1112-4. Lorsque, sans se tromper sur les qualités essentielles de la chose, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, cette erreur sur la valeur n'est pas, en soi, une cause de nullité.

Art. 1112-5. L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la chose ou de la personne, n'est une cause de nullité que si les parties en ont fait expressément un élément déterminant de leur consentement.

Art. 1113. Le dol est le fait pour un contractant de surprendre le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.

(Obs.: Reprise du verbe de l'article 1111 –1109 c.civ.–).

Art. 1113-1. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par un contractant d'un fait qui, s'il avait été connu de son cocontractant, l'aurait dissuadé de contracter, au moins aux conditions convenues.

Art. 1113-2. Le dol est semblablement constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du cocontractant, ou même d'un tiers sous l'instigation ou avec la complicité du cocontractant.

Art. 1113-3. L'erreur provoquée par le dol est toujours excusable. Elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la chose qui en est l'objet ou sur un simple motif du contrat.

Art. 1114. Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable.

Art. 1114-1. La menace d'une voie de droit ne constitue une violence qu'en cas d'abus. L'abus existe lorsque la voie de droit est détournée de son but ou brandie pour obtenir un avantage manifestement excessif.

Art. 1114-2. La violence vicie le consentement de la partie qui s'oblige, qu'elle ait été exercée par l'autre ou par un tiers, et non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante mais encore lorsqu'elle l'a été sur son conjoint ou sur l'un de ses proches.

La seule crainte révérencielle envers le père, la mère ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat.

(Obs.: C'est le remploi de trois articles actuels: 1111, 1113, 1114).

Art. 1114-3. Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif.

La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique.

Art. 1115. La convention contractée par erreur, dol ou violence donne ouverture à une action en nullité relative.

Indépendamment de l'annulation du contrat, la violence, le dol ou l'erreur qui cause à l'une des parties un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Les actions fondées sur un vice du consentement procèdent d'une seule et même cause qui les rend fongibles.

Art. 1115-1. Le délai de l'action en nullité ne court dans les cas de violence que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts.

SECTION 2

DE LA CAPACITÉ DES PARTIES CONTRACTANTES

ET DU POUVOIR D'AGIR AU NOM D'AUTRUI

(ART. 1116 À 1120-2)

§ 1. De la capacité de jouissance

(Note: Il y a lieu de mettre l'accent sur la capacité des parties contractantes en marquant la division entre la capacité de jouissance et la capacité d'exercice – § 2 – et, comme l'accessoire joint au principal, le pouvoir d'agir au nom d'autrui – § 3 –).

Art. 1116. Pour être valable un engagement requiert, en la personne du contractant, la capacité de jouissance, aptitude à être titulaire d'un droit.

(Note: Plus léger, le parti d'inclure une définition au fil de la phrase s'inspire du précédent exemplaire de la définition de la tutelle – art. 427 –. L'essentiel est de donner une idée de la capacité de jouissance comme participation à l'activité juridique).

Art. 1116-1. Toute personne physique possède, en tant que sujet de droit, une capacité de jouissance générale.

Celle-ci n'est restreinte que par les incapacités et interdictions particulières établies par la loi relativement à certains actes.

Art. 1116-2. Ainsi il est interdit, sauf autorisation de justice, à quiconque exerce une fonction ou occupe un emploi dans un établissement hébergeant des personnes dépendantes ou dispensant des soins psychiatriques de se rendre acquéreur d'un bien ou cessionnaire d'un droit appartenant à une personne admise dans l'établissement, non plus que de prendre à bail le logement occupé par cette personne avant son admission dans l'établissement.

Pour l'application du présent article, sont réputées personnes interposées, le conjoint, les ascendants et les descendants des personnes auxquelles s'appliquent les interdictions ci-dessus édictées.

(Obs.: art. 1125-1 actuel).

Art. 1116-3. Les personnes morales sont dotées d'une capacité de jouissance spéciale.

Celle-ci recouvre les actes utiles à la réalisation de leur objet, tel qu'il est défini par les statuts, dans le respect des règles applicables à la personne morale considérée, ainsi que les actes qui sont les accessoires des précédents.

(Note: Par opposition à "possède" (pour les personnes physiques, art. 1119 ci-dessus), il peut être intéressant de faire sonner le terme "dotées" pour les personnes morales).

Art. 1116-4. La capacité de jouissance des personnes futures est réglée aux titres Des successions et Des libéralités du présent Code.

Art. 1116-5. L'incapacité de jouissance ou l'interdiction atteignant l'une des parties à un contrat en cours d'exécution rend ce contrat caduc, à moins qu'il ne puisse être mené à bonne fin par les autres parties.

§ 2. De la capacité d'exercice

Art. 1117. Toute personne physique qui n'est pas déclarée incapable par la loi, peut contracter par elle-même sans assistance ni représentation.

(Note: Il paraît nécessaire d'énoncer, pour les personnes physiques, ce qu'est la capacité d'exercice. C'est le principe).

Une personne physique peut passer tout acte propre à organiser la protection et la gestion de ses intérêts pour le cas où elle deviendrait incapable d'exercer ses droits, dans le respect des principes énoncés au Livre premier du présent Code.

Art. 1117-1. Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi:

- les mineurs non émancipés;
- les majeurs protégés au sens de l'article 490 du présent Code.

(Obs.: art. 1124 c.civ. actuel).

Art. 1117-2. La personne protégée par une incapacité d'exercice peut néanmoins, agissant seule, accomplir les actes nécessaires à la conservation de ses droits, les actes spécifiés par la loi ainsi que les actes courants autorisés par l'usage.

(Note: C'est l'exception à l'exception – d'où l'ordre des articles –).

Elle peut aussi, si elle jouit d'un discernement suffisant, passer les conventions relatives à sa personne et à celle de ses enfants, dans le respect des dispositions figurant au Livre premier du présent code ou dans des lois particulières.

Toutefois, les conséquences patrimoniales de ces conventions relèvent du régime de protection applicable à la partie protégée.

Art. 11173. Le mineur ne peut se soustraire aux engagements qu'il a pris dans l'exercice de sa profession, ni aux obligations qui résultent de son délit ou quasi-délit.

La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait pas obstacle à la restitution.

(Obs.: cf. art. 1306 à 1310 actuels c.civ.).

Art. 1117-4. Le mineur n'est plus recevable à contester l'engagement qu'il avait souscrit pendant sa minorité, lorsqu'il l'a ratifié une fois majeur, que cet engagement fût nul ou seulement sujet à restitution.

Art. 1117-5. Les restitutions dues à un incapable sont réduites à proportion du profit qu'il a retiré de l'acte annulé.

(Obs.: art. 1312 c.civ. modifié).

Art. 1118. La simple lésion, lorsqu'elle ne résulte pas d'un événement casuel et imprévu, donne lieu à rescision contre toutes sortes de conventions, en faveur du mineur non émancipé et du majeur protégé dans les cas prévus aux articles 491-2 et 510-3 du présent Code.

Le rachat de la lésion peut toujours être proposé par la partie qui a bénéficié de la convention.

(Obs.: Comparer art. 1305 c.civ. actuel)

Art. 1118-1. Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité de ceux avec qui elles ont contracté, lorsque cette incapacité est destinée à assurer leur protection.

(Obs.: art. 1125 c.civ. actuel modifié).

Ces mêmes personnes peuvent faire obstacle à une action en nullité relative ou en rescision engagée contre elles, en montrant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a tourné à son profit.

Elles peuvent aussi opposer à l'action en nullité ou en rescision la ratification de l'acte par le cocontractant devenu ou redevenu capable.

Art. 1118-2. Lorsque l'incapacité d'exercice est générale, la loi assure la représentation ou l'assistance de la personne protégée.

Art. 1118-3. Les personnes capables de contracter peuvent conférer à un tiers pouvoir de les représenter.

Art. 1118-4. Les personnes morales contractent par l'intermédiaire de leurs représentants.

§ 3. Du pouvoir d'agir au nom d'autrui

Art. 1119. Les conventions conclues par ceux qui ont reçu de la loi, du juge ou d'une convention mission de représenter une partie contractante obéissent à une condition complémentaire.

(Note: C'est le rappel de l'article 1108 dans la version proposée).

Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la sphère des actes qui entrent dans la capacité de jouissance du représenté et dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés.

Art. 1119-1. Le représenté est seul engagé par les actes accomplis par le représentant dans la limite de ses pouvoirs.

Mais le représentant répond des fautes qu'il a pu commettre dans l'exercice de ces pouvoirs, notamment s'il en résulte une cause de nullité de l'acte accompli au nom du représenté.

Art. 1119-2. Lorsque la mission du représentant est conçue en termes généraux, elle n'embrasse que les actes d'administration.

Lorsqu'elle est conçue en termes exprès, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire.

Art. 1119-3. L'acte accompli par un représentant hors de ses pouvoirs est nul. Le représenté peut toutefois le confirmer, s'il en a la capacité.

Les mêmes règles s'appliquent à l'acte par lequel le représentant se rend coupable d'un détournement de pouvoir au détriment du représenté, à moins que le tiers n'ait contracté de bonne foi.

Art. 1120. L'établissement d'une représentation légale ou judiciaire dessaisit pendant sa durée le représenté des pouvoirs transférés au représentant.

La représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits, sous réserve de son devoir de loyauté envers son représentant.

(Note: L'adjonction de cette réserve est prudente).

Art. 1120-1. Il est interdit au représentant d'agir au nom et pour le compte des deux parties au contrat, ou de contracter lui-même avec le représenté, à moins que la loi ne l'autorise ou ne permette au juge de l'autoriser.

L'interdiction pourrait être autrement levée, par l'accord exprès du représenté ou, dans le cas d'un groupement, par une décision licite de ses membres.

Art. 1120-2. Le représentant ne peut entreprendre ou poursuivre la mission à laquelle il est appelé s'il est atteint d'une incapacité ou frappé d'une interdiction.

Il ne peut la poursuivre en cas de révocation conventionnelle ou judiciaire de sa mission.

SECTION 3

DE L'OBJET

(ART. 1121 À 1122-3)

Art. 1121. Le contrat a pour objet une chose dont une partie s'engage à céder la propriété ou à concéder l'usage, ou qu'elle s'oblige à faire ou à ne pas faire. La détention de la chose peut être également transférée sans qu'en soit concédé l'usage, notamment à titre de dépôt ou de garantie (1).

(Note 1: Cet alinéa est dans le prolongement de l'article 1127 actuel: "Le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être, comme la chose même, l'objet du contrat", mais il

est plus exact. Car si l'usage peut ainsi être l'objet du contrat (sa concession), la possession, res facti et non res juris ne peut l'être. Le texte désigne en réalité la détention (et le terme est d'autant plus riche qu'il implique l'obligation de restitution). Dans la version proposée, la détention est un point commun aux contrats qui la concèdent avec l'usage – bail, prêt à usage; cf. plus loin, art. 1146, 1155 s., les obligation de donner à usage – et aux contrats qui confèrent la détention sans droit d'usage – gage, dépôt –).

Les prestations ainsi convenues caractérisent le contrat comme déclaratif, constitutif, translatif ou extinctif de droits et d'obligations.

Est réputée non écrite, toute clause inconciliable avec ces éléments essentiels.

(Observation générale: Il est utile de conserver les notions et les termes traditionnels – chose, donner, faire, ne pas faire, matière de l'engagement, commerce – mais en les mettant en correspondance avec l'usage actuel – prestations, éléments essentiels, ces termes et expressions revenant d'ailleurs dans maints autres textes –. Tout le réseau est cohérent).

Art. 1121-1. Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet d'une convention.

Art. 1121-2. La chose qui forme la matière de l'engagement doit être licite.

Elle doit être possible et exister au moment de la formation du contrat.

Néanmoins, les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.

Art. 1121-3. L'obligation doit avoir pour objet une chose déterminée ou déterminable, à la condition que, dans ce dernier cas, l'étendue de l'engagement ne soit pas laissée à la seule volonté de l'une des parties.

Art. 1121-4. Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, il peut toutefois être convenu que le prix des prestations offertes par le créancier sera déterminé par celui-ci lors de chaque fourniture, fût-ce par référence à ses propres tarifs, à charge pour lui, en cas de contestation, d'en justifier le montant à première demande du débiteur faite par écrit avec avis de réception.

Art. 1121-5. Si l'étendue d'une obligation de faire n'est pas déterminée au moment du contrat, ni déterminable ultérieurement selon des critères extérieurs à la volonté des parties, le prix peut, après l'exécution, en être fixé par le créancier à charge, pour celui-ci, en cas de contestation, d'en justifier le montant à première demande du débiteur faite par écrit avec avis de réception.

Art. 1121-6. Dans les cas prévus aux deux articles qui précèdent, le débiteur qui n'a pas obtenu de justification dans un délai raisonnable pourra se libérer en consignat le prix habituellement pratiqué.

Art. 1122. L'illicéité de l'objet entache la convention de nullité absolue.

L'absence d'objet est sanctionnée par une nullité relative.

Art. 1122-1. Le défaut d'équivalence entre les prestations convenues dans un contrat commutatif n'est pas une cause de nullité, hormis le cas où la loi admet la rescision du contrat pour cause de lésion.

Art. 1122-2. Cependant, la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée.

(Obs.: Le dernier membre de la phrase est inspiré par les principes Landö).

Art. 1123. Le défaut d'équivalence entre les prestations convenues dans un contrat commutatif, qui survient au cours de l'exécution du contrat, relève des dispositions figurant au chapitre 3 du présent titre, relatif à l'effet des conventions.

SECTION 4
DE LA CAUSE
(ART. 1124 À 1126-1)

Art. 1124. La convention est valable quand l'engagement a une cause réelle et licite qui le justifie.

Art. 1124-1. L'absence de cause est sanctionnée par une nullité relative de la convention. L'illicéité de la cause entache celle-ci de nullité absolue.

Art. 1124-2. La convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée.

Il incombe à celui qui conteste la cause implicite d'en prouver l'absence ou l'illicéité.

Art. 1125. L'engagement est sans justification, faute de cause réelle, lorsque, dès l'origine, la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire.

(Note: Le terme "convenue" comprend la référence au contenu du contrat – son économie –).

Est réputée non écrite toute clause inconciliable avec la réalité de la cause.

Art. 1125-1. L'engagement de restituer une chose ou une somme d'argent à pour cause la remise de la chose ou des fonds à celui qui s'oblige.

Lorsque la valeur fournie est d'un montant inférieur à celui de l'engagement, ce dernier doit être réduit à la mesure de sa cause, à moins que cette différence ne soit justifiée dans la convention.

Art. 1125-2. L'engagement pris en contrepartie d'un avantage convenu au profit d'un tiers a pour cause cet avantage, indépendamment de l'intérêt moral ou matériel que celui qui s'oblige peut y trouver pour lui-même.

Art. 1125-3. Les contrats aléatoires sont dépourvus de cause réelle lorsque, dès l'origine, l'absence d'aléa rend illusoire ou dérisoire pour l'un des contractants la contrepartie convenue.

Art. 1125-4. Il n'y a pas de donation ni de testament à défaut d'intention libérale.

Les libéralités sont dépourvues de cause réelle en l'absence du motif sans lequel leur auteur n'aurait pas disposé.

Art. 1126. L'engagement est sans justification, faute de cause licite, lorsqu'il est contracté, par l'une au moins des parties, dans un but contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs, ou, plus généralement, à une règle impérative.

(Note: cf. art. 1162-3).

Art. 1126-1. La partie qui contracte dans un but illicite* a l'insu de l'autre doit l'indemniser de tout préjudice causé par l'annulation du contrat.

Toute réclamation est exclue quand les deux parties avaient connaissance de la illicéité.

* *Illicéité comprend immoralité dans la disposition qui précède.*

SECTION 5
DE LA FORME
(ART. 1127 À 1128-2)

§ 1. *Dispositions générales*

Art. 1127. En principe, les conventions sont parfaites par le seul consentement des parties, sous quelque forme qu'il soit exprimé.

Art. 1127-1. Par exception, les actes solennels sont assujettis à l'observation de formalités déterminées par la loi, et dont l'inobservation est sanctionnée par l'annulation de l'acte, à moins que celui-ci ne puisse être régularisé.

Art. 1127-2. Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues au chapitre sept du présent Titre.

Dans le cas où une mention manuscrite est requise de la part de celui qui s'oblige, il peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui.

Art. 1127-3. Il est fait exception aux dispositions de l'article précédent pour les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions et pour les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession.

Art. 1127-4. Le régime de l'action en nullité pour défaut ou vice de forme, lorsqu'il n'est pas déterminé par la loi, dépend de la nature des intérêts que la forme vise à protéger.

Art. 1127-5. Les formes requises aux fins de preuve ou d'opposabilité sont sans effet s. sur la validité des conventions.

Art. 1127-6. Les conventions qui ont pour objet de modifier une convention antérieure ou d'y mettre fin sont soumises aux mêmes règles de forme que celle-ci, à moins qu'il n'en soit autrement disposé ou convenu.

§ 2. De la forme des contrats électroniques

Art. 1128. Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait.

L'offre énonce en outre:

- 1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique;
- 2° Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger;
- 3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat;
- 4° En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé;
- 5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre.

(Art. 1369-1 c.civ. inchangé).

Art. 1128-1. Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation.

L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée.

La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès.

(Art. 1369-2 c.civ. inchangé).

Art. 1128-2. Il est fait exception aux obligations visées aux 1^o à 5^o de l'article 1369-1 et aux deux premiers alinéas de l'article 1369-2 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques.

Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions de l'article 1369-2 et des 1^o à 5^o de l'article 1369-1 dans les conventions conclues entre professionnels.

(Art. 1369-3 c.civ. modifié).

SECTION 6
DES SANCTIONS
(ART. 1129 À 1133)

§ 1. *De la nullité*

Art. 1129. La convention qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nulle.

Art. 1129-1. La nullité est dite absolue ou d'ordre public lorsque la règle violée est ordonnée à la sauvegarde de l'intérêt général.

Elle est dite relative ou de protection lorsque la règle violée est ordonnée à la sauvegarde d'un intérêt privé. Toutefois, lorsque l'intérêt privé procède d'une valeur fondamentale, comme la protection du corps humain, la nullité revêt un caractère absolu.

(Note: Les termes "absolu" et "relatif" ont tellement de sens différents qu'il peut être utile de les éclairer par un équivalent d'usage et de les introduire par le mot "dite").

Art. 1129-2. La nullité absolue peut être invoquée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le Ministère public; elle peut aussi être relevée d'office par le juge.

La nullité absolue ne peut être couverte par la confirmation de l'acte; celui-ci doit être refait.

(Note: A l'article 1131-2: harmonisation avec le Code de procédure civile: les parties "soulèvent", le juge "relève").

Art. 1129-3. La nullité relative ne peut être invoquée que par celui que la loi entend protéger. Le titulaire de l'action peut y renoncer et confirmer la convention.

Art. 1129-4. L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en nullité, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée.

A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée.

La confirmation, ratification, ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers.

(Art. 1138 c.civ. modifié).

Si l'action en nullité appartient à plusieurs titulaires, la renonciation de l'un n'empêche pas les autres d'agir.

Art. 1129-5. Celui dont dépend la confirmation ou la ratification peut être mis en demeure par l'autre partie soit de confirmer ou ratifier, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois, à peine de forclusion.

Art. 1129-6. Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs, nulle en la forme; il faut qu'elle soit refaite en la forme légale.

(Art. 1139 c.civ. inchangé).

La confirmation ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception.

(Art. 1140 c.civ. inchangé).

Art. 1130. L'action en nullité absolue se prescrit par dix ans et l'action en nullité relative par trois ans, à moins que la loi n'en ait disposé autrement.

L'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à une convention qui n'a reçu aucune exécution.

Art. 1130-1. La nullité est prononcée par le juge, à moins que les parties à l'acte ne la constatent d'un commun accord.

Art. 1130-2. Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une clause de la convention, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette clause a constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles.

La convention est maintenue si la finalité de la règle violée exige son maintien ou si la loi répute non écrite une clause qui, dès lors, ne lie pas le débiteur.

Les mêmes règles s'appliquent au cas où la nullité n'affecte qu'une partie de l'acte.

Art. 1130-3. La convention nulle est censée n'avoir jamais existé.

Les prestations exécutées donnent lieu à restitution en nature ou en valeur, selon les distinctions énoncées aux articles 1161 à 1164-7.

§ 2. *De la caducité*

Art. 1131. La convention valablement formée devient caduque par la disparition de l'un de ses éléments constitutifs ou la défaillance d'un élément extrinsèque auquel était subordonnée son efficacité.

La caducité produit effet, suivant les cas, rétroactivement ou pour l'avenir seulement.

(Obs.: S'applique à l'acte unilatéral – cf. art. 1101 in fine –).

§ 3. *De l'inopposabilité*

Art. 1132. La convention qui ne remplit pas toutes les conditions de sa pleine efficacité à l'égard des tiers leur est inopposable.

Art. 1132-1. L'inopposabilité est relative. N'annulant pas la convention elle-même, elle en neutralise les effets à l'égard des personnes qui sont en droit de ne pas en souffrir, à charge pour elles d'établir la circonstance qui justifie cette inefficacité, comme par exemple la commission d'une fraude ou le défaut de publication d'un acte.

§ 4. De la régularisation

Art. 1133. Lorsque la loi l'autorise, la régularisation restitue son plein effet à un acte par la suppression de l'imperfection qui l'affecte ou par l'accomplissement de la formalité requise.

CHAPITRE III
DE L'EFFET DES CONVENTIONS

SECTION I
DISPOSITIONS GÉNÉRALES
(ART. 1134 ET 1135)

Art. 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être modifiées ou révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour des raisons que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

Art. 1134-1. Les parties peuvent, aux conditions de leur convention, de l'usage ou de la loi*, se réserver la faculté de se dédire ou l'accorder à l'une d'elles**.

**La faculté de dédit est ici supposée résulter d'une clause mais son exercice est assujéti à des conditions que déterminent, selon les cas, la loi, l'usage ou la convention.*

*** La faculté de dédit est, en général, unilatérale. Rien n'exclut cependant qu'elle soit à l'occasion établie réciproquement.*

Art. 1135. Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

(Obs.: art. 1135 actuel c.civ.).

On doit, notamment, suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées.

(Obs.: C'est l'article 1160 actuel, qui paraît mieux venu dans le sillage de l'article 1135).

Art. 1135-1. Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait

que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles.

Art. 1135-2. A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation.

Art. 1135-3. Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre Ier du présent titre.

Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage.

(Obs.: Ces textes éludent l'imprévision et s.e bornent à une référence aux circonstances – cf. art. 900-2 c.civ. –. Ils sont fondés sur la perte de l'intérêt au contrat: étant dans le titre onéreux cette formule paraît plus adaptée à la situation que celle de l'article 900-2. Ils sont en cohérence avec les dispositions préliminaires du chapitre 1 relatives à la négociation).

SECTION 2

DE L'INTERPRÉTATION ET DE LA QUALIFICATION

(ART. 1136 À 1143)

§ 1. De l'interprétation

Art. 1136. On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

(Note: Il est essentiel de maintenir en alinéa de tête, la disposition actuelle de l'article 1136, pilier et règle mémorable qui a la force coutumière d'un adage. Elle proclame le principe de l'interprétation, le principe exégétique que l'esprit l'emporte sur la lettre.

Ce choix fondamental est d'autant plus précieux, que sans méconnaître les différences spécifiques, la lecture de la loi contractuelle a toujours été considérée – et aujourd'hui encore – comme le modèle de celle de la loi étatique –au moins en première lecture –)

On doit semblablement dans l'acte unilatéral, faire prévaloir l'intention réelle de son auteur.

(Note: Sous-entendu sur le sens littéral, mais cela est compris dans le semblablement).

Dans l'interprétation d'une décision collégiale, on doit faire prévaloir le sens le plus conforme à l'intérêt commun des membres de la collectivité.

Art. 1137. Toutes les clauses des contrats s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier.

Dans l'ensemble contractuel qu'ils forment, les contrats interdépendants s'interprètent en fonction de l'opération à laquelle ils sont ordonnés.

Art. 1138. Les clauses claires et précises ne sont pas sujettes à interprétation, à peine de dénaturation de l'acte.

Art. 1138-1. Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter.

(Obs.: art. 1163 c.civ. inchangé).

Art. 1138-2. Lorsque dans un contrat on a exposé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés.

(Obs.: art. 1164 c.civ. inchangé).

(Note: Il est essentiel de maintenir le parallèle historique entre ces deux dispositions complémentaires, relatives à deux maladroites de rédaction: énoncé trop général ou énoncé trop particulier...).

Art. 1139. Le contrat s'interprète en raison et en équité.

Art. 1139-1. Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.

(Obs.: art. 1157 c.civ. inchangé).

Art. 1139-2. Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat.

(Obs.: art. 1158 c.civ. inchangé)

Art. 1139-3. Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le lieu où le contrat est passé et par la pratique des parties.

Art. 1140. Dans le doute, le contrat s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.

Art. 1140-1. Toutefois, lorsque la loi contractuelle a été établie sous l'influence dominante d'une partie, on doit l'interpréter en faveur de l'autre.

Art. 1141. L'interprétation du contrat se fonde sur l'analyse de l'ensemble de ses éléments. La méconnaissance de ses éléments essentiels constitue une dénaturation.

(Note: C'est un classique: jurisprudence constante, mais sous un énoncé plus législatif. On ne peut reprendre dans la loi le développement jurisprudentiel qui place l'interprétation du contrat sous l'appréciation souveraine des juges du fond, et la dénaturation, erreur de droit, sous la censure de la Cour de cassation. Un tel développement se place en effet sous le rapport de la répartition du pouvoir juridictionnel entre les juges du fait et le juge du droit. La disposition proposée dit la même chose, mais en donnant l'explication fondamentale de la répartition, en somme, pourquoi l'interprétation est appréciation de fait et pourquoi la dénaturation erreur de droit. Ce qui relève du fond, du droit civil – pur –.

L'intérêt de cette disposition est de faire consonner la règle qu'elle énonce avec la définition de l'objet du contrat – même référence aux éléments essentiels du contrat, à la nature, réseau central cohérent –. Cf. art. 1124).

§ 2. De la qualification

(Note: La qualification peut intervenir à trois niveaux. Lorsque les parties donnent elles-mêmes une dénomination à leur accord, il y a lieu de prendre en considération, comme donnée de base, cette qualification conventionnelle. Dans le cas particulier que réserve l'article 12 alinéa 3 du Code de procédure civile, elle s'impose même au juge: il en est ainsi lorsque, "en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition", elles lient le juge par la dénomination qu'elles ont choisie. En ce dernier cas, la qualification originale est seule à considérer.

En dehors de ce cas, il entre dans l'office du juge – c'est un devoir – soit de qualifier le contrat litigieux lorsque les parties n'ont rien prévu, soit dans le cas contraire, de restituer à la convention litigieuse sa véritable qualification, "sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée" si elle est inexacte – art. 12 préc. al. 2 –.

La qualification ou la requalification émane alors des juges du fond. Sous le contrôle de la Cour de cassation, cette qualification juridictionnelle peut être censurée pour erreur de droit.

Si l'on fait abstraction des règles de droit processuel, le point de droit substantiel qui a sa place dans le Code civil est de préciser sur quels critères de fond repose le contrôle juridictionnel de la qualification – et donc également celle-ci –: il se fonde sur les éléments essentiels du contrat, plus précisément sur les éléments essentiels que, dans la réalité, les parties ont donné pour base à leur accord).

Art. 1142. Lorsque les parties ont donné à leur accord une dénomination, il y a lieu de la suivre.

Lorsqu’elle est inexacte, le juge redresse cette qualification hors le cas où elle s’impose à lui. Il se fonde pour requalifier sur les éléments que les parties, dans la réalité, ont donné pour base à leur accord.

(Cf. N.C.P.C. art. 12, al. 3: “Toutefois, il – le juge – ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d’un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l’ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat”).

Art. 1142-1. S’il advient que le contrat soit modifié dans l’un de ses éléments essentiels, il y a lieu de lui donner la qualification nouvelle qui en découle.

Art. 1143. L’acte nul faute de répondre aux conditions de la validité correspondant à la qualification choisie par les parties subsiste, réduit, s’il répond aux conditions de validité d’un autre acte dont le résultat est conforme à leur volonté.

(Note: C’est une application de la maxime potius ut valeat, ici par voie de requalification).

SECTION 3 DE DIVERSES ESPECES D’OBLIGATIONS (ART. 1144 À 1151)

Art. 1144. L’obligation de faire a pour objet une action, comme la réalisation d’un ouvrage ou une prestation de services, ainsi dans l’entreprise ou le louage de services; celle de ne pas faire une abstention, ainsi de la non-concurrence, du non-rétablissement, de la non-divulgarion ou de la non-construction.

Art. 1145. L’obligation de donner a pour objet l’aliénation de la propriété ou d’un autre droit, comme dans la vente, la donation, la cession de créance ou la constitution d’usufruit.

Art. 1146. L’obligation de donner à usage a pour objet la concession de l’usage d’une chose à charge de restitution, comme dans le bail ou le prêt à usage; elle n’a pas lieu dans les conventions qui concèdent la détention sans droit d’usage, comme le gage et le dépôt.

(Note: L’obligation de donner à usage ne se réduit ni à l’obligation de donner ni à l’obligation de faire. Elle correspond à un concept autonome; elle constitue une catégorie distincte qui se caractérise: par la nature spécifique et limitée du droit conféré, un droit d’usage, et par l’obligation de restitution. Autrement dit, et en deux mots, elle fait un détenteur précaire; non pas un propriétaire, non pas le débiteur d’une somme d’argent, mais un usager tenu à restitution. La summa divisio “donner”, “faire”, devrait faire place à la trilogie “donner”, “donner à usage” et “faire” – ou ne pas faire –.

Linguistiquement l'expression "donner à usage" qui est assez concise pour avoir sa place dans le premier alinéa de l'article 1101-1 entre "donner" et "faire", est heureuse car elle évoque "donner à bail" et "prêt à usage". Or, justement, le bail et le prêt à usage sont les deux applications topiques de l'archétype "donner à usage").

Art. 1147. L'obligation est monétaire quand elle porte sur une somme d'argent. Toute autre obligation est dite en nature.

Les obligations monétaires, en toutes devises, sont fongibles, sauf disposition ou convention contraire.

Art. 1148. L'obligation de valeur est de fournir au créancier, en argent ou en nature, un avantage économique variable selon les circonstances, qui lui garantit, dans le temps, une satisfaction appropriée, moyennant l'actualisation de son montant au jour de son exécution.

L'obligation de valeur est monétaire quand son objet est de fournir une somme d'argent déterminable à la date de l'exigibilité; elle est en nature quand son objet est de pourvoir aux besoins d'une personne ou aux soins d'une chose, sauf, dans ces deux cas, à être convertie, par convention ou décision judiciaire, en une obligation monétaire révisable.

Art. 1149. L'obligation est dite de résultat lorsque le débiteur est tenu, sauf cas de force majeure, de procurer au créancier la satisfaction promise, de telle sorte que, ce cas excepté, sa responsabilité est engagée du seul fait qu'il n'a pas réussi à atteindre le but fixé.

L'obligation est dite de moyens lorsque le débiteur est seulement tenu d'apporter les soins et diligences normalement nécessaires pour atteindre un certain but, de telle sorte que sa responsabilité est subordonnée à la preuve qu'il a manqué de prudence ou de diligence.

(Note: Très souvent les parties ne précisent pas expressément à quoi elles s'engagent – résultat ou moyen –. Sans doute vaut-il mieux éviter le verbe "s'engager". Une expression neutre paraît préférable; par exemple "être tenu" qui vaut dans le silence des parties. Dans une vue pragmatique la différence spécifique tient au régime de la preuve. Sans doute est-il préférable de le marquer, en s'aventurant à concilier le critère de fond et le critère de preuve).

Art. 1150. L'obligation de sécurité, inhérente à certains engagements contractuels, impose de veiller à l'intégrité de la personne du créancier et de ses biens.

Art. 1151. L'obligation naturelle recouvre un devoir de conscience envers autrui. Elle peut donner lieu à une exécution volontaire, sans répétition, ou à une promesse exécutoire de s'en acquitter.

(Note: Le devoir de conscience n'a pas besoin d'être qualifié légitime: il se suffit effectivement à lui-même).

SECTION 4
DE L'EXECUTION DES OBLIGATIONS
(ART. 1152 À 1156-2)

§ 1. De l'obligation de donner

Art. 1152. L'obligation de donner s'exécute en principe par le seul échange des consentements.

Toutefois son exécution peut être différée par la volonté des parties, une disposition de la loi ou la nature des choses.

Elle s'exécute en nature quel que soit son objet, corporel ou incorporel.

Son exécution rend le créancier titulaire du droit transmis et met à ses risques et périls la chose objet de ce droit, encore que la tradition n'en ait pas été faite.

(Cf. art. 1138 al. 2 et 1302 al. 1 c.civ.).

Art. 1152-1. L'obligation de donner emporte celle de délivrer la chose et de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'un bon père de famille.

(Cf. art. 1136 c.civ.).

La perte de la chose libère le débiteur de ses obligations, à charge pour lui de prouver qu'elle a eu lieu sans sa faute. Il est cependant tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier.

(Cf. art. 1303 c.civ.).

Art. 1152-2. Lorsque le débiteur est mis en demeure de délivrer la chose, celle-ci reste ou passe à ses risques.

(Cf. art. 1138 al. 2 c.civ.).

En cas de perte de la chose, le débiteur en demeure doit la restitution du prix, à moins que la chose n'eût également périé chez le créancier si elle lui avait été délivrée.

(Cf. art. 1302 al. 2 c.civ.).

Art. 1152-3. Le débiteur est mis en demeure soit par une sommation ou un acte équivalent dont il ressort une interpellation suffisante, soit, si la convention le prévoit, par la seule échéance du terme.

(Cf. art. 1139 al. 2 c.civ.).

Art. 1153. Si la chose que l'on s'est obligé de donner à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu que la possession soit de bonne foi.

Art. 1153-1. Les effets de l'obligation de donner un immeuble sont réglés au titre De la Vente et au titre Des Privilèges et Hypothèques.

§ 2. Des obligations de faire ou de ne pas faire

Art. 1154. L'obligation de faire s'exécute si possible en nature.

Son exécution peut être ordonnée sous astreinte ou un autre moyen de contrainte, sauf si la prestation attendue a un caractère éminemment personnel.

En aucun cas, elle ne peut être obtenue par une coercition attentatoire à la liberté ou à la dignité du débiteur.

A défaut d'exécution en nature, l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts.

(Note: Le renversement du principe est bienvenu. Sans doute vaut-il mieux l'énoncer objectivement plutôt que par le biais d'un "droit à".

Faudrait-il ajouter "lorsque cela est possible"? Il y a le pour et le contre (précaution ou évidence). Si le pour l'emportait, on pourrait envisager d'énoncer:

"L'obligation de faire ou de ne pas faire s'exécute si possible en nature".

Le renversement est d'autant plus admissible qu'il n'éradique pas ce qu'il y a d'irréductible dans l'exclusion de la coercition sur la personne. D'où la proposition du troisième alinéa qui serre de très près la maxime "Nemo praecise cogi ad factum".

Le terme "prestation" évoque bien l'action personnelle du débiteur qui le met hors d'atteinte de l'astreinte ou de l'injonction).

Art. 1154-1. L'inobservation d'une obligation de ne pas faire se résout de plein droit en dommages-intérêts du seul fait de la contravention, sauf le droit pour le créancier d'en exiger à l'avenir l'exécution en nature.

Art. 1154-2. Le créancier peut être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation ou à détruire ce qui a été fait par contravention à celle-ci. Le tout aux dépens du débiteur, qui peut être condamné, le cas échéant, à avancer les sommes nécessaires à cette exécution.

§ 3. *De l'obligation de donner à usage*

Art. 1155. L'obligation de concéder l'usage d'une chose impose de la délivrer et de la maintenir en état de servir pendant un certain temps à l'issue duquel le détenteur est tenu de la restituer; le tout sauf stipulation ou disposition contraire.

Ces obligations peuvent porter sur un bien corporel ou incorporel.

Elles s'exécutent en nature.

Art. 1155-1. En cas de conflit entre plusieurs personnes prétendant à l'usage de la chose, celui dont le titre est premier en date doit être préféré.

Art. 1155-2. Lorsque les parties n'ont pas prévu de délai pour la restitution de la chose, elle doit être restituée dans un délai raisonnable et, sauf urgence, après un préavis donné au débiteur.

Art. 1156. Le détenteur est cependant fondé à retenir la chose jusqu'au complet paiement des sommes qui lui sont dues au titre d'une créance jointe à la chose.

SECTION 5
DE L'INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS
ET DE LA RESOLUTION DU CONTRAT
(ART. 1157 À 1160-1)

Art. 1157. Dans un contrat synallagmatique, chaque partie peut refuser d'exécuter son obligation tant que l'autre n'exécute pas la sienne.

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.

A l'exception d'inexécution, l'autre partie peut répliquer en prouvant en justice que la suspension du contrat n'est pas justifiée.

(Obs.:

1° La référence aux contrats synallagmatiques, domaine de l'exception paraît nécessaire (surtout par opposition à l'article 1161).

2° La mise en valeur de l'inexécution fortuite ou légitime – service national, maternité, grève, cas plus particuliers – peut être utile – et c'est l'occasion de faire état du caractère non irrémédiable de l'inexécution, postulat de la suspension –.

3° La mise en facteur commun de la preuve contraire en justice, sous une forme générique, paraît opportune).

Art. 1158. Dans tout contrat, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, a le choix ou de poursuivre l'exécution de l'engagement ou de provoquer la résolution du contrat ou de réclamer des dommages intérêts, lesquels peuvent, le cas échéant, s'ajouter à l'exécution ou à la résolution.

Quand il opte pour la résolution, le créancier peut soit la demander au juge, soit, de lui-même, mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable, à défaut de quoi il sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Celle-ci prend effet lors de la réception de la notification par l'autre partie.

(Obs. :

1° Dans un premier alinéa charnière, il est utile d'ouvrir l'éventail de toutes les possibilités – cf. art. 1370 –.

2° La résolution est elle-même à double voie. Pourquoi fermer la résolution judiciaire en ouvrant la résolution unilatérale? C'est l'occasion de marquer que le créancier prend ce parti à ses risques et périls.

3° La résolution unilatérale a de quoi choquer. Elle est utile à consacrer mais avec des ménagements de forme –en pensant au côté psychologique de l'innovation–. La formule "il déclare que le contrat sera résolu" serait trop catégorique. Pour un même résultat, on peut arrondir l'initiative par un tour moins "unilatéraliste" en énonçant "il tiendra le contrat pour résolu").

Art. 1158-1. Il est loisible au débiteur de contester en justice la décision du créancier en alléguant que le manquement qui lui est imputé ne justifie pas la résolution du contrat.

Le juge peut, selon les circonstances, valider la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en octroyant éventuellement un délai au débiteur.

Art. 1159. Les clauses résolutoires doivent expressément désigner les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat.

La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu qu'elle résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure n'est efficace que si elle rappelle en termes apparents la clause résolutoire.

En toute hypothèse, la résolution ne prend effet que par la notification qui en est faite au débiteur et à la date de sa réception.

Art. 1160. La résolution peut avoir lieu pour une partie seulement du contrat, lorsque son exécution est divisible.

Art. 1160-1. La résolution du contrat libère les parties de leurs obligations.

Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, la résolution vaut résiliation; l'engagement des parties prend fin pour l'avenir, à compter de l'assignation en résolution ou de la notification de la résolution unilatérale.

Si le contrat a été partiellement exécuté, les prestations échangées ne donnent pas lieu à restitution ni indemnité lorsque leur exécution a été conforme aux obligations respectives des parties.

Dans les contrats à exécution instantanée, elle est rétroactive; chaque partie restituée à l'autre ce qu'elle en a reçu, suivant les règles posées à la section 6 ci-après du présent chapitre.

SECTION 6
DES RESTITUTIONS APRES
ANÉANTISSEMENT DU CONTRAT
(ART. 1161 À 1164-7)

Art. 1161. Les restitutions après anéantissement, par annulation ou résolution du contrat sont gouvernées par les règles qui suivent.

Ces règles sont applicables, sauf disposition ou convention particulière, aux autres cas de restitution, notamment la caducité lorsqu'elle produit un effet rétroactif.

(Note: La multiplicité des hypothèses de restitution rend nécessaire que soit dès le seuil déterminé le domaine d'application des règles édictées pour les restitutions après anéantissement du contrat).

§ 1. Principes

Art. 1162. L'annulation et la résolution rétroactive du contrat emportent, de plein droit, la restitution intégrale et s'il y a lieu réciproque des avantages reçus en exécution du contrat.

Lorsque l'annulation ou la résolution est imputable à l'une des parties, celle-ci doit en outre indemniser l'autre de tous les dommages et intérêts.

Art. 1162-1. L'obligation de restitution bénéficie des garanties stipulées pour le paiement de l'obligation primitive.

Elle se prescrit par le même délai que la nullité ou la résolution qui l'emporte.

Art. 1162-2. Le juge, saisi d'une action en nullité ou en résolution, peut statuer d'office sur les restitutions quand même il n'en aurait pas été requis.

Il prononce la compensation judiciaire des dettes fongibles de restitution.

Le jugement d'annulation ou de résolution entraîne interversion de la prescription applicable à l'obligation de restitution.

Art. 1162-3. Celui qui a sciemment contrevenu à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou, plus généralement à une règle impérative, peut se voir refuser toute restitution.

§ 2. Modalités de la restitution

Art. 1163. Les modalités de la restitution dépendent de la nature des prestations accomplies en exécution du contrat.

Art. 1163-1. Après l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire, la restitution a lieu en valeur.

Le montant de la restitution est calculé en tenant compte des avantages directs et indirects que les parties ont pu retirer de l'exécution du contrat, suivant leur estimation au jour de la restitution.

Art. 1163-2. La restitution d'une somme d'argent se fait par équivalent. Elle n'est alors que la somme numérique énoncée au contrat.

Art. 1163-3. La restitution d'un corps certain se fait en nature lorsque la chose existe encore entre les mains de celui qui l'a reçue.

Elle se fait en valeur lorsque la chose n'est plus individualisable en raison de sa destruction volontaire ou fortuite, sa transformation ou son incorporation.

Lorsque la chose n'a été qu'en partie détruite, transformée ou incorporée, celui à qui la restitution est due peut préférer, ou la restitution intégrale en valeur, ou une restitution partielle et son complément en valeur.

Art. 1163-4. La restitution d'une chose de genre autre qu'une somme d'argent se fait par équivalent à moins que celui auquel elle est due ne préfère en recevoir la valeur.

Art. 1163-5. Lorsque la chose à restituer est périe fortuitement ou par le fait d'un tiers, la restitution se reporte de plein droit sur l'indemnité d'assurance ou de responsabilité ou sur la créance d'indemnité par subrogation.

Lorsque la chose à restituer a été vendue, la restitution se reporte de plein droit sur le prix ou la créance du prix de la vente par subrogation.

Art. 1163-6. Dans tous les cas où la restitution n'a pas lieu en nature ou par subrogation, le juge estime la valeur de la chose au jour où il se prononce, suivant son état au jour du paiement de l'obligation.

§ 3. Règlements complémentaires

Art. 1164. La restitution porte sur le principal de la prestation accomplie et ses accessoires du jour du paiement.

Art. 1164-1. Les accessoires de la somme d'argent à restituer comprennent les intérêts au taux légal et les taxes acquittés entre les mains de celui qui a reçu le prix en complément de celui-ci.

Art. 1164-2. Lorsque la restitution porte sur une chose autre qu'une somme d'argent, les accessoires comprennent les fruits et la jouissance qu'elle a procurés.

La restitution des fruits naturels, industriels ou civils, s'ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation. Lorsque les revenus procèdent pour partie de l'amélioration de la chose par celui qui la rend, la restitution se fait en proportion de ceux qu'elle aurait produits dans son état initial.

La restitution de la jouissance est estimée par le juge au jour où il se prononce.

Art. 1164-3. Les frais occasionnés par le contrat peuvent être mis à la charge de celle des parties à qui l'annulation ou la résolution serait imputable.

Art. 1164-4. Les frais afférents à la chose peuvent donner lieu à restitution.

Celui auquel la chose est restituée doit tenir compte à celui qui la rend de toutes les dépenses nécessaires à la conservation de la chose.

Il doit aussi lui tenir compte des dépenses qui ont amélioré l'état de la chose dans la mesure où il en résulte une augmentation de sa valeur.

Art. 1164-5. Inversement, celui qui doit restituer la chose répond des dégradations et détériorations qui en ont diminué la valeur ou entraîné sa perte.

Art. 1164-6. Les plus-values et les moins-values advenues à la chose restituée sont estimées au jour de la restitution.

SECTION 7
DE L'EFFET DES CONVENTIONS A L'EGARD DES TIERS
(ART. 1165 À 1172-3)

§ 1. Dispositions générales

Art. 1165. Les conventions ne lient que les parties contractantes; elles n'ont d'effet à l'égard des tiers que dans les cas et limites ci-après expliquées.

(Note: Cette annonce globale paraît préférable à l'opposition réductrice de "prodesse" et "nocere").

Art. 1165-1. Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes; elles n'ont pas d'effet contre les tiers.

Art. 1165-2. Les conventions sont opposables aux tiers; ceux-ci doivent les respecter et peuvent s'en prévaloir, sans être en droit d'en exiger l'exécution.

§ 2. De la substitution de contractant et du transfert du contrat

Art. 1165-3. Les droits et obligations d'une personne défunte, lorsqu'ils ne s'éteignent pas par le fait de son décès, adviennent à ses héritiers selon les règles posées aux Titres Des successions et Des donations entre vifs et des testaments.

Semblablement, les héritiers ou légataires du défunt, ou certains d'entre eux, pourront prendre sa place dans les contrats auxquels il était partie et dont l'exécution se poursuit après son décès, si cette substitution est édictée par la loi, prévue par une convention ou stipulée par le défunt dans son testament.

Art. 1165-4. Un contractant ne peut sans l'accord exprès ou tacite de son cocontractant, céder entre vifs à un tiers sa qualité de partie au contrat.

Art. 1165-5. Il est fait exception à ce principe dans les cas prévus par la loi.

Hormis ces cas, la substitution de contractant s'opère lorsque le contrat fait partie intégrante d'une opération formant un ensemble indivisible, comme sont les fusions ou scissions de sociétés et les apports partiels d'actifs.

Sauf convention contraire, il appartient au cocontractant, lorsque le transfert a eu lieu sans son accord, de se retirer du contrat au terme d'un préavis raisonnable.

§ 3. Des actions ouvertes aux créanciers

(Note: Les créanciers sont, bien sûr, des tiers mais il y a plus qu'une nuance entre les "tiers créanciers" et les "tiers étrangers").

Art. 1166. Les créanciers peuvent, au nom de leur débiteur, exercer tous les droits et actions de celui-ci, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.

(Note: Cette formulation fait mieux valoir la différence entre l'action oblique et l'action paulienne).

Ils ne justifient de leur intérêt à agir qu'à charge de prouver que la carence de leur débiteur leur cause préjudice.

Art. 1167. Les créanciers peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant a eu connaissance de la fraude.

L'acte déclaré frauduleux est inopposable aux créanciers, de telle sorte que ceux-ci ne doivent souffrir d'aucun de ses effets. Le cas échéant, le tiers acquéreur est tenu de restituer ce qu'il avait reçu en fraude.

L'action ne peut être exercée que dans les trois ans qui suivent la connaissance que les créanciers ont de la fraude.

Art. 1167-1. Les créanciers qui exercent l'action ouverte à l'article 1166 sont payés par prélèvement sur les sommes qui, par l'effet de leur recours, rentrent dans le patrimoine du débiteur négligeant.

L'action ouverte à l'article 1167 profite en priorité aux créanciers qui l'ont intentée et à ceux qui se sont joints à l'instance.

Art. 1167-2. Quant à leurs droits énoncés au titre Des successions et au titre Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux, les créanciers doivent se conformer aux règles qui y sont prescrites.

Art. 1168. Certains créanciers sont investis par la loi du droit d'agir directement en paiement de leur créance contre un débiteur de leur débiteur, dans la limite des deux créances.

L'action directe est également ouverte lorsqu'elle permet seule d'éviter l'appauvrissement injuste du créancier, compte tenu du lien qui unit les contrats.

§ 4. *Du porte-fort et de la stipulation pour autrui*

Art. 1169. On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même.

(Note: L'avantage de conserver cet article de tête, en rappel, est, d'une part, de conserver ici le terme "stipuler" dans son sens spécifique – faire promettre – qui a, ici, toute sa valeur, même s'il est aujourd'hui minoritaire relativement au sens générique dans lequel il est synonyme de conclure – convenir –).

Art. 1170. Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort si le tiers refuse d'accomplir le fait promis ou de ratifier l'engagement.

Si le tiers accomplit le fait promis ou ratifie l'engagement, le porte-fort est libéré de toute obligation, et l'engagement est rétroactivement validé à la date à laquelle il a été souscrit.

(Note: Il est préférable de maintenir dans le premier alinéa la teneur actuelle de l'art. 1120 parce qu'il met en premier, et en vedette, le risque de l'opération de porte-fort et son effet propre – celui qu'il produit en lui-même et à lui seul –: la charge de l'indemnité. C'est une annonce comminatoire. La ratification est un autre acte juridique qui vient ensuite – quand il vient – et sort alors son effet propre).

Le tiers qui hérite du porte-fort doit remplir l'engagement de son auteur.

Art. 1171. L'un des contractants, nommé stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers bénéficiaire, à condition que celui-ci, serait-il une personne future, soit précisément désigné, ou puisse être déterminé lors de l'exécution de la promesse et qu'il ait, à cette date, la capacité de recevoir.

(Note: L'intérêt de cette disposition de tête est d'ouvrir, dans le principe, l'éventualité d'une stipulation pour autrui. C'est également de nommer les protagonistes de cette opération triangulaire, notamment le stipulant, en écho au verbe stipuler maintenu dans l'art. 1169, ce qui permet, au passage, de le définir dans ce sens de précision).

Art. 1171-1. Tant que le tiers n'a pas accepté le bénéfice de la stipulation faite en sa faveur, celle-ci peut être librement révoquée par le stipulant.

Quand elle intervient avant la révocation, l'acceptation rend la stipulation irrévocable dès que son auteur ou le promettant en a eu connaissance.

Investi dès lors du droit d'agir directement contre le promettant pour l'exécution de l'engagement, le bénéficiaire est censé avoir eu ce droit dès sa constitution.

(Note: Dépouillée de tous les détails, cette disposition est réduite à l'essentiel. Il semble en effet capital d'articuler tous les ressorts du mécanisme juridique de la stipulation pour autrui tels que les a ciselés la jurisprudence prétorienne de la fin du XIX^e siècle. C'est le noyau – le joyau – des arrêts de 1888: la libre révocation de la stipulation pour autrui jusqu'à l'acceptation. L'irrévocabilité de la stipulation résultant de l'acceptation en temps utile, et la rétroactivité de l'acceptation, tout cela autour d'un axe: le droit direct).

Art. 1171-2. La révocation ne peut émaner que du stipulant, ou, après son décès, de ses héritiers. Ceux-ci ne peuvent y procéder qu'à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du jour où ils ont mis le bénéficiaire en demeure de l'accepter.

La révocation produit effet dès lors que le tiers bénéficiaire ou le promettant en a eu connaissance. Lorsqu'elle est faite par testament, elle prend effet au moment du décès. Si elle n'est pas assortie d'une nouvelle désignation bénéficiaire, la révocation profite, selon le cas, au stipulant ou à ses héritiers. Le tiers initialement désigné est censé n'avoir jamais bénéficié de la stipulation faite à son profit.

Art. 1171-3. L'acceptation peut émaner du bénéficiaire, ou, après son décès, de ses héritiers, sauf stipulation contraire. Elle peut être expresse ou tacite. Elle peut intervenir même après le décès du stipulant ou du promettant.

Art. 1171-4. Le stipulant est lui-même fondé à exiger du promettant l'exécution de son engagement envers le bénéficiaire.

§ 5. De l'effet des contrats interdépendants

Art. 1172. Les contrats concomitants ou successifs dont l'exécution est nécessaire à la réalisation d'une opération d'ensemble à laquelle ils appartiennent sont regardés comme interdépendants dans la mesure ci-après déterminée.

Art. 1172-1. Les clauses organisant les relations des parties à l'un des contrats de l'ensemble ne s'appliquent dans les autres conventions que si elles y ont été reproduites et acceptées par les autres contractants.

Art. 1172-2. Toutefois, certaines clauses figurant dans l'un des contrats de l'ensemble étendent leur effet aux contractants des autres conventions, pourvu que ceux-ci en aient eu connaissance lors de leur engagement et n'aient pas formé de réserves.

Il en est ainsi des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité, des clauses compromissoires et des clauses d'attribution de compétence.

Art. 1172-3. Lorsque l'un des contrats interdépendants est atteint de nullité, les parties aux autres contrats du même ensemble peuvent se prévaloir de leur caducité.

CHAPITRE IV
DES MODALITES DE L'OBLIGATION

SECTION I
DES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES
(ART. 1173 À 1184-1)

§ 1. *De la condition en général*

Art. 1173. L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain.

L'événement auquel est suspendue la naissance de l'obligation est une condition suspensive; celui dont dépend sa disparition est, selon le cas, une condition résolutoire ou extinctive.

(Note: L'opposition de la condition suspensive et de la condition résolutoire –rétroactive– s'enrichit –cf. Carbonnier– si l'on y ajoute une troisième espèce, la condition extinctive –non rétroactive–).

Art. 1174. Toute condition d'une chose impossible ou illicite est nulle et rend nulle la convention qui en dépend.

(Note: Illicite: terme générique préférable à l'énumération actuelle).

Toutefois la convention peut être maintenue et la condition réputée non écrite lorsque en réalité celle-ci n'a pas été pour les parties un motif déterminant de contracter.

(Note: L'exception ouvre, a posteriori, une appréciation judiciaire –ce qui correspond à la pratique–).

De même, la condition de ne pas faire une chose impossible ne rend pas nulle l'obligation contractée sous cette condition.

(Note: Regroupement dans le même article du principe (alinéa 1) et des deux exceptions qu'il souffre –al. 2 et 3–).

Art. 1175. Est nulle toute obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur; mais cette nullité ne peut être poursuivie lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause.

(Note: Contraction en un seul article de ce qui regarde la condition ci-devant nommée potestative).

Art. 1176. Les parties ont un devoir de loyauté dans l'accomplissement de la condition.

(Note: Dans l'art. 1177-1 proposé, le verbe coopérer convient mal à la condition casuelle –qui existe même si elle n'est plus nommée–. Le devoir de loyauté paraît concerner aussi bien la défaillance que l'accomplissement de la condition: d'où le terme générique "événement" qui les réunit).

Art. 1177. La condition est réputée accomplie si celui qui avait intérêt à sa défaillance en a empêché l'accomplissement.

Elle est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt.

(Note: Source éventuelle de litige, les mots "au détriment de l'autre partie" ne paraissent pas utiles).

Art. 1178. La partie dans l'intérêt exclusif de laquelle la condition a été stipulée est libre d'y renoncer unilatéralement, tant que la condition n'est pas accomplie. Jusqu'à ce moment les parties peuvent également, d'un commun accord, renoncer à la condition stipulée dans l'intérêt de chacune.

Toute renonciation rend l'obligation pure et simple.

(Note: Réunion en un seul article de tout ce qui concerne la renonciation, ce qui permet la mise en facteur commun de la proposition finale –dernier alinéa–.

Dans cet article, un renversement paraît plus logique. Ce qui mérite d'être mis en relief c'est la renonciation unilatérale particulière à un cas. La renonciation conventionnelle qui est générale est une évidence.

Il ne paraît pas opportun (ni même sain) d'envisager les éventuelles renonciations postérieures à l'événement de la condition. On sort d'ailleurs du domaine de l'obligation conditionnelle, et la proposition de l'art. 1178-1 est étrange).

Art. 1179. Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit et agir contre les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits.

(Note: Cette disposition vient mieux, semble-t-il, après l'art. 1178 et avant celle-ci qui règle la transmission et la cession de l'obligation).

Art. 1180. Les obligations conditionnelles sont transmissibles à cause de mort sauf si la volonté des parties ou la nature de l'obligation y fait obstacle; sous cette même restriction, les créances conditionnelles sont cessibles entre vifs.

(Note: La formule de l'art. 1179 proposé n'est pas heureuse et elle est incomplète. Conditionnelles, les obligations n'en sont pas moins activement et passivement des éléments du patrimoine. Mais si la transmissibilité concerne les dettes aussi bien que les créances, la cessibilité est propre aux créances. L'exception est commune aux deux cas).

§ 2. De la condition suspensive

Art. 1181. L'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties.

(Reproduction de l'art. 1181, al. 1 c.civ.).

L'obligation ne peut être exécutée avant l'événement ou la connaissance qu'en ont eu les parties.

(Note: C'est le deuxième alinéa de l'art. 1181).

Art. 1182. En cas de défaillance de la condition l'obligation est caduque; elle est réputée n'avoir jamais existé.

En cas d'accomplissement de la condition l'obligation est réputée avoir existé depuis le jour où l'engagement a été contracté.

Toutefois la rétroactivité ne remet en cause ni les actes d'administration ni les actes de jouissance accomplis dans la période intermédiaire.

(Note: Le parallèle de la défaillance et de l'accomplissement dans le même article semble assez éclairant, et l'atténuation de la rétroactivité est en facteur commun –ce n'est peut-être pas très utile mais ce n'est pas gênant–).

Art. 1182-1. Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'accomplissement de la condition.

(Obs.: art. 1182, al. 1 inchangé c.civ.).

Si la chose est entièrement périe, l'obligation est éteinte.

Si la chose s'est détériorée, le créancier a le choix ou de résoudre le contrat, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix.

Le tout sous réserve des dommages et intérêts qui pourraient être dus au créancier selon les règles de la responsabilité civile lorsque la perte ou la détérioration de la chose sont imputables à la faute du débiteur.

§ 3. De la condition résolutoire

Art. 1183. La condition résolutoire ne suspend pas l'exécution de l'obligation tant que l'événement prévu n'est pas arrivé; elle en opère la révocation lorsque cet événement arrive.

(Note: Ne vaut-il mieux pas commencer par ce qui distingue la condition résolutoire de la condition suspensive? Le reste du § 3 est ainsi consacré à la résolution).

Art. 1184. Dans ce dernier cas la résolution s'opère rétroactivement; elle remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé et oblige le créancier à restituer ce qu'il a reçu, selon les règles posées par les articles 1161 à 1164-7.

(Note: Il n'est pas nécessaire, semble-t-il, de réserver une stipulation contraire. Car la condition extinctive qui suit n'est qu'une condition résolutoire non rétroactive à la disposition des parties).

Toutefois, le créancier est dispensé de restituer les fruits qu'il a perçus avant l'événement et les actes d'administration qu'il a accomplis pendant la même période son maintien.

§ 4. De la condition extinctive

(Note: C'est un parallèle avec le terme extinctif).

Art. 1184-1. La condition extinctive est celle qui fait dépendre l'extinction de l'obligation d'un événement futur et incertain. La condition extinctive n'opère que pour l'avenir.

SECTION 2 DES OBLIGATIONS A TERME (ART. 1185 À 1188)

§ 1. Du terme en général

Art. 1185. Le terme est un événement futur et certain qui affecte une obligation née soit en retardant son exécution soit en y mettant fin.

Il peut être exprès ou tacite, ainsi quand il résulte implicitement de la teneur de l'engagement.

Le terme peut être une date déterminée ou son échéance être inconnue bien qu'il soit sûr qu'elle adviendra.

Art. 1186. Lorsque les parties indiquent seulement un délai constitué par un nombre de jours, de mois ou d'années, le calcul est opéré à compter du jour du contrat sauf dispositions légales ou conventionnelles différentes. Toutefois le jour à partir duquel on commence à compter n'entre pas dans le délai.

Art. 1186-1. Si les parties sont convenues de différer la détermination du terme, ou de laisser à l'une d'elles le soin d'y procéder, et que le terme ne soit pas déterminé à l'expiration d'un délai raisonnable, le juge pourra le fixer suivant les circonstances.

§ 2. Du terme suspensif

Art. 1187. Ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme; mais ce qui a été payé d'avance ne peut être répété.

Le créancier à terme peut exercer tous les actes conservatoires de son droit et agir contre les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits.

(cf. art. 1180 c.civ. et 1179 ci-dessus).

Art. 1187-1. Le terme suspensif est présumé convenu dans l'intérêt du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la convention ou des circonstances qu'il a été établi en faveur du créancier ou dans l'intérêt commun des deux parties.

Celui dans l'intérêt exclusif duquel le terme a été stipulé, peut y renoncer unilatéralement.

Art. 1187-2. Le débiteur ne peut pas réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou qu'il diminue par son fait celles qu'il lui a données.

Il est également déchu du bénéfice s'il devient insolvable ou s'il est déclaré en liquidation judiciaire.

§ 3. Du terme extinctif

Art. 1188. Le terme extinctif met fin à l'engagement pour l'avenir. Jusqu'à l'échéance du terme, l'obligation produit le même effet que si elle était pure et simple.

SECTION 3
DES OBLIGATIONS ALTERNATIVES ET FACULTATIVES
(ART. 1189 À 1196)

§ 1. *Des obligations alternatives*

Art. 1189. L'obligation est alternative lorsqu'elle porte, au choix, sur l'une des deux prestations qu'elle renferme, de telle sorte que l'accomplissement de l'une suffit à libérer le débiteur.

Si l'une des prestations est impossible ou illicite dès le moment de l'engagement, l'obligation se concentre sur l'autre.

Art. 1190. Le choix appartient au débiteur s'il n'en est pas autrement convenu.

Lorsque une partie n'exerce pas, dans le délai fixé ou dans un délai raisonnable, le choix qui lui appartient, celui-ci revient, après mise en demeure, à l'autre partie.

Le choix est définitif.

Art. 1191. Le débiteur ne peut ni choisir ni être contraint d'exécuter partie d'une prestation et partie de l'autre.

(Obs.: Extension du 1191 c.civ.).

Art. 1192. Le débiteur qui a le choix doit, si l'une des prestations devient impossible, même par sa faute, exécuter l'autre.

Si, dans le même cas, les deux prestations deviennent impossibles à exécuter et que ce soit, pour l'une d'elles, par la faute du débiteur, celui-ci doit au créancier la valeur de la prestation qui est restée la dernière.

(Obs.: Version nouvelle du 1193 c.civ.).

Art. 1193. Le créancier qui a le choix de la prestation doit, si l'une devient impossible à exécuter, accepter l'autre, à moins que cette impossibilité ne résulte de la faute du débiteur auquel cas le créancier peut exiger à son choix la prestation qui reste ou la valeur de la prestation devenue impossible.

Si dans le même cas les deux prestations deviennent impossibles à exécuter et que le débiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles ou des deux, le créancier peut exiger la valeur de l'une ou l'autre prestation.

(Obs.: Version nouvelle du 1194 c.civ.).

Art. 1194. Lorsque toutes les prestations deviennent impossibles à exécuter sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte.

(Obs.: Extension du 1195 c.civ.).

Art. 1195. Les mêmes principes s'appliquent au cas où il y a plus de deux prestations comprises dans l'obligation alternative.

(Obs.: 1196 c.civ.).

§ 2. Des obligations facultatives

Art. 1196. L'obligation est facultative lorsque ayant pour objet une certaine prestation, le débiteur a néanmoins la faculté, pour se libérer, d'en fournir une autre.

L'obligation facultative est éteinte si l'exécution de la prestation principale devient impossible sans la faute du débiteur.

SECTION 4 DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES (ART. 1197 À 1212)

§ 1. De la solidarité entre les créanciers

Art. 1197. L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers, lorsque chacun est en droit de demander le paiement du total de la créance, et que le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers.

(Obs.: art. 1197 c.civ. retouché).

Art. 1197-1. La solidarité ne se présume pas; il faut qu'elle soit expressément établie.

Art. 1198. Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été poursuivi par l'un d'eux.

Néanmoins, la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier.

Semblablement, la confusion ou la compensation qui s'opère entre le débiteur et l'un des créanciers n'éteint l'obligation que pour la part de ce créancier.

(Obs.: art. 1198 c.civ. retouché).

Art. 1199. Tout acte qui interrompt ou suspend la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers.

§ 2. *De la solidarité de la part des débiteurs*

Art. 1200. Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier.

(Obs.: art. 1200 c.civ. inchangé).

Art. 1201. L'obligation peut être solidaire quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment de l'autre au paiement de la même chose; par exemple, si l'un n'est obligé que conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre est pur et simple, ou si l'un a pris un terme qui n'est point accordé à l'autre.

(Obs.: art. 1201 c.civ.).

Art. 1202. La solidarité ne se présume pas; elle ne peut résulter que de la loi, d'une convention ou des usages du commerce.

(Obs.: *Le groupe Viney-Durry aligne l'obligation in solidum sur la solidarité passive*).

Art. 1203. Le créancier d'une obligation solidaire peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division.

(Obs.: *C'est l'article 1203 c.civ. légèrement retouché*).

Les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'exercer de pareilles contre les autres.

(Obs.: *Le nouvel article 1203 amalgamerait les dispositions des articles 1203 et 1204 c.civ.*).

Art. 1204. Si la chose a péri par la faute de l'un ou de plusieurs des débiteurs, les autres demeurent obligés pour la valeur de la chose; mais ils ne sont point tenus des dommages et intérêts, sauf s'ils étaient en demeure au temps de la perte.

(Art. 1205 c.civ. retouché).

Art. 1205. Les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent ou suspendent la prescription à l'égard de tous.

Les mêmes effets s'attachent à la mise en demeure.

(Art. 1206 c.civ. retouché).

Art. 1206. La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous.

(Art. 1207 c.civ. inchangé).

Art. 1207. Le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs.

Il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles aux autres codébiteurs ou à l'un d'eux.

(Art. 1208 c.civ. inchangé).

Art. 1208. Lorsque l'un des débiteurs succède au créancier, ou lorsque le créancier succède à l'un des débiteurs, la confusion n'éteint l'obligation que pour la part du débiteur confondu.

(Art. 1209 c.civ. retouché).

Art. 1209. Le créancier qui consent à la division de la dette de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité.

(Art. 1210 c.civ. inchangé).

Art. 1210. L'obligation solidaire se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part.

Le débiteur qui a payé la dette commune ne peut répéter contre chacun des autres que sa part.

(Art. 1213 et 1214 al. 2 c.civ. amalgamés et retouchés).

Art. 1211. Les codébiteurs sont mutuellement garants de leur solvabilité.

La part de l'insolvable se répartit par contribution entre les autres, y compris celui qui a fait le paiement ou qui a été précédemment déchargé de la solidarité par le créancier.

(Art. 1214 al. 2 et 1215 c.civ. retouchés).

Art. 1212. Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concerne que l'un des codébiteurs, celui-ci est seul tenu de la dette vis à vis des autres, de telle sorte qu'il n'a aucun recours contre eux s'il l'a payée et que ceux-ci, s'ils l'ont payée, peuvent la recouvrer contre lui.

(Art. 1216 c.civ. retouché).

SECTION 5
DES OBLIGATIONS INDIVISIBLES
(ART. 1213 À 1217)

Dans un chapitre consacré aux modalités de l'obligation, seules les obligations indivisibles et non les obligations divisibles sont des obligations modales, soit entre codébiteurs, soit surtout (c'est la performance spécifique) à l'égard des héritiers (d'où d'ailleurs le regroupement des effets en un article).

La divisibilité de l'obligation après décès n'est pas une modalité de l'obligation. Le principe est la division de plein droit entre les héritiers, des dettes et des créances du défunt.

Quant à la règle énoncée (sous forme d'ailleurs assez surprenante) à l'alinéa 1 de l'article 1220 du Code civil, c'est à fois le droit commun et le sens commun. Le débiteur ne peut contraindre le créancier à recevoir un paiement partiel. La règle concerne le paiement (cf. infra art. 1224-1).

Art. 1213. L'obligation est indivisible lorsqu'elle a pour objet une prestation dont l'exécution n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle.

(Art. 1217 c.civ. inchangé).

Art. 1214. L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle.

(Art. 1218 c.civ. inchangé).

Art. 1215. Chacun des débiteurs d'une obligation indivisible en est tenu pour le tout.

Il en est de même pour chacun des héritiers de celui qui est tenu d'une telle obligation.

(Art. 1222 et 1223 c.civ. retouchés).

Art. 1216. L'héritier du débiteur, assigné pour la totalité de l'obligation, peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, à moins que la dette ne soit de nature

à ne pouvoir être acquittée que par lui, qui peut alors être condamné seul, sauf son recours en indemnité contre ses cohéritiers.

(Art. 1225 c.civ. inchangé).

Art. 1217. Chaque héritier du créancier peut exiger en totalité l'exécution de l'obligation indivisible.

Il ne peut seul faire la remise de la totalité de la dette; il ne peut recevoir seul le prix au lieu de la chose. Si l'un des héritiers a seul remis la dette ou reçu le prix de la chose, son cohéritier ne peut demander la chose indivisible qu'en tenant compte de la portion du cohéritier qui a fait la remise ou qui a reçu le prix.

(Art. 1224 c.civ. inchangé).

CHAPITRE V DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS

Art. 1218. Les obligations s'éteignent:
par le paiement,
par la remise de dette,
par la compensation,
par la confusion,
par la novation et la prescription qui sont l'objet de dispositions particulières.

SECTION I DU PAIEMENT (ART. 1219 À 1236)

§ 1. *Dispositions générales*

Art. 1219. Le paiement est l'exécution de la prestation due.

Art. 1220. Tout paiement suppose une dette: ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition.

La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

Art. 1221. Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution, et par ceux qui agissent au nom du débiteur.

L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y a pas un intérêt personnel (1), sauf le droit pour le créancier de refuser le paiement, s'il y a un intérêt légitime

(2). Hors ce cas, le tiers peut demander son remboursement sur le fondement de la subrogation conventionnelle ou en vertu d'un recours personnel.

Art. 1221-1. Pour payer valablement, il faut être capable ou régulièrement représenté.

Néanmoins le paiement d'une somme d'argent ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi.

Art. 1221-2. Le paiement doit être fait au créancier ou à son représentant.

Le paiement non conforme à l'obligation est néanmoins valable si le créancier le ratifie ou s'il en a profité.

Art. 1222. Le paiement fait de bonne foi entre les mains d'un créancier apparent est valable.

En cas de paiement électronique, le créancier garantit au débiteur la sécurité du mode de paiement proposé.

Art. 1223. Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande.

Néanmoins, les parties peuvent s'accorder pour que le paiement se fasse par la dation d'une prestation différente.

Art. 1224. Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette.

(Note: C'est l'art. 1244 c.civ. actuel).

Même si elle est susceptible de division, la dette doit toujours être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible.

(Note: C'est le remploi de l'actuel article 1220 c.civ. – 1^{ère} phrase – qui renforce l'idée).

Art. 1224-1. Sauf si elle est indivisible, la dette se divise de plein droit entre les héritiers du créancier et du débiteur. Ceux-ci ne peuvent demander la dette ou ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur.

(Note: La première phrase est l'énoncé du principe de divisibilité. La seconde, tirée de l'art. 1220 c.civ. actuel, en est le développement).

Art. 1225. Le débiteur d'une obligation monétaire n'est tenu que de la somme numérique énoncée au contrat, à moins qu'il ne s'agisse d'une dette de valeur.

Art. 1225-1. Le montant de la somme due peut également varier en vertu d'une clause d'indexation.

Celle-ci obéit aux dispositions du Code monétaire et financier.

Art. 1225-2. Le montant de l'obligation de somme d'argent peut même être fixé autrement qu'en unités monétaires ayant cours, dès lors que la liquidation s'en fait au jour du paiement, le tout conformément aux règles spécialement prévues par la loi.

Art. 1225-3. Si l'obligation est productive d'intérêts, légaux ou conventionnels, ceux-ci peuvent eux-mêmes produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière.

(Cf. art. 1154 c.civ. inchangé).

Art. 1225-4. Néanmoins, les revenus échus tels que fermages, loyers, arrérages de rentes perpétuelles ou viagères, produisent intérêts du jour de la demande ou de la convention.

La même règle s'applique aux restitutions de fruits et aux intérêts payés par un tiers au créancier en acquit du débiteur.

(Cf. art. 1155 c.civ. inchangé).

Art. 1226. Le paiement en France d'une obligation de somme d'argent se fait dans la monnaie qui y a cours. Toutefois, si l'obligation procède d'un contrat international ou d'un jugement, il est possible de prévoir que l'exécution se fera en France en unités monétaires étrangères.

Art. 1226-1. Le paiement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention. Si le lieu n'y est pas désigné, le paiement, lorsqu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet.

Les aliments alloués en justice doivent être versés, sauf décision contraire du juge, au domicile ou à la résidence de celui qui doit les recevoir.

Hors ces cas, le paiement doit être fait au domicile ou à la résidence du débiteur.

Art. 1226-2. Le paiement doit être fait sitôt que la dette devient exigible.

Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues.

Par décision spéciale et motivée, le juge peut prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

En outre, il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux dettes d'aliments.

Art. 1226-3. La décision du juge, prise en application de l'article 1226-1 [*scil.* 1216-2] suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités encourues à raison du retard cessent d'être, dues pendant le délai fixé par le juge.

Art. 1226-4. Toute stipulation contraire aux dispositions des articles 1226-1 et 1226-2 est réputée non écrite.

Art. 1227. Le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure.

(*Art. 1245 c.civ. inchangé*).

Art. 1227-1. Si la dette est une chose qui n'est déterminée que par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise.

(*Art. 1246 c.civ. inchangé*).

Art. 1227-2. Les frais du paiement sont à la charge du débiteur.

§ 2. De l'imputation des paiements

Art. 1228. Le débiteur d'une dette qui porte intérêt ou produit des arrérages, ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital par préférence aux arrérages ou intérêts: le paiement fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts.

Art. 1228-1. Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter.

Art. 1228-2. A défaut d'imputation par le débiteur, les parties peuvent imputer conventionnellement le paiement sur une dette. Si l'imputation est portée sur une

quittance délivrée par le créancier, sa réception par le débiteur ne peut faire présumer son acceptation.

Art. 1229. Faute d'imputation dans les conditions précédentes, le paiement doit être imputé selon les dispositions suivantes:

1° dans le cas où le débiteur est tenu de dettes échues et non échues, l'imputation se fait en priorité sur les premières;

2° si plusieurs dettes sont échues, l'imputation se fait en priorité sur la dette que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter;

3° si ces dettes échues sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne; si elles sont contemporaines, elle se fait proportionnellement;

4° si l'imputation se fait seulement sur des dettes non échues, les règles 2° et 3° doivent être suivies.

Art. 1230. En cas de pluralité de dettes, l'imputation sur l'une quelconque d'entre elles suit la règle de l'article 1228, si nécessaire.

§ 3. De la preuve du paiement

Art. 1231. Le paiement se prouve par tous moyens.

Art. 1232. La remise volontaire par le créancier au débiteur du titre original sous signature privée, ou de la copie exécutoire, fait présumer la remise de la dette ou le paiement, sauf preuve contraire.

La remise à l'un des débiteurs solidaires du titre original sous signature privée ou de la copie exécutoire a le même effet au profit de ses codébiteurs.

Art. 1232-1. La remise de la chose donnée en nantissement ne suffit pas à faire présumer la remise de la dette.

(Note: Ces dispositions correspondent aux actuels articles 1282, 1283, 1284 et 1286, figurant dans la section consacrée à la remise de dette. Or ces dispositions nous paraissent davantage relever de la libération du débiteur, qu'elles font présumer. D'où le rattachement au paiement, et à sa preuve).

§ 4. De la consignation avec offre de paiement et mise en demeure

(Note: Le titre –long– marque la liaison de la consignation, de l'offre de paiement et de la mise en demeure).

Art. 1233. Lorsqu'à l'échéance le créancier refuse de recevoir son paiement, le débiteur peut consigner la chose due entre les mains d'une personne habilitée à la recevoir.

La consignation vaut paiement (1), si les conditions de celui-ci sont réunies. (2) La libération s'opère comme il est indiqué ci-après.

(Notes:

[1] La règle de droit civil qui gouverne l'ensemble vient en tête.

[2] Ce renvoi global évite de reprendre les conditions 1^o à 5^o de l'art. 1258 c.civ. actuel).

Art. 1234. Le débiteur doit notifier la consignation au créancier en lui faisant une offre de paiement conforme aux modalités convenues.

Art. 1234-1. Lorsque la chose consignée est une somme d'argent le débiteur est libéré, capital et intérêts, si, à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la notification à la personne du créancier, celui-ci n'a pas contesté l'offre de paiement.

Art. 1234-2. Si la notification n'a pas été faite à la personne du créancier, le débiteur peut, sur requête, demander au juge de l'exécution de déclarer libératoire son offre de paiement, sous réserve du droit, pour le créancier, d'en demander la rétractation.

Art. 1235. Lorsque la chose consignée est un bien autre qu'une somme d'argent, l'offre de paiement met en demeure le créancier d'avoir, dans le délai de deux mois à compter de la notification, soit à retirer la chose consignée, soit à contester l'offre.

(Note: La distinction des modalités de la notification n'est pas reprise, mais la conséquence est moins grave – il y a une suite –).

Art. 1235-1. Faute, pour le créancier, d'avoir pris dans le délai l'une ou l'autre initiative, le débiteur peut, sur autorisation du juge de l'exécution, le créancier entendu ou appelé, faire vendre aux enchères publiques la chose consignée, et le prix de celle-ci est déposé pour le compte du créancier, déduction faite des frais de la vente.

Jusqu'à ce moment, la chose consignée est aux risques du créancier.

Art. 1236. La notification de l'offre n'interrompt pas la prescription.

Après l'expiration du délai de prescription, le débiteur peut demander la restitution de la chose déposée.

Après cette date, la demande de rétractation de la décision déclarant le débiteur libéré cesse d'être recevable.

(Note: L'offre de paiement constitue formellement une reconnaissance de la dette. Toutefois, le débiteur est contraint de recourir à la procédure de paiement forcé parce que le créancier n'a pas voulu recevoir le paiement. Dans ces conditions, il ne me paraît pas choquant de dire que la prescription en cours n'est pas interrompue).

SECTION 2
DE LA REMISE DE LA DETTE
(ART. 1237 À 1239-1)

Art. 1237. La remise de dette est la convention par laquelle le créancier libère le débiteur de son obligation avec l'accord, exprès ou tacite, de celui-ci.

Art. 1238. La remise de dette convenue avec l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers.

Dans ce dernier cas, il ne peut plus agir en paiement de la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise.

Art. 1239. La remise de dette accordée au débiteur principal libère les cautions; celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal.

Art. 1239-1. La décharge accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres.

Si les cautions sont solidaires, les autres ne restent tenues que déduction faite de la part du cofidéljuseur libéré.

Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions.

SECTION 3
DE LA COMPENSATION
(ART-1240 À 1247)

Art. 1240. Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, les deux dettes s'éteignent par compensation jusqu'à concurrence de la plus faible, selon les règles ci-après.

§ 1. *De la compensation en général*

Art. 1241. La compensation peut être légale, judiciaire ou conventionnelle.

Art. 1241-1. La compensation légale n'a lieu qu'entre deux dettes réciproques et fongibles, également liquides et exigibles.

(Note: Les quatre conditions de base sont groupées. Le terme fongible est ici approprié; "fongibles ou du même genre", la précision chemin faisant a son intérêt et "genre" va mieux "qu'espèce").

Sont fongibles les dettes qui ont pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses du même genre.

Les dettes ayant pour objet des choses de genre et dont le prix est réglé par un marché organisé peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles.

Art. 1241-2. Le terme de grâce ne fait pas obstacle à la compensation.

Art. 1242. Toutes les dettes sont compensables quelles que soient les causes de l'une et de l'autre à l'exception de celles qui ont pour cause des aliments ou une autre créance insaisissable.

(Note: "compensable" marque mieux qu'il s'agit bien ici de la nature de la dette).

Art. 1243. Le moyen de la compensation légale doit être invoqué par le débiteur poursuivi. En ce cas, les dettes se trouvent éteintes à concurrence de leurs quotités respectives, à l'instant où elles ont coexisté avec les qualités requises.

Art. 1243-1. La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal; mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.

Le débiteur solidaire ne peut pas opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur.

Art. 1244. Lors de la cession de l'une des créances compensables à un tiers, le débiteur cédé peut opposer la compensation au cessionnaire à moins qu'il n'y ait expressément renoncé par un acte écrit.

(Obs.: Concordance avec l'art. 1257).

Art. 1244-1. La compensation ne peut pas s'opérer entre deux créances si l'une devient indisponible du fait qu'elle est saisie avant que la créance réciproque ne soit liquide et exigible.

Art. 1245. Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit, pour la compensation, les règles établies pour l'imputation par l'article 1228-1.

Art. 1245-1. Celui qui a payé une dette compensable, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette.

Art. 1246. La compensation peut être opposée en justice par la partie dont la créance n'est pas encore liquide et exigible, à la condition, dans ce dernier cas, que le juge

puisse prononcer la déchéance du terme. La compensation produit ses effets à la date de l'introduction de la demande reconventionnelle.

Art. 1246-1. La compensation judiciaire suit pour le surplus les règles de la compensation légale.

Art. 1247. Les parties peuvent convenir d'éteindre leurs dettes réciproques. Cette compensation n'opère qu'à la date de leur accord.

§ 2. De la compensation des dettes connexes

Art. 1248. Lorsque deux dettes sont connexes, le juge ne peut écarter la demande en compensation au motif que l'une d'entre elles ne réunit pas les conditions de liquidité et d'exigibilité.

Art. 1248-1. La transmission ou la saisie de l'une des créances connexes ne fait pas non plus obstacle à la compensation.

SECTION 4 DE LA CONFUSION (ART. 1249 ET 1250)

Art. 1249. Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droit qui éteint définitivement l'obligation.

Art. 1250. La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal profite à ses cautions.

Celle qui s'opère dans la personne de la caution n'entraîne pas l'extinction de l'obligation principale.

Celle qui s'opère dans la personne d'un codébiteur solidaire ne profite aux autres que pour la part dont il était débiteur.

CHAPITRE VI DES OPERATIONS SUR CREANCES

SECTION I DE LA CESSION DE CREANCE (ART. 1251 À 1257-1)

Art. 1251. La cession de créance est une convention par laquelle le créancier cédant, transmet tout ou partie de sa créance à un tiers cessionnaire, par vente, donation ou autre titre particulier.

Art. 1252. Peuvent être cédées des créances nées ou à naître. En cas de cession d’une créance future, l’acte doit comporter les éléments permettant, le moment venu, l’identification de la créance cédée.

Art. 1253. A peine de nullité, la cession de créance doit être constatée par écrit, sans préjudice des cas où la forme authentique est exigée.

Art. 1254. Entre les parties, sauf convention contraire, l’établissement de l’acte suffit, par lui-même, à opérer la transmission de la créance.

Dès ce moment, le transfert de la créance est réputé accompli à l’égard des tiers et leur est opposable sans formalité. En cas de contestation, de la part de ceux-ci, sur la date de la cession, la preuve de son exactitude incombe au cessionnaire qui peut la rapporter par tous les moyens.

(Cf. art. 1689 *c.civ.*).

(Note: La règle est la même “inter partes et erga omnes”; la mise en facteur commun souligne l’alignement, innovation marquante du texte).

Art. 1254-1. Toutefois, le transfert d’une créance future n’a lieu qu’au jour de sa naissance, tant entre les parties qu’à l’égard des tiers.

Art. 1254-2. La cession de créance ne devient opposable au débiteur que par la notification qui lui en est faite, sur papier ou sous forme électronique, par le cédant ou par le cessionnaire.

Art. 1254-3. Le conflit entre cessionnaires successifs d’une même créance se résout en faveur du premier en date. La preuve de la date se rapporte par tout moyen.

Art. 1255. Sauf clause contraire, la cession d’une créance comprend les accessoires de celle-ci, tels que caution, privilège et hypothèque, dont le cessionnaire peut se prévaloir sans autre formalité.

(Obs.: L’article 1692 du Code civil paraît suffire).

Art. 1256. Celui qui cède une créance doit en garantir l’existence au temps du transfert, quoiqu’il soit fait sans garantie.

Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu’il s’y est engagé, et jusqu’à concurrence seulement du prix qu’il a pu retirer de la cession de sa créance.

Lorsqu’il a promis la garantie de la solvabilité du débiteur, cette promesse ne s’entend que de la solvabilité actuelle; elle peut toutefois s’étendre au temps à venir, mais à la condition que le cédant l’ait expressément spécifié.

(Obs.: Cf. art. 1693, 1694 et 1695 *c.civ.*).

Art. 1257. Lorsqu'il accepte la cession par un acte écrit, le débiteur cédé peut expressément renoncer à opposer au cessionnaire tout ou partie des exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant.

A défaut d'une telle acceptation le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions inhérentes à la dette, y compris l'intransmissibilité de l'obligation, ainsi que les clauses de règlement des différends.

Il peut se prévaloir à l'encontre du cessionnaire de la compensation des dettes connexes dans ses rapports avec le cédant.

Il peut également opposer au cessionnaire l'extinction de la créance pour toute cause antérieure à la date à laquelle la cession de celle-ci lui a été rendue opposable.

Art. 1257-1. Une créance peut être cédée en propriété sans stipulation de prix à titre de garantie. Elle fait retour au cédant lorsque le cessionnaire a été rempli de ses droits ou que l'obligation garantie est éteinte pour une autre cause.

SECTION 2

DE LA SUBROGATION PERSONNELLE

(ART. 1258 À 1264-2)

Art. 1258. La subrogation dans les droits du créancier au profit de la tierce personne qui le paie s'opère, en vertu de la loi ou de la convention, par substitution du créancier subrogé au créancier primitif.

(Note: La définition proposée à l'article 1258 du projet paraît trop doctrinale et trop abstraite. On conçoit qu'elle veuille montrer, comme on l'admet aujourd'hui, que la subrogation recèle une cession de créance. Mais elle ne met pas assez en relief que la subrogation demeure, à la base, une modalité du paiement –face traditionnelle déjà éclipsée par le déplacement du texte qui a été éloigné du paiement–. Surtout, il n'apparaît pas aussitôt, concrètement, que, légale ou conventionnelle, la subrogation est toujours un mécanisme qui se produit au profit de celui qui paye. Ce paiement initial déclencheur d'un avantage en faveur du solvens qui fait l'avance des fonds est un point commun central. C'est la clé du mécanisme subrogatoire. Il est bon qu'elle apparaisse dès le début dans la définition de tête. Elle est d'ailleurs bien à sa place dans l'actuel article 1243 c.civ. C'est tout le climat de la subrogation. Ce canevas court dans toutes les applications: le "profit" à qui fournit les fonds. Au demeurant, la transmission de la créance (qui est un effet commun) est bien mise en valeur dans l'article 1262 du projet –il y aurait donc une redite à maintenir l'article 1258 du projet–. En revanche, il n'est sans doute pas inutile, dans l'article de tête, de montrer que la subrogation personnelle, terme de haute densité juridique, consomme la substitution d'un créancier à un autre dans le rapport contractuel –terme courant immédiatement intelligible–.

N.B.: Une préférence pour parler du "créancier subrogé", plutôt que du "subrogé" par opposition au "créancier primitif").

Art. 1259. La subrogation a lieu de plein droit:

- 1) au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter;
- 2) au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession;
- 3) au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable;
- 4) au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet immeuble était hypothéqué.

La subrogation a également lieu dans les cas prévus par des lois spéciales.

(Note: Propositions pour une présentation plus logique:

a. la subrogation légale avant la subrogation conventionnelle;

b. le droit commun – art. 1259 c.civ. – avant les lois spéciales;

c. dans l'énumération de l'article 1259, le 3^e actuel est promu au premier rang; c'est le cas ordinaire le plus pur et, en pratique, le plus important).

Art. 1260. La subrogation conventionnelle s'opère à l'initiative du créancier lorsque celui-ci, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur.

Cette subrogation doit être expresse.

Elle doit être consentie en même temps que le paiement, à moins que, dans un acte antérieur, le subrogeant n'ait manifesté la volonté que son cocontractant lui soit subrogé lors du paiement. La concomitance de la subrogation et du paiement peut être prouvée par tous moyens.

(Note: La rédaction ici proposée demeure très proche de l'article 1250 1.^o c.civ. actuel. Elle marque l'initiative du créancier désintéressé par le tiers solvens).

Art. 1261. Sous les mêmes conditions, la subrogation conventionnelle a lieu à l'initiative du débiteur lorsque celui-ci, empruntant une somme à l'effet de payer sa dette, subroge le prêteur dans les droits du créancier avec le concours de celui-ci. En ce cas, la quittance donnée par le créancier doit indiquer l'origine des fonds.

La subrogation peut même être consentie par le débiteur sans le concours du créancier, mais à la condition que la dette soit échue ou que le terme soit en faveur du débiteur. A peine de nullité de la subrogation, l'emprunt et la quittance sont constatés par un acte ayant date certaine; il doit être déclaré dans l'acte d'emprunt que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et dans la quittance que le paiement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier.

(Note: “même” a sa valeur, dès lors que l’alinéa qui précède se rapporte bien à la subrogation à l’initiative du débiteur).

Art. 1262. La subrogation transmet à son bénéficiaire, dans la limite de ce qu’il a payé, la créance et s.es accessoires, y compris les sûretés qui la garantissent. Le créancier subrogé dispose de tous les droits et actions liés à la créance qui appartenaient au créancier primitif, à l’exception des droits exclusivement attachés à la personne de celui-ci.

Art. 1263. Toutefois, la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu’il n’a été payé qu’en partie; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n’a reçu qu’un paiement partiel, sauf convention contraire.

Art. 1264. Lorsque la subrogation est consentie par le créancier, la transmission de la créance ne devient opposable au débiteur qu’au moment où celui-ci en est informé.

Art. 1264-1. Le débiteur peut opposer au créancier subrogé toutes les exceptions inhérentes à la dette, y compris l’intransmissibilité de l’obligation, ainsi que les clauses de règlement des différends, et s.e prévaloir à son encontre de la compensation des dettes connexes dans ses rapports avec le créancier primitif.

Il peut également lui opposer l’extinction de la dette pour toute cause antérieure à la subrogation ou, en cas de subrogation consentie par le créancier, à la date à laquelle il a été informé de celle-ci.

Art. 1264-2. La subrogation est opposable aux tiers dès le paiement qui la produit. Cette opposabilité s’étend, sans autre formalité, au transfert des sûretés qui garantissent la créance.

Lorsque la subrogation est consentie par le créancier, ou par le débiteur avec le concours du créancier, il n’est pas requis que l’acte ait date certaine. En cas de contestation, la preuve de la date incombe au créancier subrogé, qui peut la rapporter par tous moyens.

SECTION 3

DE LA NOVATION

(ART. 1265 À 1274)

Art. 1265. La novation est une convention qui a pour objet de substituer à une obligation qu’elle éteint, une obligation différente qu’elle crée.

(Note: La novation est toujours une convention, même si ce n’est pas toujours entre le créancier et le débiteur de l’obligation primitive. Entre celle-ci et l’obligation nouvelle, il y a toujours une différence. Il semble préférable que ces deux termes soient présents dans la définition inaugurale, de même que les verbes “éteindre” et “créer”).

Art. 1266. La novation s'opère de trois manières:

- 1) lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier;
- 2) lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé.
- 3) lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte; en ce cas, il y a novation quelle que soit la différence instituée entre l'ancienne et la nouvelle obligation.

(Note: C'est la teneur même de l'actuel art. 1271 c.civ. "le roc").

Art. 1267. La novation n'a lieu que si l'obligation ancienne et l'obligation nouvelle sont l'une et l'autre valables, à moins qu'elle n'ait pour objet déclaré de substituer un engagement valable à un engagement entaché d'un vice.

(Note: Cette disposition est un simple élargissement de l'exigence posée par l'actuel article 1272 c.civ. quant à la capacité de contracter. Elle rend inutile l'approche indirecte de l'article 1275 –du projet–. La novation n'est pas assimilée à une convention; c'est en elle-même une convention).

Art. 1268. La novation ne se présume pas; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.

(Note: C'est le texte même de l'actuel article 1273 c.civ. faudrait-il l'alourdir en insistant ("soit certaines et...")? Après cette règle de preuve, l'énoncé du second alinéa, question de fond, n'est pas à sa place. Est-il d'ailleurs nécessaire, est-il opportun d'apporter cette précision? On pourrait en douter).

Art. 1269. La novation par la substitution d'un nouveau débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur.

(Note: L'article 1277 reproduit la disposition de l'actuel article 1274. On remarque, chemin faisant, que le premier débiteur n'est pas partie à la novation, mais que celle-ci est toujours une convention).

Art. 1270. La novation par la substitution d'un nouveau créancier peut avoir lieu si le débiteur a, par avance, accepté que le nouveau créancier soit désigné par le premier.

En cas de contestation sur la date de la novation, la preuve en incombe au nouveau créancier, qui peut la rapporter par tous moyens.

Art. 1271. L'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires, y compris les sûretés qui la garantissent, à moins que ces dernières n'aient été ou ne soient expressément réservées du consentement de tous les intéressés.

(Note: Nouvelle, cette disposition générale est bienvenue. Le principe qu'elle énonce justifie que les dispositions qui suivent apparaissent comme des applications).

Art. 1272. La novation faite entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires libère les autres.

(Note: A deux nuances près, c'est le texte de l'actuel article 1281 al. 1).

Art. 1273. En ce cas, les sûretés réelles garantissant l'ancienne créance ne peuvent être réservées que sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette, sauf convention contraire avec tel codébiteur.

(Note: L'alinéa second reproduit presque exactement l'article 1280 c.civ. actuel).

Art. 1274. La novation faite entre le créancier et la caution ne libère pas le débiteur principal. Elle ne libère pas davantage les autres cautions, sauf convention contraire.

(Note: Cette disposition reproduit exactement la "dernière jurisprudence").

SECTION 4
DE LA DELEGATION
(ART. 1275 À 1282)

Art. 1275. Il y a délégation lorsque, sur ordre d'une personne, le délégant, une autre personne, le délégué, s'engage envers une troisième personne, le délégataire*, qui l'accepte comme débiteur.

** Ressort essentiel de la délégation, l'engagement du délégué envers le délégataire et l'acceptation, par ce dernier, de la délégation, doivent figurer dans la définition de tête.*

Art. 1276. La délégation est valable alors même que le délégant n'est pas débiteur du délégataire ou que le délégué n'est pas débiteur du délégant.

Art. 1277. La délégation a pour objet, selon ce que les parties déterminent, l'une des opérations suivantes.

Art. 1278. Lorsque le délégant est débiteur du délégataire et que celui-ci le décharge expressément, la délégation opère un changement de débiteur.

Cette délégation confère au délégataire un droit direct et indépendant contre le délégué, qui ne peut lui opposer les exceptions dont le délégant aurait pu se prévaloir.

Art. 1279. Lorsque le délégant est débiteur du délégataire et que celui-ci ne le décharge pas expressément, cette délégation simple donne au délégataire un second débiteur en qualité de débiteur principal.

Quand la délégation est faite pour donner au délégataire un second débiteur, le paiement par le délégué libère le délégant.

Art. 1279-1. Si l'obligation du délégué résulte d'un engagement expressément stipulé indépendant, celui-ci ne pourra pas opposer au délégataire les exceptions dont aurait pu se prévaloir le délégant ou qu'il aurait pu lui-même opposer au délégant, à moins qu'il n'en soit autrement convenu.

Si le délégué, à la demande du délégant, a promis de payer ce que celui-ci doit au délégataire, il pourra opposer à ce dernier les exceptions du délégant, à moins qu'il n'en soit autrement convenu.

Art. 1279-2. Lorsque le délégant est débiteur du délégataire, il demeure tenu, alors même que celui-ci l'aurait déchargé, soit qu'il ait garanti l'insolvabilité du délégué, soit que le délégué se trouve soumis à une procédure d'apurement de ses dettes lors de la demande en paiement.

Art. 1280. Lorsque le délégué est débiteur du délégant, il appartient aux parties de décider s'il s'engage à payer au délégataire ce qu'il doit au délégant ou s'il souscrit envers lui un engagement expressément stipulé indépendant.

L'opposabilité des exceptions se règle alors comme il est dit à l'article précédent.

Art. 1281. L'engagement du délégué envers le délégataire rend indisponible la créance du délégant envers le délégué qui ne peut être ni cédée ni saisie.

Si une contestation s'élève sur la date de la délégation, la preuve incombe au délégué qui la rapporte par tous moyens.

Le paiement fait par le délégué au délégataire le libère à l'égard du délégant.

Le tout sauf convention différente des parties.

Art. 1282. La simple indication faite, par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place n'emporte point novation ni délégation.

Il en est de même de la simple indication faite, par le créancier, d'une personne qui doit recevoir pour lui.

CHAPITRE VII DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS

(Note: La théorie générale des preuves gouverne l'ensemble du droit privé. Elle aurait sa place naturelle dans le Titre préliminaire du Code civil, solution actuellement hors de portée. Le Titre des Obligations mérite d'en accueillir une bonne partie, d'abord en raison

de la généralité inhérente à la matière –sous laquelle se profile le droit commun de l'acte juridique et du fait juridique– et aussi pour ne pas bouleverser le travail des praticiens, préoccupation essentielle. Au demeurant, beaucoup de règles particulières de preuve sont énoncées dans le Code avec la matière qu'elles concernent –filiation, régime matrimoniaux, possession, etc.– Le mieux, en l'état, serait l'ennemi du bien. Un esprit pragmatique domine toute la matière).

SECTION I
DISPOSITIONS GÉNÉRALES
(ART. 1283 À 1290)

Art. 1283. Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

(Note: Il est prudent de ne pas toucher à ce texte. L'harmonie entre le Code civil et le Code de procédure civile –art. 9– ne nuit pas).

Art. 1284. La preuve des actes et des faits d'où naissent les obligations peut être faite, selon les distinctions qui suivent, par écrit, par témoins, par présomption, par aveu et par serment.

(Note: Ce texte d'annonce ouvre l'éventail des modes de preuve et introduit l'idée que les règles de preuve ne sont pas les mêmes pour les actes et les faits juridiques, et qu'elle peuvent d'ailleurs différer d'un mode à l'autre.

La référence aux actes et faits d'où naissent les obligations fait écho à l'article de tête du Titre des Obligations –art. 1101–.

La référence à la preuve par écrit introduit l'article qui suit, dans lequel, moyennant une simple inversion, peut apparaître la formule équivalente "preuve littérale" –occasion à conserver de poser la synonymie–).

Art. 1285. La preuve par écrit ou preuve littérale résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission.

(Note: La définition de la preuve par écrit vient aussitôt après l'énumération des modes de preuve. Cette définition est nécessaire à cause de la consécration de l'écrit sous forme électronique, lequel exige des précisions. La définition des autres modes apparaît dans les dispositions qui les concernent et en sont inséparables.

Le dédoublement proposé par les auteurs du projet est intéressant, mais l'avantage de reprendre à une nuance près (l'inversion) la teneur de l'actuel article 1316 est, d'une part, on l'a vu,

d'affirmer la synonymie entre preuve par écrit et preuve littérale, d'autre part, de faire le lien avec l'article qui précède).

Art. 1285-1. L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre [et possède la même force probante] que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

(Art. 1316-1 actuel).

Art. 1286. La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à cet acte.

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

(Art. 1316-4 actuel).

(Note: Le bloc de ces quatre articles a ici sa place: 1) pour ne pas le séparer de la définition de base qu'il complète d'ailleurs; 2) si l'on admet que les règles concernant l'écrit sous forme électronique ne concernent pas exclusivement la preuve des actes juridiques, mais ont une portée générale et donc, à l'occasion, pour la preuve des faits juridiques).

Art. 1287. La preuve des faits est libre; elle peut être rapportée par tous les moyens.

Hors les cas où la loi la détermine, la valeur des preuves est appréciée en conscience par le juge.

Dans le doute, le juge s'en tient à la plus forte vraisemblance.

(Note: Le principe de la liberté de la preuve concerne traditionnellement les faits juridiques. L'ériger en principe commun aux actes et aux faits juridiques n'est pas compatible avec l'existence –et le maintien nécessaire– des restrictions particulières à la preuve des actes juridiques.

Il ne paraît pas nécessaire de définir la preuve, notion élémentaire qui tombe sous le sens –commun–, quand au contraire tout énoncé théorique tombe dans la controverse –vérité du fait ou de l'allégation? tant d'autres débats possibles–.

Une proposition relative à la loyauté de la preuve soulève aussi beaucoup de problèmes –réflexion à approfondir–.

En revanche la référence à l'intime conviction (ici nommée "conscience" en appel de discussion), tout en réservant les exceptions légales, pourrait être opportune, de même qu'une disposition sur le doute et la plus forte vraisemblance. La règle du melius jus survole la preuve en tous ses domaines –comp. la preuve de la propriété–.

Art. 1288. La preuve des actes juridiques est assujettie à des règles particulières touchant à la forme de la preuve par écrit, à l'exigence d'une preuve littérale et à l'admissibilité de la preuve testimoniale.

(Note: Etablissant, dans leur principe, les restrictions qui affectent la preuve des actes juridiques –par opposition à celle des faits juridiques–, cette disposition en précise les objets et, par là, annonce les titres des Sections 2 et 3).

Art. 1288-1. Les présomptions, l'aveu et le serment obéissent à des règles générales.

(Note: Il s'agit de règles de preuve communes aux actes et aux faits juridiques. On pourrait chercher à le dire autrement. L'intérêt est d'annoncer la Section 4).

Art. 1289. Les conventions relatives à la preuve sont licites.

Néanmoins, elles ne peuvent ni écarter ni affaiblir les présomptions établies par la loi et ne peuvent davantage modifier la foi que la loi attache à l'aveu ou au serment.

Elles ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable attachée à ses propres écritures.

(Note: En ouvrant le champ aux conventions relatives à la preuve, il paraît nécessaire d'en marquer les limites. C'est ce que propose le nouvel article 1316-3).

NB: On aura remarqué que la disposition relative aux tailles (art. 1333) ne figure pas dans cette version du projet. Elle n'est plus en usage.

Comme le suggèrent les auteurs du projet, les dispositions relatives à la confirmation méritent sans doute d'être déplacées (art. 1338, 1339, 1340 actuels). D'où, en tout, un gain de trois loges d'articles.

Art. 1290. L'administration judiciaire de la preuve et les contestations qui s'y rapportent sont régies par le Code de procédure civile).

SECTION 2
DES FORMES DE LA PREUVE PAR ECRIT DES ACTES JURIDIQUES
(ART. 1291 À 1305)

(Note: Le titre actuel “De la preuve littérale” est trop général: certaines dispositions relatives à la preuve littérale figurent dans la Section 3. Il est trop vague: les exigences de la loi ici énoncées concernent précisément et exclusivement les formes de la preuve par écrit – et non l’exigence d’une preuve littérale. Cf. la Section 3 –.

La section pourrait également avoir pour titre: “Des formes de la preuve littérale des actes juridiques”).

Art. 1291. La preuve par écrit d’un acte juridique peut être préconstituée en la forme authentique ou sous seing privé.

Art. 1292. L’acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n’y est exprimé qu’en termes énonciatifs, pourvu que l’énonciation ait un rapport direct à la disposition. Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que d’un commencement de preuve.

(Art. 1320 actuel).

Art. 1293. Lorsque la loi n’a pas fixé d’autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu’en soit le support.

(Art. 1316-2 actuel).

§ 1. Du titre authentique

(Note: Question de terminologie. On peut dire indifféremment “titre” ou “acte” authentique. Mais “titre” est un terme de prestige qui convient bien à l’authenticité. L’usage traditionnel ne s’y trompe pas. On peut donc le conserver. L’ennui est que le “titre original” dont il est question à propos des copies peut être un acte sous seing privé – rien n’est parfait –. La pratique n’est pas déroutée par ces équivalents qui lui sont familiers).

Art. 1294. L’acte authentique est celui qui a été reçu par des officiers publics ayant le droit d’instrumenter dans le lieu où l’acte a été rédigé, et avec les solennités requises.

Il peut être dressé sur support électronique s’il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d’État.

(Art. 1317 actuel).

Art. 1294-1. L'acte qui n'est pas authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties.

(Art. 1318 actuel).

Art. 1294-2. L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause.

Néanmoins, en cas de plaintes en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation; et, en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, selon les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte.

(Art. 1319 actuel).

§ 2. De l'acte sous seing privé

Art. 1295. L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique.

(Art. 1322 actuel).

Art. 1295-1. Celui auquel on oppose un acte sous seing privé est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature.

Ses héritiers ou ayants cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur.

(Art. 1323 actuel).

Art. 1295-2. Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice.

(Art. 1324 actuel).

Art. 1296. Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables que s'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt.

Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits. Néanmoins, le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc, ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte.

Ces dispositions ne s'appliquent pas aux actes accomplis sous forme électronique.

(Art. 1325 actuel).

Art. 1297. La preuve d'un acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit résulter d'un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres.

Art. 1298. Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans les actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire.

(Art. 1328 actuel).

Art. 1299. Les écrits émanant de celui qui se prétend créancier ne font pas preuve de l'obligation qu'ils énoncent, sauf les dérogations résultant de la loi, de l'usage ou de la convention.

En ces deux derniers cas, ces écrits n'ont que valeur de présomptions et indices.

Art. 1300. Les écrits font preuve contre leur auteur; mais celui qui veut en tirer avantage ne peut les diviser.

Art. 1300-1. Les registres et papiers domestiques ne font pas un titre pour celui qui les a écrits. Ils font foi contre lui: 1° dans tous les cas où ils énoncent expressément un paiement reçu; 2° lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut du titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation.

(Art. 1331 modifié).

Art. 1300-2. L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée ni datée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur.

Il en est de même de l'écriture mise par le créancier au dos, ou en marge, ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur.

(Art. 1332 actuel).

§ 3. *Des copies de titres et actes recognitifs*

Art. 1301. Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée.

(Art. 1334 actuel employé).

Art. 1302. Lorsque le titre original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes:

1° Les copies exécutoires ou premières expéditions font la même foi que l'original: il en est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou de celles qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque.

2° Les copies qui, sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des copies exécutoires ou premières expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, peuvent, en cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes.

Elles sont considérées comme anciennes quand elles ont plus de trente ans.

Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit.

3° Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit.

4° Les copies de copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements.

(Art. 1335 actuel employé).

Art. 1303. La transcription d'un acte sur les registres publics ne pourra servir que de commencement de preuve par écrit; et il faudra même pour cela:

1° Qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire, de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été fait, soient perdues, ou que l'on prouve que la perte de la minute de cet acte a été faite par un accident particulier;

2° Qu'il existe un répertoire en règle du notaire, qui constate que l'acte a été fait à la même date. Lorsqu'au moyen du concours de ces deux circonstances la preuve par

témoins sera admise, il sera nécessaire que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils existent encore, soient entendus.

Art. 1304. En cas de perte du titre original, la copie fidèle et durable d'un acte sous seing privé peut suffire à en prouver l'existence.

Art. 1305. Les actes récongnitifs ne dispensent pas de la représentation de l'acte primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée.

Ce qu'ils contiennent de plus que l'acte primordial, ou ce qui s'y trouve de différent n'a aucun effet.

Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter l'acte primordial.

(Art. 1337 actuel remplacé).

SECTION 3
DE L'EXIGENCE D'UNE PREUVE PAR ECRIT
ET DE LA PREUVE TESTIMONIALE DES ACTES JURIDIQUES
(ART. 1306 À 1313)

(Note: Le titre actuel n'est pas satisfaisant. Le titre proposé serre le contenu des dispositions de la section qui pose d'abord l'exigence d'une preuve littérale et règle ensuite la preuve testimoniale).

Art. 1306. Il doit être constitué une preuve par écrit des actes juridiques excédant une somme ou une valeur fixée par décret.

Aucune preuve par témoins n'est reçue des parties à l'acte contre et outre son contenu, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis l'acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre.

Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

Art. 1307. La règle ci-dessus s'applique au cas où l'action contient, outre la demande du capital une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent le chiffre prévu à l'article précédent.

(Art. 1342 actuel).

Art. 1308. Celui qui a formé une demande excédant le chiffre prévu à l'article 1341 ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive.

(Art. 1343 actuel).

Art. 1309. La preuve testimoniale sur la demande d'une somme même inférieure à celle qui est prévue à l'article 1341 ne peut être admise lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit.

(Art. 1344 actuel).

Art. 1310. Si, dans la même instance, une partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme prévue à l'article 1341, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances procèdent de différentes causes, et qu'elles se soient formées en différents temps, sauf si ces droits proviennent par succession, donation ou autrement, de personnes différentes.

(Art. 1345 actuel).

Art. 1311. Toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit, seront formées par un même exploit, après lequel les autres demandes dont il n'y aura point de preuves par écrit ne seront pas reçues.

(Art. 1346 actuel).

Art. 1312. Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.

On appelle ainsi, s'il rend vraisemblable le fait allégué, tout écrit émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente.

Peuvent être considérées par le juge comme équivalant à un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre, ou son absence à la comparution.

(Art. 1347 modifié).

Tous autres modes de preuve devenant admissibles, le commencement de preuve par écrit doit être corroboré par au moins l'un d'entre eux pour que la preuve de l'acte soit complète.

(Note: Le commencement de preuve par écrit ne fait pas à lui seul la preuve de l'acte allégué. Il doit être complété par un élément de preuve extérieur à l'écrit qui le constitue).

Art. 1313. Les règles ci-dessus reçoivent encore exception lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure.

Elles reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction fidèle et durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support.

SECTION 4

REGLES PARTICULIERES AUX PRESOMPTIONS, A L'AVEU ET AU SERMENT

(ART. 1314 À 1326-2)

§ 1. Des présomptions

Art. 1314. Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu, en tenant celui-ci pour certain sur le fondement du fait qui le rend vraisemblable.

(Art. 1349 modifié).

Art. 1315. La présomption légale est celle qui est attachée, par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits; tels sont:

- 1° les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité;
- 2° les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées;
- 3° l'autorité que la loi attribue à la chose jugée;
- 4° la force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment.

(Art. 1350 actuel).

Art. 1316. L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

(Art. 1351 actuel).

Art. 1317. La présomption légale dispense celui au profit duquel elle est établie de la preuve du fait qu'elle prend en considération, quand le fait qui rend celui-ci vraisemblable est certain.

Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire et s.auf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.

(Art. 1352 modifié).

Art. 1318. Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves et précises ou concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet des preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.

De telles présomptions admettent toujours la preuve contraire.

(Art. 1353 modifié).

§ 2. *De l'aveu*

Art. 1319. L'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire ou judiciaire.

(Art. 1354 actuel).

Art. 1320. L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait pas admissible.

(Art. 1355 actuel).

La valeur probante d'un tel aveu est appréciée souverainement par le juge.

Art. 1321. L'aveu judiciaire est; la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial.

Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait;

Il ne peut être divisé contre lui;

Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit.

(Art. 1356 actuel).

§ 3. *Du serment*

Art. 1322. Le serment judiciaire est de deux espèces:

1° Celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties;

2° Celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause: il est appelé décisoire.

(Art. 1357 actuel).

Art. 1323. Le serment peut être déféré d'office par le juge à l'une des parties, soit pour en faire dépendre la décision de la cause, soit seulement pour déterminer le montant de la condamnation.

La valeur probante d'un tel serment est appréciée souverainement par le juge.

(Art. 1366 actuel).

Art. 1324. Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions suivantes; il faut:

- 1° Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée;
- 2° Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves.

Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la demande.

(Art. 1367 actuel).

Art. 1324-1. Le serment déféré d'office par le juge à l'une des parties ne peut être par elle référé à l'autre.

(Art. 1368 actuel).

Art. 1324-2. Le serment sur la valeur de la chose demandée ne peut être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur.

Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment.

(Art. 1369 actuel).

Art. 1325. Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit.

(Art. 1358 actuel).

Art. 1325-1. Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère.

(Art. 1359 actuel).

Art. 1325-2. Il peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.

(Art. 1360 actuel),

Art. 1325-3. Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception.

(Art. 1361 actuel).

Art. 1325-4. Le serment ne peut être référé quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré.

(Art. 1362 actuel).

Art. 1326. Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté.

(Art. 1363 actuel).

Art. 1326-1. La partie qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment.

(Art. 1364 actuel).

Art. 1326-2. Le serment ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui, et au profit de ses héritiers et ayants cause ou contre eux.

Néanmoins, le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier;

Le serment déféré au débiteur principal libère également les cautions;

Celui déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs;

Et celui déféré à la caution profite au débiteur principal.

Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal que lorsqu'il a été déféré sur la dette, et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement.

(Art. 1365 actuel).

SOUS-TITRE II
DES QUASI-CONTRATS
(ART. 1327 À 1339)

Art. 1327. Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires, comme la gestion sans titre de l'affaire d'autrui, le paiement de l'indu ou l'enrichissement sans cause

dont il résulte, un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui.

(Notes:

1) *L'article 1370 reprend le canevas actuel de l'article 1371. La référence à l'auteur des faits rend superflue la précision “de l'homme”. L'engagement de celui qui profite de ces faits envers leur auteur vient en premier, car il est commun à tous les quasi-contrats – et inhérent à la notion – tandis que l'engagement de l'auteur des faits est occasionnel – et en pratique propre à la gestion d'affaires –. La gestion sans titre signifie sans mandat ni titre légal ou judiciaire d'intervention dans les affaires d'autrui.*

2) *L'article 1370 ainsi énoncé développe la définition esquissée dans l'article 1101-2 alinéa 2 au titre de la source des obligations.*

3) *Les deux espèces particulières de quasi-contrats et la théorie générale de l'enrichissement sans cause ont pour point commun un avantage reçu par une personne qui n'y a pas droit – critère de regroupement suggéré par Carbonnier –.*

4) *L'insistance “gestion sans titre de l'affaire d'autrui” est marquée pour mettre en valeur un point commun à tous les quasi-contrats: sans titre, indu, sans cause. Il n'est bien entendu question que de la gestion d'affaires dans la section qui lui est consacrée – mais on aurait pu concevoir d'intituler le chapitre: “De la gestion sans titre de l'affaire d'autrui”. Pourquoi pas? –).*

CHAPITRE I

DE LA GESTION D'AFFAIRES

(OU: DE LA GESTION SANS TITRE DE L'AFFAIRE D'AUTRUI)

Art. 1328. Celui qui, spontanément, se charge à titre bénévole de l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, se soumet, dans l'accomplissement des actes juridiques ou matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandat exprès qu'il en aurait reçu.

(Note: Le caractère gratuit du mandat résulte suffisamment du fait que la rémunération du gérant ne figure pas au nombre des obligations du maître de l'affaire. L'utilité de la gestion est une condition de ces obligations qui est marquée à leur propos, ce qui suffit. L'adjonction des actes matériels est désormais classique).

Art. 1328-1. Il doit continuer la gestion de l'affaire et de ses dépendances jusqu'à ce que le maître de l'affaire ou son héritier soit en état d'y pourvoir lui-même ou qu'il puisse s'en décharger sans risque de perte.

(Note: C'est le emploi de deux dispositions: c.civ. art. 1372 et 1373).

Art. 1328-2. Les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire peuvent autoriser le juge à modérer les dommages-intérêts qui résulteraient d'une gestion défectueuse.

(Note: C'est à quelques mots près la disposition de l'art. 1374, al. 2 actuel. Cette souplesse mérite d'être conservée car elle oriente le juge vers les circonstances variables qui ont présidé à l'intervention –sa nécessité, l'esprit de son auteur, etc–).

Art. 1328-3. Celui dont l'affaire a été utilement gérée doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites et, à l'exclusion de toute rémunération, lui tenir compte des pertes qu'il a subies.

(Note: "utilement": c'est le mot clé qui est à sa place en tête des obligations du maître qui sont subordonnées à l'utilité de la gestion; la référence aux pertes subies est bien venue).

Art. 1329. Les règles de la gestion d'affaires s'appliquent semblablement lorsque la gestion est entreprise non dans l'intérêt exclusif d'autrui mais dans l'intérêt commun d'autrui et du gérant.

Dans ce dernier cas, la charge des engagements, des dépenses et des pertes se répartit à proportion des intérêts de chacun.

Art. 1329-1. Si l'action du gérant ne répond pas aux conditions de la gestion d'affaires mais tourne néanmoins au profit du maître de cette affaire, celui-ci doit indemniser le gérant selon les règles de l'enrichissement sans cause.

(Note: C'est la reprise, à quelques nuances de formulation près, d'une suggestion intéressante).

CHAPITRE II

DU PAIEMENT DE L'INDU

Art. 1330. Celui qui reçoit, par erreur ou sciemment, ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu.

(Note: C'est l'article 1376 actuel, texte de base très clair qui correspond typiquement au quasi-contrat).

Si toutefois il prouve que le paiement procède d'une intention libérale, d'une obligation naturelle ou d'une autre cause, il n'y a pas lieu à restitution.

(Note: C'est une adjonction d'évidence, mais plutôt opportune –effet de cohérence avec diverses autres dispositions–).

Art. 1331. Il y a lieu à restitution lorsque la dette qui avait justifié le paiement est par la suite annulée ou résolue, ou perd d'une autre façon sa cause.

(Note: Point d'interrogation: cette disposition sort du domaine du quasi-contrat. C'est une extension à des cas qui appartiennent à la théorie des nullités—des sanctions—. Cette extension est d'ailleurs aujourd'hui contestée—Civ. 1ère 24 septembre 2002, D. 2003-369—).

Art. 1332. Lorsqu'une personne, par erreur ou sous la contrainte* a acquitté la dette d'autrui, elle peut se faire rembourser soit par le véritable débiteur**, soit par le créancier, sauf si celui-ci, par suite du paiement, a supprimé son titre ou abandonné une sûreté***.

* Adjonction aujourd'hui généralement admise.

** L'attribution de cette option est intéressante.

*** La référence à l'abandon d'une sûreté est également intéressante.

Art. 1333. S'il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, il est tenu de restituer tant le capital que les intérêts ou les fruits, du jour du paiement.

(Note: C'est l'art. 1378 actuel).

Art. 1334. Si la chose indûment reçue est un corps certain, celui qui l'a reçu doit le restituer en nature, s'il existe, ou sa valeur au jour de la restitution, s'il est péri ou détérioré par sa faute; il est même garant de sa perte par cas fortuit, s'il l'a reçu de mauvaise foi.

(Note: C'est l'art. 1379 actuel mais avec référence à un corps certain (dans la teneur actuelle, le bien meuble corporel pourrait être une chose de genre, ce qui est non pertinent dans cette disposition)).

Art. 1334-1. Si celui qui a reçu de bonne foi a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente; dans le cas contraire, il en doit la valeur au jour de la restitution.

(Note: C'est l'art. 1380 actuel moyennant l'adjonction de l'hypothèse contraire de la mauvaise foi).

Art. 1335. Celui auquel la chose est restituée doit tenir compte, même au possesseur de mauvaise foi, de toutes les dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose.

(Note: C'est la disposition actuelle de l'art. 1381).

CHAPITRE III
DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

Art. 1336. Quiconque s'enrichit sans cause au détriment d'autrui doit à celui qui s'en trouve appauvri une indemnité égale à la moindre des deux sommes auxquelles s'élèvent l'enrichissement et l'appauvrissement.

(Note: Cette formule traditionnelle, en jurisprudence, paraît préférable à "dans la mesure de l'enrichissement corrélatif").

Art. 1337. L'enrichissement est sans cause lorsque la perte subie par l'appauvri ne procède ni de son intention libérale en faveur de l'enrichi, ni de l'accomplissement des obligations dont il est tenu envers lui, en vertu de la loi, du jugement ou du contrat, ni de la poursuite d'un intérêt purement personnel.

(Note: Cette formulation qui développe le titre du chapitre, est plus simple et plus claire que la démarche inverse – "l'avantage n'est pas injustifié" – et permet de regrouper tous les cas d'absence de cause).

Art. 1338. L'appauvri n'a pas d'action quand les autres recours dont il disposait se heurtent à des obstacles de droit comme la prescription*, ou lorsque son appauvrissement résulte d'une faute grave de sa part**.

** La subsidiarité de l'action de in rem verso est indiquée dans sa conséquence principale.*

*** La réserve de la faute grave est proche de la jurisprudence.*

Art. 1339. L'enrichissement et l'appauvrissement s'apprécient au jour de la demande. Toutefois, en cas de mauvaise foi de l'enrichi, l'enrichissement s'appréciera au temps où il en a bénéficié.

(Note: Cet article final est utile).

GENEVIÈVE VINEY

Sous-titre III - “De la responsabilité civile”

(art. 1340 à 1386)

Exposé des motifs

L'objet du présent rapport consiste à rendre compte de l'essentiel des débats qui se sont déroulés au sein du groupe de travail chargé de la rédaction du Titre IV "De la responsabilité". Il tend à expliciter le sens des choix qui ont été faits sur les points les plus importants. Il est complété par les notes et observations qui accompagnent le texte lui-même.

1. L'une des difficultés auxquelles a été affronté le groupe consistait à déterminer le niveau de généralité auquel il convenait de se placer pour sélectionner les dispositions à insérer dans le Code civil.

1° En particulier, il a fallu prendre parti sur le point de savoir s'il convenait d'inclure, à côté des dispositions générales qui relèvent de ce qu'il est convenu d'appeler "le droit commun", certains régimes spéciaux de responsabilité.

Les avis étaient très partagés à ce sujet. Certains ont émis l'opinion que ces régimes n'auraient pas leur place dans le Code civil et que le parti, pris en 1998, d'y insérer le texte transposé de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux serait regrettable, tandis que d'autres ont fait valoir qu'il est souhaitable que le Code civil reflète les tendances marquantes du droit contemporain et que les dispositions les plus couramment appliquées par les tribunaux y figurent.

Finalement, il a été décidé de laisser hors du Code civil la plupart des régimes spéciaux de responsabilité ou d'indemnisation qui sont réglementés par des lois particulières¹ mais de ne pas proposer d'en extraire les articles 1386-1 à 1386-18² que le groupe a laissé intacts puisque le législateur français ne peut désormais modifier ces textes sans l'assentiment des autorités européennes. En revanche, la majorité s'est prononcée en faveur de l'inclusion des dispositions réglementant le droit à indemnisation des victimes d'accidents de la circulation terrestre, en apportant d'ailleurs à celles-ci des modifications de forme et de fond importantes par rapport à la loi du 5 juillet 1985.

2° C'est, en second lieu, à propos de la réglementation de l'*indemnisation du dommage corporel* qu'il est apparu difficile de concilier l'impératif d'une rédaction claire et concise avec la volonté d'apporter les précisions techniques nécessaires pour définir les droits et les obligations des parties. Notamment, la liste des préjudices indemnisables (article 1379) et surtout celle des prestations

1 Notamment celles qui réglementent la responsabilité des compagnies aériennes pour les dommages causés au sol par les appareils, celle des exploitants de téléphériques pour les dommages subis par les tiers, celle de l'exploitant d'un réacteur nucléaire, etc. Il en va de même pour les textes régissant l'indemnisation des accidents du travail, des dommages résultant d'infractions ou d'attentats terroristes, de transfusions contaminées par le virus HIV, de l'amiante, etc.

2 Cette proposition n'a pas recueilli l'unanimité.

ouvrant droit au recours des tiers payeurs (article 1379-5) peuvent paraître d'une facture peu élégante. La première semble pourtant indispensable. Quant à la seconde, elle reproduit l'actuel article 29 de la loi du 25 juillet 1985 et l'article L-131-2 du Code des assurances auxquels on aurait pu songer à renvoyer purement et simplement, mais, pour des raisons de commodité, la majorité des membres du groupe a jugé préférable de l'intégrer dans le code qui, de ce fait, contient l'ensemble des règles applicables à cette question de l'indemnisation du dommage corporel, si importante en pratique.

II. Le choix d'une *construction* adaptée à la matière a soulevé d'emblée la question de *la place à assigner respectivement aux questions relatives à la responsabilité contractuelle et à la responsabilité extra-contractuelle*. Fallait-il maintenir la réglementation de la responsabilité contractuelle dans le titre III à la place que lui avaient assignée les rédacteurs du Code civil, en limitant l'objet du titre IV à la responsabilité extra-contractuelle? Était-il, au contraire, préférable de regrouper l'ensemble sous un titre unique intitulé "De la responsabilité"? Les membres du groupe, divisés sur ce point, ont laissé ce problème en suspens tant que les solutions n'ont pas été arrêtées sur le fond. C'est seulement après avoir rédigé l'ensemble et constaté que les règles communes aux deux branches de la responsabilité l'emportent très largement, qu'ils ont adopté, à la majorité, le second parti³. Un chapitre intitulé "Dispositions préliminaires" a été placé en exergue du titre IV afin de régler les relations entre les deux branches de la responsabilité.

Suivent deux chapitres consacrés respectivement aux conditions (chapitre deux) et aux effets (chapitre trois) de la responsabilité, suivi du dernier chapitre intitulé "Des principaux régimes spéciaux de responsabilité ou d'indemnisation".

A propos des conditions de la responsabilité (chapitre deux), l'accord s'est fait assez facilement pour reconnaître que le préjudice réparable, le lien de causalité et les causes d'exonération se définissent de la même façon en matière contractuelle et extra-contractuelle, ce qui a conduit à les regrouper dans une section 1 intitulée "Dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extra-contractuelle". En revanche, le fait générateur de la responsabilité a fait l'objet de dispositions distinctes pour la responsabilité extra-contractuelle, d'une part, la section 2 traitant successivement du "fait personnel", du "fait des choses", du "fait d'autrui", des "troubles de voisinage" et des "activités dangereuses", et pour la responsabilité contractuelle, d'autre part, la section 3 ne faisant pas cette distinction.

3 Certains demeurent cependant réticents car ils estiment que cette présentation ne fait pas ressortir assez nettement le particularisme de la responsabilité contractuelle.

Le chapitre trois consacré aux effets de la responsabilité comporte une section 1 intitulée "Principes" qui traite de "la réparation en nature" (§ 1), des règles générales concernant l'évaluation et les modalités de l'indemnisation sous forme de "dommages-intérêts" (§ 2) et de l'incidence de la pluralité de responsables (§ 3). Quant à la section 2, elle apporte des précisions concernant les règles applicables à la réparation de certaines catégories de dommages, à savoir "l'atteinte à l'intégrité physique" (§ 1), "l'atteinte aux biens" (§ 2), et le retard dans le paiement d'une somme d'argent (§ 3). La section 3 définit le statut des conventions portant sur la réparation, soit qu'elles l'excluent ou la limitent (§ 1), soit qu'elles en fixent forfaitairement le montant (§ 2). Une dernière section, très brève, est consacrée à la prescription de l'action en responsabilité.

Le chapitre IV consacré aux régimes spéciaux est divisé en deux sections, l'une consacrée à l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation et l'autre, à la responsabilité du fait des produits défectueux.

III. *Sur le fond*, les membres du groupe n'ont pas cherché à innover systématiquement. Au contraire, ils ont consacré la plupart des solutions qu'a dégagées la jurisprudence pour compléter les dispositions très elliptiques qui figuraient dans le Code civil. Toutefois, ils n'ont pas voulu non plus se limiter à proposer une "codification à droit constant", estimant qu'ils devaient prendre parti sur les questions délicates à propos desquelles la jurisprudence est divisée ou contestée par la doctrine. Ils n'ont pas hésité non plus à écarter les dispositions qui leur sont apparues périmées⁴ ou même seulement inopportunes⁵, ni à en introduire de nouvelles lorsqu'elles leur ont semblé de nature à accorder le droit positif aux exigences de la vie contemporaine⁶.

Nous nous bornerons à signaler dans ce rapport les positions qui paraissent les plus marquantes.

1° *La position du groupe concernant le concept de responsabilité contractuelle*

On sait qu'un courant doctrinal récent nie le rattachement des dommages-intérêts contractuels au concept de responsabilité⁷. Les auteurs qui défendent ce point de vue estiment que ces dommages-intérêts constituent une simple

4 Comme la responsabilité de l'artisan du fait de ses apprentis prévue actuellement par l'article 1384 alinéa 6 ou la responsabilité du propriétaire d'un bâtiment pour les dommages causés par le défaut d'entretien ou le vice de construction résultant de l'article 1386.

5 Comme celle qu'a introduite la loi du 7 novembre 1922 à l'alinéa 2 de l'article 1384.

6 Par exemple celles qui figurent aux articles 1358, 1360, 1362, 1371, 1373, et 1379-7... du texte proposé.

7 Pour un exposé particulièrement complet de cette doctrine, voir PHILIPPE REMY, "La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept", *Rev. trim. dr. civ.* 1997, p. 323. Cette position a été développée d'abord par PHILIPPE LE TOURNEAU. Elle a été reprise ensuite par DENIS TALLON.

modalité de l'exécution des obligations contractuelles, ce qui les amène à écarter l'exigence d'un dommage pour justifier leur octroi et à proposer de soumettre au régime extra-contractuel toutes les condamnations à réparer les suites dommageables de l'inexécution.

Cette vision des choses, qui est contredite par une jurisprudence très majoritaire, n'a pas emporté l'adhésion de la majorité de la doctrine. Elle n'a pas été retenue par les membres du groupe. Ceux-ci estiment en effet qu'il est nécessaire de maintenir, au profit du créancier insatisfait, à côté du droit d'exiger l'exécution ou de demander la résolution du contrat, la possibilité d'obtenir réparation des dommages que lui a causés l'inexécution. Cette troisième voie leur paraît tout à fait autonome par rapport aux deux autres, aussi bien quant aux conditions imposées au demandeur pour s'y engager que quant aux résultats qu'il peut en attendre. Etant la seule qui garantisse le créancier contre les conséquences préjudiciables de la défaillance contractuelle, elle est indispensable à sa protection. Par ailleurs, son objectif indemnitaire et le fait qu'elle résulte d'une inexécution – c'est-à-dire d'un fait illicite, au sens large – permet de la rattacher au concept de responsabilité, sans pour autant condamner les particularités de son régime qui s'expliquent par le souci de préserver les prévisions des parties et d'éviter la dénaturation du contrat.

2° Toutefois, cette option en faveur de l'admission d'une véritable responsabilité contractuelle pose un redoutable problème en droit positif, celui des *relations entre les deux régimes de responsabilité, contractuelle et extra-contractuelle*.

Traditionnellement, le droit français prohibe ce qu'on appelle le "cumul" des régimes de responsabilité, c'est-à-dire en réalité la possibilité, pour la victime d'un dommage contractuel, de choisir de préférence l'application du régime délictuel. Pour justifier cette interdiction, on invoque généralement le fait que les règles relevant de cette branche de la responsabilité risqueraient de déjouer les prévisions des contractants et de tenir en échec les clauses du contrat.

Les membres du groupe étaient divisés sur l'opportunité de consacrer dans le Code cette "règle du non-cumul" qui est ignorée par la plupart des droits étrangers. Toutefois, il a été décidé, à la majorité, de l'inscrire à l'article 1341, en lui apportant cependant une exception très importante au profit des victimes de dommages corporels. Il a paru en effet souhaitable de permettre à celles-ci d'opter en faveur du régime qui leur est le plus favorable, à condition toutefois qu'elles soient en mesure d'apporter la preuve des conditions exigées pour justifier le type de responsabilité qu'elles invoquent.

L'article 1342 prévoit, quant à lui, l'hypothèse dans laquelle l'inexécution d'une obligation contractuelle est à l'origine d'un dommage subi par un tiers. Actuellement, la jurisprudence tend à reconnaître très largement dans ce cas

la responsabilité du débiteur, mais, quant à la nature de cette responsabilité, elle reste particulièrement hésitante. La plupart des arrêts la qualifient de "délictuelle" ou "extra-contractuelle", n'hésitant pas à affirmer que le seul manquement au contrat suffit à établir une faute délictuelle ou un fait de la chose dès lors qu'il a causé un dommage à un tiers. Toutefois, lorsque la propriété d'une chose a été transmise par une chaîne de contrats, l'acquéreur est alors doté d'une "action directe nécessairement contractuelle" contre tous les maillons antérieurs de la chaîne de distribution. En outre, dans quelques espèces, la Cour de cassation a jugé que l'obligation contractuelle de sécurité profite, non seulement au créancier, mais également aux tiers, sans préciser pour autant si l'action du tiers victime est soumise alors au régime contractuel ou au régime extra-contractuel. Ces solutions trahissent donc l'incertitude des juges qui n'a d'égale d'ailleurs que celle de la doctrine, les auteurs se montrant très embarrassés pour proposer des solutions cohérentes.

C'est pourquoi il a paru indispensable de lever ces incertitudes.

Pour le faire, les membres du groupe sont partis de deux constatations.

Tout d'abord, la tendance à admettre largement la responsabilité du débiteur vis à vis des tiers auxquels il a directement causé un dommage par sa défaillance contractuelle correspond à une aspiration qui semble juste et qui d'ailleurs est étayée, sur le plan théorique, par l'admission du principe "d'opposabilité du contrat". C'est pourquoi il a été décidé de consacrer cette responsabilité par une disposition explicite (à l'article 1342 alinéa 1^{er}).

En revanche, il est clair que la soumission de cette responsabilité au régime extra-contractuel risque à la fois de déjouer les prévisions des parties en écartant l'application des clauses du contrat qui ne sont pas compatibles avec ce régime (notamment celles qui écartent ou allègent les obligations ou les responsabilités ou qui désignent la juridiction compétente ou la loi applicable) et de conférer ainsi aux tiers qui invoquent le contrat pour fonder cette responsabilité une position plus avantageuse que celle dont peut se prévaloir le créancier lui-même. Or cela semble particulièrement anormal.

C'est donc l'application du régime extra-contractuel qui fait difficulté. Or cette application, que l'on justifie généralement en invoquant le fameux principe de l' "effet relatif du contrat", n'est en réalité nullement imposée par l'article 1165 du Code civil. Des très nombreux et importants travaux consacrés à ce principe, il ressort en effet que sa portée se limite à deux conséquences essentielles. Au moment de la conclusion du contrat, il interdit aux parties de lier les tiers et, au moment de l'exécution, il leur réserve le droit d'exiger celle-ci. En revanche, il ne commande nullement le choix du régime de responsabilité à appliquer en cas d'inexécution.

Pour définir celui-ci, ce sont par conséquent les considérations pratiques qui doivent l'emporter. Or celles-ci commandent *d'imposer l'application du régime contractuel dès lors que le fondement de l'action réside uniquement dans un manquement au contrat. C'est en effet la seule façon de soumettre les tiers à toutes les limites et conditions que le contrat impose au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage.*

En revanche, si le tiers peut établir à la charge du débiteur, outre la défaillance contractuelle, un fait générateur de responsabilité extra-contractuelle, il n'y a alors aucune raison de le priver de l'action destinée à faire reconnaître cette responsabilité⁸.

Ce sont les solutions que propose de consacrer l'article 1342 alinéas 1 et 2 du projet présenté.

3° Une autre caractéristique importante des textes présentés réside dans la faveur qu'ils manifestent *à l'égard des victimes de dommages corporels ou d'atteintes à la personne.*

Cette tendance apparaît à l'article 1341 qui, dans son alinéa 2, autorise ces victimes à choisir le régime qui leur est le plus favorable, sans se heurter à la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle.

On la retrouve également à l'article 1351 qui prévoit que, si elles ont commis des fautes en relation avec leur propre dommage, ces fautes ne seront retenues contre elles pour amputer leur droit à réparation que si elles sont "graves".

Elle inspire encore l'article 1373 qui refuse au juge le pouvoir de réduire l'indemnisation en raison d'un refus de soins, même lorsque ceux-ci auraient été de nature à limiter les conséquences du dommage et l'article 1382-1 qui interdit de stipuler par convention toute restriction de l'indemnisation du dommage corporel.

Enfin l'aménagement de l'indemnisation de ce type de dommage par les articles 1379 à 1379-8 apparaît dans l'ensemble favorable aux victimes.

4° Un autre domaine dans lequel un certain nombre d'innovations ont été proposées est celui de la *responsabilité extra-contractuelle du fait d'autrui.*

On sait que depuis l'arrêt BLIECK rendu par la Cour de cassation en assemblée plénière le 29 mars 1991, la jurisprudence a profondément modifié les applications de ce type de responsabilité, sans toutefois être parvenue jusqu'à présent à stabiliser la matière.

8 Certes, cela laisse au tiers un avantage par rapport au créancier, mais cet avantage semble normal puisque le tiers n'a pas consenti aux éventuelles limitations du droit à réparation que le créancier a acceptées. Or il a subi un dommage contre lequel il n'avait aucun moyen de se prémunir.

Pour tenter de le faire, les membres du groupe ont estimé qu’il convenait d’abord d’indiquer les deux fondements possibles de la responsabilité du fait d’autrui qui sont, d’une part, le fait de régler le mode de vie des personnes soumises à une surveillance particulière en raison de leur état, et, d’autre part, le fait d’encadrer et d’organiser l’activité d’autrui dans l’intérêt personnel de celui qui exerce ce contrôle (article 1355).

Dans tous les cas, il est apparu nécessaire d’exiger la preuve d’un fait de nature à engager la responsabilité de l’auteur direct du dommage (article 1355 alinéa 2). Cette condition n’est pas conforme à la jurisprudence actuelle relative à la responsabilité des père et mère qui est désormais admise dès lors qu’est établi un simple “fait causal” du mineur.

a. *Les personnes dont il est nécessaire de régler le mode de vie* sont, d’une part, les mineurs et, d’autre part, les majeurs dont l’état nécessite une surveillance particulière en raison d’un handicap ou de précédents judiciaires.

Parmi les personnes chargées d’une responsabilité de plein droit pour le fait d’enfants mineurs, les père et mère ont été placés en première ligne. Il a semblé nécessaire de lier cette responsabilité à l’exercice de l’autorité parentale, mais c’est là la seule condition qui a été maintenue, la cohabitation de l’enfant avec ses parents ayant été, en revanche, écartée en raison des difficultés que suscite sa définition et des anomalies auxquelles avait conduit l’application de cette exigence lorsqu’elle était interprétée de manière rigoureuse⁹.

En cas de décès des parents, le tuteur assumerait la même responsabilité. Cette désignation, de préférence au conseil de famille, s’inspire de considérations pratiques. Le tuteur est facilement identifiable par la victime et il peut prendre l’assurance destinée à garantir ce risque.

Enfin il est prévu que la responsabilité incombe également à “la personne physique ou morale chargée, par décision judiciaire ou administrative, ou par convention de régler le mode de vie du mineur”. Cette disposition désigne, outre les associations d’action éducative, établissements ou organismes de rééducation chargés par le juge de l’assistance éducative ou par le juge des enfants ou un tribunal pour enfants de prendre en charge le mineur en danger ou délinquant, les instituts médico-éducatifs ou établissements scolaires auxquels les parents ont confié l’enfant en pension par contrat.

Le texte précise que ces différents cas de responsabilité ne s’excluraient pas l’un l’autre, mais pourraient se cumuler (article 1356 *in fine*).

9 En effet, elle favorisait alors celui des père et mère qui avaient quitté l’enfant au détriment de celui qui s’en occupait effectivement.

Une responsabilité analogue pèserait sur “les personnes physiques ou morales chargées, par décision judiciaire ou administrative ou par convention, de régler le mode de vie” des majeurs “dont l’état nécessite une surveillance particulière”. Il s’agit, non seulement des majeurs en tutelle, mais aussi des jeunes adultes ayant fait l’objet d’une mesure de placement à la suite d’une infraction ou des malades mentaux hospitalisés selon les modalités prévues par le titre 1^{er} du Livre II de la 3^e partie du code de la santé publique (articles 3211).

Ces responsabilités seraient encourues de plein droit et ne pourraient être écartées que par la preuve d’une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure.

En outre, il a semblé utile de prévoir que toute autre personne c’est-à-dire celle qui n’encourt pas la responsabilité prévue aux articles 1356 et 1357, mais qui assume, à titre professionnel, une mission de surveillance d’autrui répond du fait de l’auteur direct à moins qu’elle prouve n’avoir pas commis de faute.

b. Parmi les applications de *la responsabilité fondée sur l’encadrement et l’organisation de l’activité d’autrui par une personne qui profite de cette activité*, il est un cas tout à fait classique, celui du commettant dont la responsabilité serait admise aux mêmes conditions qu’aujourd’hui.

En revanche, le projet prévoit de modifier la situation personnelle du préposé. Sa responsabilité ne serait pas écartée purement et simplement, comme l’a admis l’assemblée plénière de la Cour de cassation par son arrêt Costedoat du 25 février 2000. Elle deviendrait subsidiaire par rapport à celle du commettant, ce qui apparaît plus protecteur de l’intérêt des victimes, tout en assurant une protection suffisante au préposé.

En outre, parce que les relations commettant-préposé ont été redéfinies de manière relativement stricte, un autre cas de responsabilité pour autrui a été prévu à la charge des professionnels qui encadrent ou contrôlent l’activité d’autres professionnels en situation de dépendance économique, que ceux-ci soient des membres de professions libérales comme, par exemple, le médecin qui travaille au profit d’une clinique, ou des commerçants, comme la filiale qui dépend d’une société mère, le concessionnaire ou le franchisé qui exerce son activité en partie au profit du concédant ou du franchiseur. La responsabilité du professionnel dominant serait alors engagée lorsque le fait dommageable commis par celui qui est en situation de dépendance serait en relation directe avec l’exercice du contrôle.

Ce cas de responsabilité serait tout à fait nouveau, mais les membres du groupe ont pensé qu’il serait extrêmement utile pour ajuster le droit de la responsabilité aux transformations qui ont affecté les structures économiques, aussi bien dans le secteur de la production que dans celui de la distribution.

Il permettrait en effet de faire peser une part des responsabilités encourues à la suite des dommages causés à l'occasion des activités économiques sur les véritables décideurs, ce qui serait à la fois plus juste vis à vis des professionnels en situation de dépendance et plus protecteur des victimes.

5° Parmi les innovations proposées, il convient de signaler encore l'introduction d'un nouveau cas de *responsabilité de plein droit, celle qui incomberait à l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse* pour les dommages consécutifs à cette activité (article 1362).

Cette disposition a été particulièrement discutée au sein du groupe. Ses partisans ont fait valoir qu'elle rapprocherait le droit français de la plupart des droits des pays voisins et qu'elle serait en harmonie avec la jurisprudence administrative qui est en ce sens. Pourtant, certains membres du groupe ont objecté que d'autres dispositions, en particulier celles qui concernent la responsabilité du fait des choses, la rendraient à peu près inutile. A quoi il a été rétorqué que ce texte concernerait essentiellement les catastrophes industrielles alors que la responsabilité du fait des choses est mieux adaptée aux dommages entre particuliers.

Finalement, il a été décidé de maintenir cette règle pour le cas de dommages de masse résultant d'activités présentant des risques graves.

6° En ce qui concerne les *fonctions assignées à la responsabilité*, les textes proposés accordent la première place à la réparation, conformément au droit actuel.

Toutefois, une disposition (l'article 1372) ouvre prudemment la voie à l'octroi de *dommages-intérêts punitifs*. Elle soumet le prononcé de cette sanction à la preuve d'une "faute délibérée, notamment d'une faute lucrative", c'est-à-dire d'une faute dont les conséquences profitables pour son auteur ne seraient pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés. Elle exige également une motivation spéciale et impose au juge de distinguer les dommages-intérêts punitifs des dommages-intérêts compensatoires. Enfin elle interdit leur prise en charge par l'assurance, ce qui est indispensable pour donner à cette condamnation la portée punitive qui constitue sa raison d'être.

Quant à la *prévention*, elle n'est pas présentée comme l'une des fonctions spécifiques de la responsabilité. Cependant, une place discrète lui a été réservée, sous le couvert de la réparation en nature. En effet, l'article 1369-1 dispose que "Lorsque le dommage est susceptible de s'aggraver, de se renouveler ou de se perpétuer, le juge peut ordonner, à la demande de la victime, toute mesure propre à éviter ces conséquences, y compris au besoin la cessation de l'activité dommageable".

La même idée inspire également l'article 1344 aux termes duquel "les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour écarter son aggravation ainsi que pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées".

7° Parmi les textes proposés pour guider les juges dans l'évaluation des dommages-intérêts, la plupart entérinent les positions de la jurisprudence actuelle.

On signalera cependant une disposition qui n'est d'ailleurs pas sans rapport avec l'article 1344 qui vient d'être cité. Il s'agit de l'article 1373 qui *autorise le juge à réduire l'indemnisation lorsque la victime, par une négligence caractérisée, a laissé un dommage s'aggraver sans réagir ou n'a rien fait pour le réduire*.

La reconnaissance de cette possibilité de modération répond au souci de responsabiliser les victimes. Elle est admise aujourd'hui par la plupart des droits des pays voisins de la France ainsi que par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises¹⁰ et les Principes du droit européen du contrat préconisent son adoption¹¹.

On soulignera que, dans le texte proposé, il ne s'agit que d'une possibilité laissée à l'appréciation du juge et que l'exercice de cette faculté est subordonnée à la constatation que la réduction du dommage pouvait être obtenue par des "mesures raisonnables et proportionnées". En outre, il est précisé, on l'a déjà souligné, qu'aucune réduction ne peut être admise lorsque ces mesures seraient de nature à porter atteinte à l'intégrité physique de la victime. Autrement dit, le refus de soins ne peut jamais motiver une diminution de l'indemnisation des préjudices résultant d'un dommage corporel.

8° Les dispositions concernant "*les conventions portant sur la réparation*" proposent plusieurs changements par rapport au droit actuel.

Elles consacrent d'abord *la validité des clauses excluant ou limitant la réparation, même si elles affectent une responsabilité de nature extra-contractuelle* (article 1382), sauf lorsque cette responsabilité est fondée sur une faute (article 1382-4, alinéa 2).

Cette validation en matière extra contractuelle concerne principalement les conventions portant sur les responsabilités entre voisins ou entre personnes qui entreprennent une activité en commun sans être liées par un contrat de société ou d'association.

¹⁰ Art. 77 CVIM.

¹¹ Art. 9-505.

Une première limite à la validité des clauses restrictives de responsabilité ou de réparation affecte l'indemnisation du dommage corporel qui ne pourrait être amputée conventionnellement (article 1382-1). Or cette solution, qui est réclamée depuis longtemps par une doctrine quasi-unanime, n'a jamais jusqu'à présent été affirmée clairement par la jurisprudence.

Une autre disposition propose de considérer comme nulles les clauses restrictives de responsabilité stipulées par un professionnel au détriment d'un consommateur lorsqu'elles ne sont compensées par aucune "contrepartie réelle, sérieuse et clairement stipulée". Elle est tout à fait dans la ligne des solutions qui se dégagent des recommandations de la Commission des clauses abusives.

Le texte consacre également certaines solutions d'ores et déjà admises par la jurisprudence, notamment l'inefficacité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en présence d'un dol ou d'une faute lourde et la nullité de celles qui ont pour effet de libérer le débiteur contractuel de toute responsabilité pour les conséquences du manquement à l'une de ses obligations essentielles. Il subordonne enfin l'opposabilité de la clause, en matière contractuelle, à la possibilité pour la victime d'en prendre connaissance avant la formation du contrat et, en matière extra-contractuelle, à une "acceptation non équivoque".

Mais les innovations les plus importantes concernent les clauses qui sont aujourd'hui désignées couramment par l'expression de "clauses pénales" et qu'il est proposé d'appeler "*Conventions de réparation forfaitaire et clauses pénales*". Le groupe estime en effet qu'il n'est pas nécessaire de maintenir les articles 1226 à 1230, 1232 et 1233, qui ne sont plus guère appliqués. Il souhaite au contraire conserver le pouvoir de révision judiciaire introduit en 1975 mais pense que celui-ci n'est nécessaire que dans le sens de la modération des clauses "manifestement excessives". En revanche, pour les clauses "dérisoires", la réglementation prévue aux articles 1382-1 à 1382-4 paraît suffisante.

La possibilité de réduire judiciairement la réparation prévue au contrat lorsqu'il y a eu exécution partielle, que permet l'actuel article 1231, mérite également d'être maintenue.

9° En proposant d'introduire dans le Code civil les dispositions définissant *le droit à indemnisation des victimes d'accidents de la circulation*, les membres du groupe ont souhaité apporter à celles-ci certaines modifications.

La plus importante concerne *le sort du conducteur victime d'une atteinte à sa personne*. Le moment paraît en effet venu d'assimiler le conducteur aux autres victimes, en ne retenant contre lui, pour le priver d'indemnisation, que sa "faute inexcusable", à condition qu'elle ait été la "cause exclusive de l'accident".

Certes, en 1985, cette assimilation a pu être considérée comme prématurée, les conséquences de la réduction des causes d'exonération n'ayant pas encore

été mesurées, mais une nouvelle étape paraît s'imposer aujourd'hui. En effet les conducteurs sont exposés aux risques de la circulation exactement comme les piétons, les cyclistes et les passagers. Une prise en charge de leur indemnisation par l'assurance obligatoire, dont la raison d'être est précisément la garantie de ces risques, semble donc logique et nécessaire. D'ailleurs, la jurisprudence est déjà parvenue, dans un certain nombre de cas, à ce résultat.

De même, l'exclusion des accidents de chemin de fer et de tramway, admise en 1985, ne paraît plus guère justifiable. On constate d'ailleurs que la jurisprudence refuse désormais presque systématiquement d'admettre l'exonération de la SNCF en cas d'accident corporel, les causes étrangères invoquées pour écarter la responsabilité qu'elle encourt sur le fondement d'un manquement à son obligation de sécurité de résultat n'étant pratiquement jamais considérées comme présentant les caractères de la force majeure, même s'il s'agit de fautes de la victime, *a fortiori* de cas fortuits ou de faits d'un tiers. L'application du même régime de responsabilité à toutes les victimes d'accidents de la circulation dans lesquels sont impliqués des véhicules terrestres à moteur paraît donc s'imposer pour des raisons de simplicité et d'équité.

Enfin l'interprétation très étroite que la Cour de cassation adopte aujourd'hui de la faute inexcusable de la victime rend inutile le maintien de la disposition concernant spécialement les enfants et les personnes âgées ou handicapées. Pour toutes les victimes, il paraît suffisant d'exiger la preuve de leur faute inexcusable afin de refuser ou de limiter leur indemnisation.

Les explications contenues dans ce rapport ne portent que sur les questions qui apparaissent les plus importantes. Elles doivent être complétées par celles qui accompagnent le texte lui-même.

Sous-titre III
“De la responsabilité civile”
(art. 1340 à 1386)

CHAPITRE I
DISPOSITIONS PRELIMINAIRES

Ce chapitre est particulièrement important car il prend parti sur des questions fondamentales et très controversées:

Il exige un fait illicite ou anormal pour fonder la responsabilité, mais précise que ce fait n'exige pas le discernement.

Il consacre la notion de responsabilité contractuelle ainsi que la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle qu'il écarte cependant en cas de dommage corporel.

Il permet à un tiers au contrat de demander réparation du dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle mais soumet alors le tiers aux règles de la responsabilité contractuelle à moins qu'il ne soit en mesure de démontrer l'existence d'un fait susceptible d'engager la responsabilité extra-contractuelle du défendeur. Dans cette dernière hypothèse, le tiers dispose d'un choix entre les deux régimes.

Art. 1340. Tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer.

Ce texte, qui se présente comme une annonce des textes ultérieurs, utilise la notion de "fait illicite ou anormal" pour introduire les dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle.

De même, toute inexécution d'une obligation contractuelle ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre.

Cette formule vise à marquer l'identité des deux responsabilités en dépit de l'utilisation de deux mots différents (répondre, réparer) pour des raisons de style.

Art. 1340-1. Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation.

Le groupe a choisi d'intégrer cette disposition après le texte général d'annonce des différents cas de responsabilité plutôt que de modifier la définition de la faute donnée à l'article 1352. Cette solution permet d'éviter de dire que la personne privée de discernement peut commettre une faute. Par ailleurs, elle donne à la responsabilité de l'aliéné (et éventuellement de l'infans) une portée générale valant pour tous les faits générateurs de responsabilité extra-contractuelle et même pour la responsabilité contractuelle.

On remarquera que l'article 1351,1 écarte l'exonération pour faute de la victime lorsque celle-ci est privée de discernement. Les membres du groupe estiment en effet que l'exonération

pour faute de la victime est une peine privée qui ne doit, par conséquent, s'appliquer qu'aux personnes conscientes des conséquences de leurs actes.

Art. 1341. En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions spécifiques à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur de la responsabilité extra-contractuelle.

Toutefois, lorsque cette inexécution provoque un dommage corporel, le co-contractant peut, pour obtenir réparation de ce dommage, opter en faveur des règles qui lui sont plus favorables.

Art. 1342. Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci peut en demander réparation au débiteur sur le fondement des articles 1362 à 1366. Il est alors soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage.

Il peut également obtenir réparation sur le fondement de la responsabilité extra-contractuelle, mais à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés aux articles 1352 à 1362.

Ce texte est le résultat de longues réflexions. .../...

Suite à la communication des travaux du groupe 10 sur les effets du contrat à l'égard des tiers, la solution la plus équilibrée a semblé être d'ouvrir par principe aux tiers une action en réparation leur permettant de se prévaloir de l'inexécution du contrat lorsqu'elle leur a causé un préjudice (ce qui est actuellement admis par la Cour de cassation sous l'angle de l'assimilation des fautes), mais en soumettant alors le tiers à toutes les contraintes nées du contrat (clauses limitatives ou exclusives de responsabilité, clauses de compétence, limite de la prévisibilité du dommage...). Cette solution répondrait à l'argument le plus souvent invoqué contre l'assimilation des fautes (qui, actuellement, permet au tiers à la fois de se fonder sur le contrat, et d'en éluder tous les inconvénients). Elle conduirait également à faire disparaître toutes les controverses et distinctions liées aux chaînes et aux groupes de contrats, ainsi que d'absorber la situation des victimes par ricochet. Cependant, le groupe maintient la possibilité pour le tiers qui souhaite échapper aux contraintes d'un contrat auquel il n'a pas été partie de se fonder sur la responsabilité extra-contractuelle, mais il doit alors prouver toutes les conditions nécessaires à la mise en jeu de cette responsabilité.

CHAPITRE 2
DES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ

SECTION I
DISPOSITIONS COMMUNES AUX RESPONSABILITÉS
CONTRACTUELLE ET EXTRA-CONTRACTUELLE

§ 1. *Le préjudice réparable*

La définition du préjudice réparable reste assez générale, mais l’allusion à la lésion d’un intérêt collectif paraît utile, notamment pour permettre la réparation du préjudice écologique.

Il semble également souhaitable de consacrer des dispositions spéciales aux dépenses effectuées pour minimiser les conséquences du fait dommageable et à la perte d’une chance.

Art. 1343. Est réparable tout préjudice certain consistant dans la lésion d’un intérêt licite, patrimonial ou extra-patrimonial, individuel ou collectif.

Une discussion s’est engagée sur l’opportunité de donner dans le Code une définition du dommage (ou du préjudice) réparable, qui fait actuellement défaut. En dépit de la difficulté de cette définition, le groupe décide de ne pas laisser passer l’occasion. Le groupe décide, après discussion, de consacrer deux textes à deux points discutés: les dépenses effectuées pour prévenir la réalisation d’un dommage, et la perte d’une chance. En revanche, il n’apparaît pas utile de consacrer un article spécial aux pertes d’exploitation.

Dans toute la mesure du possible, le groupe a essayé de donner des sens distincts aux termes “dommage” et “préjudice”, le dommage désignant l’atteinte à la personne ou aux biens de la victime et le préjudice, la lésion des intérêts patrimoniaux ou extra-patrimoniaux qui en résulte.

Le terme “collectif” a été introduit afin de permettre aux tribunaux d’admettre notamment l’indemnisation du préjudice écologique. Cependant le groupe n’a pas pris parti sur le point de savoir qui peut agir en réparation (individus lésés, associations regroupant ceux-ci...). Il a estimé que cette question relève plutôt de la procédure.

Art. 1344. Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d’un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable, dès lors qu’elles ont été raisonnablement engagées.

Art. 1345. Le préjudice futur est réparable lorsqu’il est la prolongation certaine et directe d’un état de chose actuel.

Cette formule est empruntée à certains arrêts de la Cour de cassation.

Lorsque la certitude du préjudice dépend d'un événement futur et incertain, le juge peut condamner immédiatement le responsable en subordonnant l'exécution de sa décision à la réalisation de cet événement.

Cette solution, admise par la jurisprudence au profit des victimes séropositives menacées par le Sida, paraît généralisable.

Art. 1346. La perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.

§ 2. *Le lien de causalité*

Il paraît illusoire de chercher à définir le lien de causalité par une formule générale. En revanche, l'affirmation de la responsabilité solidaire des membres d'un groupe d'où émane le dommage, lorsque l'auteur n'est pas identifié, semble utile, cette solidarité étant susceptible de s'appliquer dans des circonstances diverses.

Art. 1347. La responsabilité suppose établi un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage.

Art. 1348. Lorsqu'un dommage est causé par un membre indéterminé d'un groupe, tous les membres identifiés en répondent solidairement sauf pour chacun d'eux à démontrer qu'il ne peut en être l'auteur.

Ce texte, qui évoque la jurisprudence bien connue sur les accidents de chasse, pourrait apporter une solution dans bien d'autres situations, en particulier en cas de dommages causés par un produit distribué par quelques entreprises, toutes identifiées, lorsqu'on ne peut établir laquelle d'entre elles a vendu le produit même qui est à l'origine des préjudices subis par les victimes.

§ 3. *Les causes d'exonération*

Le texte consacre la notion de cause étrangère en se contentant d'énumérer les faits d'où elle provient. En revanche, il définit la force majeure en reprenant l'une des formulations mises au point par la Cour de cassation.

Les modifications par rapport aux solutions actuelles concernent la faute la victime dont l'effet exonératoire est exclu lorsque l'auteur est privé de discernement et atténué lorsqu'elle subit un dommage corporel. En revanche, il est précisé que la faute intentionnelle de la victime la prive de toute réparation.

Art. 1349. La responsabilité n'est pas engagée lorsque le dommage est dû à une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure.

La cause étrangère peut provenir d’un cas fortuit, du fait de la victime ou du fait d’un tiers dont le défendeur n’a pas à répondre.

La force majeure consiste en un événement irrésistible que l’agent ne pouvait prévoir ou dont on ne pouvait éviter les effets par des mesures appropriées.

Art. 1350. La victime est privée de toute réparation lorsqu’elle a recherché volontairement le dommage.

Art. 1351. L’exonération partielle ne peut résulter que d’une faute de la victime ayant concouru à la production du dommage. En cas d’atteinte à l’intégrité physique, seule une faute grave peut entraîner l’exonération partielle.

Des discussions ont eu lieu pour déterminer s’il convient d’écrire “de son propre dommage”, ce qui aurait pour effet de condamner l’opposabilité de la faute de la victime initiale aux victimes par ricochet (solution admise par la Cour de cassation qui s’est prononcée sur ce point en assemblée plénière en 1981). La rédaction choisie présente l’avantage de laisser ouverte la possibilité d’une évolution.

Cette solution n’est pas admise actuellement en droit positif. C’est une manifestation de faveur à l’égard des victimes de dommages corporels.

Art. 1351-1. Les exonérations prévues aux deux articles précédents ne sont pas applicables aux personnes privées de discernement.

SECTION 2

DISPOSITIONS PROPRES À LA RESPONSABILITÉ EXTRA-CONTRACTUELLE

§ 1. Le fait personnel

Une définition de portée générale de la faute est proposée ainsi qu’une précision concernant la faute de la personne morale qui peut tenir à son organisation ou à son fonctionnement.

Art. 1352. Toute faute oblige son auteur à réparer le dommage qu’il a causé.

Constitue une faute la violation d’une règle de conduite imposée par une loi ou un règlement ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence.

Il n’y a pas de faute lorsque l’auteur se trouve dans l’une des situations prévues aux articles 122-4 à 122-7 du Code pénal.

Définissant les faits justificatifs.

Art. 1353. La faute de la personne morale s'entend non seulement de celle qui est commise par un représentant, mais aussi de celle qui résulte d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement.

La notion de "défaut d'organisation ou de fonctionnement", couramment admise par les juridictions administratives, paraît utilement transposable en droit privé.

§ 2. *Le fait des choses*

Une discussion a eu lieu au sein du groupe au sujet de l'utilité et de l'opportunité du maintien du régime de la responsabilité du fait des choses tel qu'il a été construit par la jurisprudence sur le fondement de l'article 1384 al. 1^{er} du Code civil.

Cette construction a perdu une partie de son intérêt depuis la promulgation de la loi du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation.

En outre, aucun autre pays ne connaît un régime semblable et il apparaît, par comparaison avec les droits étrangers, d'une grande sévérité. Certains se demandent donc s'il ne serait pas souhaitable de le remplacer par un principe de responsabilité de plein droit du fait des activités dangereuses, comme celui qu'admet la jurisprudence administrative. Cette solution rapprocherait le droit français de la plupart des autres droits européens.

Enfin, la majorité s'est prononcée pour le maintien, et la consécration législative, de l'acquis jurisprudentiel.

Ce paragraphe vise à consacrer les solutions jurisprudentielles admises actuellement.

Art. 1354. On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses que l'on a sous sa garde.

Cette précision est apportée pour indiquer clairement qu'il n'y a pas d'exonération possible pour absence de faute.

Art. 1354-1. Le fait de la chose est établi dès lors que celle-ci, en mouvement, est entrée en contact avec le siège du dommage.

Dans les autres cas, il appartient à la victime de prouver le fait de la chose, en établissant soit le vice de celle-ci, soit l'anormalité de sa position ou de son état.

Art. 1354-2. Le gardien est celui qui a la maîtrise de la chose au moment du fait dommageable.

Le propriétaire est présumé gardien.

Art. 1354-3. Ni le vice de la chose, ni le trouble physique du gardien ne constituent une cause d'exonération.

Art. 1354-4. Les articles 1354 à 1354-3 sont applicables aux dommages causés par les animaux.

§ 3. *Le fait d'autrui*

La liste de cas de responsabilité pour autrui est assez profondément modifiée par rapport au droit actuel. Les régimes spéciaux de responsabilité de l'artisan pour le fait de ses apprentis et de l'instituteur par le fait de ses élèves sont supprimés.

Les cas retenus se rattachent à deux modèles différents. Certains sont fondés sur le contrôle du mode de vie des mineurs et des majeurs dont l'état ou la situation nécessite une surveillance particulière. D'autres visent les personnes qui contrôlent l'activité d'autrui et profitent de celle-ci. Au second modèle sont rattachées non seulement la responsabilité du commettant pour le fait de son préposé, mais aussi celle des personnes physiques ou morales qui encadrent l'activité des professionnels non préposés et s'ont intéressées à cette activité.

Ces responsabilités sont strictes. Elles ne sont pas subordonnées à la preuve de la faute du responsable, mais à celle d'un fait qui aurait été susceptible d'engager la responsabilité personnelle de l'auteur direct s'il n'avait pas agi sous le contrôle d'autrui.

La responsabilité personnelle du préposé ne peut être engagée qu'à la condition que la victime ne puisse obtenir réparation ni du commettant ni de son assureur. En revanche celle des professionnels non préposés dont répond autrui demeure soumise au droit commun.

Art. 1355. On est responsable de plein droit des dommages causés par ceux dont on règle le mode de vie ou dont on organise, encadre ou contrôle l'activité dans son propre intérêt.

Cet article est un texte d'annonce des différents cas de responsabilité du fait d'autrui.

Une hésitation s'est manifestée au sujet du choix entre “profit”, “avantage” et “intérêt”. Ce dernier terme a été préféré parce que plus neutre que les autres et susceptible d'englober le cas de l'aide bénévole.

Cette responsabilité a lieu dans les cas et aux conditions prévues aux articles 1356 à 1360. Elle suppose la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage.

Art. 1356. Sont responsables des dommages causés par un enfant mineur:

- ses père et mère en tant qu'ils exercent l'autorité parentale;
- le tuteur en cas de décès de ceux-ci;

– la personne physique ou morale chargée par décision judiciaire ou administrative ou par convention, de régler le mode de vie du mineur. Cette responsabilité peut se cumuler avec celle des parents ou du tuteur.

Cette possibilité de cumul est actuellement écartée par la Cour de cassation. Elle a fait l'objet de discussions au sein du groupe de travail.

Art. 1357. Est responsable des dommages causés par un majeur dont l'état ou la situation nécessite une surveillance particulière la personne physique ou morale chargée, par décision judiciaire ou administrative ou par convention, de régler son mode de vie.

L'état désigne une déficience physique ou mentale, tandis que la situation vise, par exemple, le cas de l'incarcération ou du contrôle exercé par une autorité judiciaire ou une personne déléguée par celle-ci.

Art. 1358. Les autres personnes qui assument, à titre professionnel, une mission de surveillance d'autrui, répondent du fait de l'auteur direct du dommage, à moins qu'elles ne démontrent qu'elles n'ont pas commis de faute.

Ce texte vise, par exemple, l'assistance maternelle, le centre de loisirs ou l'école à laquelle un enfant a été confié temporairement par ses parents.

Art. 1359. Le commettant est responsable des dommages causés par son préposé. Est commettant celui qui a le pouvoir de donner des ordres ou des instructions en relation avec l'accomplissement des fonctions du préposé.

Cette définition est plus étroite que celle qui est admise aujourd'hui par la jurisprudence. Cela s'explique par l'existence d'autres cas de "contrôle de l'activité d'autrui" (voir article 1360).

Le commettant n'est pas responsable s'il prouve que le préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions. Il ne l'est pas davantage s'il établit que la victime ne pouvait légitimement croire que le préposé agissait pour le compte du commettant.

Cette formule est celle qu'a utilisée l'assemblée plénière dans son arrêt du 19 mai 1988.

Ce texte reprend une jurisprudence bien établie. Il procède de l'idée que si la victime est de mauvaise foi, le commettant doit être exonéré même s'il n'y a pas cumul des trois conditions qui, dans la première phrase, sont constitutives de l'abus de fonctions exonérant le commettant.

Art. 1359-1. Le préposé qui, sans commettre une faute intentionnelle, a agi dans le cadre de ses fonctions, à des fins conformes à ses attributions et sans enfreindre les ordres de son commettant ne peut voir sa responsabilité personnelle engagée par la victime qu'à condition pour celle-ci de prouver qu'elle n'a pu obtenir du commettant ni de son assureur réparation de son dommage.

Cette disposition propose de modifier la solution adoptée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt Costedoat du 25 février 2000. Au lieu d'écarter la responsabilité personnelle du préposé, elle la rend subsidiaire par rapport à celle du commettant.

Art. 1360. En l'absence de lien de préposition, celui qui encadre ou organise l'activité professionnelle d'une autre personne et en tire un avantage économique est responsable des dommages causés par celle-ci dans l'exercice de cette activité. Il en est ainsi notamment des établissements de soins pour les dommages causés par les médecins qu'ils emploient. Il appartient au demandeur d'établir que le fait dommageable résulte de l'activité considérée.

Les hypothèses visées par les deux alinéas de cet article ne sont pas exactement les mêmes: l'alinéa 1^{er} désigne les “salariés libres”, c'est-à-dire ceux qui ne reçoivent pas “d'ordres ni d'instructions” (par exemple le médecin salarié).

L'alinéa 2 vise essentiellement les rapports franchiseurs-franchisés, sociétés mères-filiales (d'où la précision “bien qu'agissant pour son propre compte”).

De même, est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires.

§ 4. Les troubles de voisinage

Le régime construit par la jurisprudence est maintenu. En revanche, son domaine est modifié car il est apparu que la responsabilité de l'entrepreneur pour les dommages causés aux voisins du maître de l'ouvrage relève d'une autre logique.

Art. 1361. Le propriétaire, le détenteur ou l'exploitant d'un fonds, qui provoque un trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage, est de plein droit responsable des conséquences de ce trouble.

§ 5. Les activités dangereuses

On a vu (supra note 15) qu'une discussion a eu lieu au sein du groupe au sujet de l'opportunité de maintenir la responsabilité du fait des choses ou d'adopter un modèle du type “responsabilité du fait des activités dangereuses” connu par beaucoup de droits étrangers. Pour certains, le fait d'avoir opté en faveur du maintien de la responsabilité du fait des choses ne laisserait d'utilité à l'admission d'une responsabilité de plein droit du fait des activités dangereuses que si ce régime est caractérisé par une limitation plus stricte des causes d'exonération (que prévoit l'alinéa 2). Pour d'autres, les dispositions des articles 1354 à 1354-4, d'une part, et 1362, d'autre part, ne s'appliqueraient pas aux mêmes situations: voir, à ce sujet, le rapport introductif, III, 5°.

Cette disposition est innovante. Elle est destinée à doter le droit français d'un régime de responsabilité adapté notamment aux catastrophes industrielles de grande ampleur.

Art. 1362. Sans préjudice de dispositions spéciales, l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse, même licite, est tenu de réparer le dommage consécutif à cette activité.

Il s'agit des textes instituant une responsabilité de plein droit à la charge de certains exploitants, notamment les compagnies aériennes pour les dommages causés au sol par les appareils, les exploitants de téléphériques pour les dommages causés aux tiers, les exploitants de réacteurs nucléaires pour les accidents survenus sur le site, etc.

Le système proposé est très proche de celui qui inspire ces textes particuliers. A terme, on peut donc prévoir que certains d'entre eux pourraient disparaître, absorbés par la disposition générale.

Est réputée anormalement dangereuse l'activité qui crée un risque de dommages graves pouvant affecter un grand nombre de personnes simultanément.

L'hypothèse visée est celle des dommages de masse, par exemple ceux qui résultent d'un accident industriel comme celui qui a détruit l'usine AZF à Toulouse.

L'exploitant ne peut s'exonérer qu'en établissant l'existence d'une faute de la victime dans les conditions prévues aux articles 1349 à 1351-I.

SECTION 3

DISPOSITIONS PROPRES À LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

Sur la place faite à la spécificité de la responsabilité contractuelle, voir le rapport introductif, II et III, 1.º.

Le fait générateur de la responsabilité contractuelle est l'inexécution qui s'apprécie en fonction de la portée de l'engagement. Un renvoi à l'article 1149 qui définit les obligations de moyens et de résultat est donc apparu nécessaire. Toutefois une autre rédaction de ce texte est proposée afin d'éviter toute redondance.

Cette rédaction est la suivante:

"L'obligation est de résultat lorsque le débiteur s'engage à atteindre le but défini par le contrat.

L'obligation est de moyens lorsque le débiteur s'engage seulement à fournir les soins et diligences normalement nécessaires à la réalisation de ce but. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats dont les effets à cet égard sont expliqués sous les titres qui les concernent" (cette dernière phrase est reprise de l'article 1137 actuel du Code civil).

Le rôle de la mise en demeure est, par ailleurs, précisé.

Après discussion, le refus de la réparation du dommage contractuel imprévisible a été consacré.

Art. 1363. Le créancier d’une obligation issue d’un contrat valablement formé peut, en cas d’inexécution, demander au débiteur réparation de son préjudice sur le fondement des dispositions de la présente section.

L’inexécution est ici entendue dans un sens général qui englobe l’exécution défectueuse ou tardive.

Art. 1364. Dans le cas où le débiteur s’oblige à procurer un résultat au sens de l’article 1149, l’inexécution est établie du seul fait que le résultat n’est pas atteint, à moins que le débiteur ne justifie d’une cause étrangère au sens de l’article 1349.

Dans tous les autres cas, il ne doit réparation que s’il n’a pas effectué toutes les diligences nécessaires.

Art. 1365. La réparation du préjudice résultant du retard suppose la mise en demeure préalable du débiteur. La mise en demeure n’est requise pour la réparation de tout autre préjudice que lorsqu’elle est nécessaire pour caractériser l’inexécution.

La réglementation de la mise en demeure est renvoyée au groupe qui travaille sur l’exécution du contrat.

Art. 1366. Sauf dol ou faute lourde de sa part, le débiteur n’est tenu de réparer que les conséquences de l’inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat.

CHAPITRE III DES EFFETS DE LA RESPONSABILITÉ

SECTION I PRINCIPES

Art. 1367. La créance de réparation naît du jour de la réalisation du dommage ou, en cas de dommage futur, du jour où sa certitude est acquise.

Cette disposition est destinée à clarifier le droit positif qui, sur ce point, est ambigu.

Art. 1368. La réparation peut, au choix du juge, prendre la forme d’une réparation en nature ou d’une condamnation à des dommages-intérêts, ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin d’assurer la réparation intégrale du préjudice.

La notion de “réparation en nature” est consacrée, y compris en matière contractuelle.

§ 1. *La réparation en nature*

Ce paragraphe ne réglemente que les mesures de réparation en nature stricto sensu. Celles qui sont prévues par les actuels articles 1143 et 1144 concernent l'exécution et ne relèvent donc pas du titre "De la responsabilité".

Art. 1369. Lorsque le juge ordonne une mesure de réparation en nature, celle-ci doit être spécifiquement apte à supprimer, réduire ou compenser le dommage.

Art. 1369-1. Lorsque le dommage est susceptible de s'aggraver, de se renouveler ou de se perpétuer, le juge peut ordonner, à la demande de la victime, toute mesure propre à éviter ces conséquences, y compris au besoin la cessation de l'activité dommageable.

Le juge peut également autoriser la victime à prendre elle-même ces mesures aux frais du responsable. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires.

§ 2. *Les dommages-intérêts*

Les principales innovations prévues concernent les dommages-intérêts punitifs qui sont autorisés à certaines conditions (article 1371), la possibilité de réduire l'indemnisation lorsque la victime n'a pas fait preuve d'une diligence suffisante pour réduire le dommage ou en éviter l'aggravation (article 1373) ainsi que l'obligation pour le juge d'évaluer distinctement chacun des chefs de préjudice allégués (article 1374) et la possibilité qui lui est reconnue, dans des circonstances particulières, d'affecter les dommages-intérêts à une mesure de réparation spécifique (article 1377).

Art. 1370. Sous réserve de dispositions ou de conventions contraires, l'allocation de dommages-intérêts doit avoir pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit.

La réserve des dispositions ou conventions contraires permet de rendre ce texte compatible avec ceux sur la clause d'indemnisation forfaitaire (article 1383) ainsi qu'avec les dispositions légales ou réglementaires limitant la réparation de certains dommages. Par ailleurs, elle devrait assurer la compatibilité avec l'article suivant concernant les dommages-intérêts punitifs.

Art. 1371. L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables.

Art. 1372. Le juge évalue le préjudice au jour où il rend sa décision, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu l'affecter dans sa consistance comme dans sa valeur, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible.

Art. 1373. Lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique.

Art. 1374. Le juge doit évaluer distinctement chacun des chefs de préjudice allégués qu'il prend en compte. En cas de rejet d'une demande relative à un chef de préjudice, le juge doit motiver spécialement sa décision.

Art. 1375. Si la victime établit qu'un chef de préjudice n'a pas fait encore l'objet d'une demande de sa part ou que son dommage s'est aggravé, elle peut obtenir en tout état de cause une réparation complémentaire, le cas échéant par l'introduction d'une action nouvelle.

Art. 1376. L'indemnité peut être allouée au choix du juge sous forme d'un capital ou d'une rente, sous réserve des dispositions de l'article 1379-3.

Art. 1377. Sauf circonstances particulières justifiant l'affectation par le juge des dommages-intérêts à une mesure de réparation spécifique, la victime est libre de disposer comme elle l'entend des sommes qui lui sont allouées.

Le texte ne définit pas ces "circonstances particulières". L'un des cas où l'affectation des dommages-intérêts est le plus souvent préconisée est celui des atteintes à l'environnement.

§ 3. Incidence de la pluralité de responsables

Les solutions retenues sont très proches de celles qu'admet aujourd'hui la jurisprudence.

Art. 1378. Tous les responsables d'un même dommage sont tenus solidairement à réparation.

Il a paru inutile de maintenir la distinction entre obligation in solidum et solidarité.

Si tous les co-auteurs ont vu leur responsabilité retenue pour faute prouvée, leur contribution se fait en proportion de la gravité de leurs fautes respectives.

Si aucun des co-auteurs n'est dans ce cas, ils contribuent tous par parts égales.

Sinon, la contribution est, en fonction de la gravité des fautes respectives, à la charge des seuls co-auteurs dont la faute est prouvée, qu'elle l'ait été par la victime, ou qu'elle le soit seulement à l'occasion d'un recours.

Sur ce dernier point, la solution proposée est différente de celle que consacre la jurisprudence actuelle.

Art. 1378-1. Est irrecevable le recours en contribution contre un proche de la victime lorsqu'il n'est pas assuré et que le recours aurait pour effet de priver directement ou indirectement celle-ci, en raison de la communauté de vie qu'elle entretient avec le défendeur au recours, de la réparation à laquelle elle a droit.

Ce texte étend des solutions qui ont été admises par la jurisprudence en matière d'accidents de la circulation.

Est également irrecevable le recours d'un débiteur d'indemnisation exercé contre la succession de la victime directe ou contre l'assureur de celle-ci.

SECTION 2
RÈGLES PARTICULIÈRES À LA RÉPARATION DE CERTAINES
CATÉGORIES DE DOMMAGES

§ 1. Règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'une atteinte à l'intégrité physique

Les dispositions qui suivent ont pour objet de donner un véritable cadre juridique à l'indemnisation du dommage corporel qui est aujourd'hui à peu près abandonnée au pouvoir souverain des juges du fond. Elles visent à restaurer dans ce domaine à la fois la sécurité juridique, l'égalité entre les justiciables et l'efficacité de la réparation.

Art. 1379. En cas d'atteinte à son intégrité physique, la victime a droit à la réparation de ses préjudices économiques et professionnels correspondant notamment aux dépenses exposées et aux frais futurs, aux pertes de revenus et aux gains manqués, ainsi qu'à la réparation de ses préjudices non économiques et personnels tels que le préjudice fonctionnel, les souffrances endurées, le préjudice esthétique, le préjudice spécifique d'agrément, le préjudice sexuel et le préjudice d'établissement.

On pourrait désigner ce préjudice par d'autres expressions telles que "préjudice physiologique" ou "déficit fonctionnel".

Les victimes par ricochet ont droit à la réparation de leurs préjudices économiques consistant en des frais divers et pertes de revenus ainsi que de leurs préjudices personnels d'affection et d'accompagnement.

Le juge doit distinguer dans sa décision chacun des préjudices économiques ou personnels qu'il indemnise.

Cette énumération des chefs de préjudice est utile, non seulement pour obliger les juges du fond à motiver suffisamment leurs décisions sur la réparation, mais aussi pour permettre l'imputation du recours des tiers payeurs poste par poste, ainsi que le prévoit l'article 1379-6.

Art. 1379-1. L'ampleur du préjudice fonctionnel est déterminée selon le barème d'invalidité établi par décret.

Art. 1379-2. Le dommage corporel doit être apprécié sans qu'il soit tenu compte d'éventuelles prédispositions de la victime dès lors que celles-ci n'avaient pas déjà eu de conséquences préjudiciables au moment où s'est produit le fait dommageable.

Cette question de l'influence des prédispositions de la victime a donné lieu à une jurisprudence très complexe. La formule proposée exprime la position qui paraît adoptée aujourd'hui par la plupart des arrêts.

Art. 1379-3. L'indemnité due au titre du gain professionnel manqué, de la perte de soutien matériel ou de l'assistance d'une tierce personne se fait, sauf décision contraire spécialement motivée, sous forme de rente indexée. Le juge a la liberté du choix de l'indice.

Cette disposition devrait entraîner l'abrogation de l'article 1^{er} de la loi du 27 décembre 1974 relative à la revalorisation des rentes indemnitaires en matière d'accidents de la circulation.

Le juge peut d'ores et déjà prévoir que la rente sera révisée en cas de diminution ou d'aggravation du dommage, à condition de préciser explicitement la périodicité et les conditions de la révision.

Art. 1379-4. Les tiers payeurs qui ont versé à la victime d'un préjudice résultant d'une atteinte à son intégrité physique les prestations énumérées limitativement ci-après disposent d'un recours subrogatoire contre la personne tenue à réparation ou son assureur par imputation sur les droits de la victime.

Art. 1379-5. Ouvrent droit à recours les prestations suivantes, lorsqu'elles ont un lien direct avec le fait dommageable:

Les articles 1379-5 et 1379-6 reproduisent l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985 et l'article 131-2 du code des assurances. Ils pourraient être remplacés par un simple renvoi à ces textes (voir, à ce sujet, le rapport introductif, I, 2.^o), mais le groupe a préféré reproduire ceux-ci pour des raisons de commodité pratique et afin de consacrer la solution donnée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 1.^{er} décembre 2003 au sujet des prestations indemnitaires versées par les assureurs de personnes.

1.^o Les prestations versées par les organismes, établissements et services gérant un régime obligatoire de sécurité sociale et par ceux qui sont mentionnés aux articles 1106-9, 1234-8 et 1234-20 du Code rural;

2.^o Les prestations énumérées au II de l'article 1^{er} de l'ordonnance n^o 59-76 du 7 janvier 1959 relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques;

3.º Les sommes versées en remboursement des frais de traitement médical et de rééducation;

4.º Les salaires et les accessoires du salaire maintenus par l'employeur pendant la période d'inactivité consécutive à l'événement qui a occasionné le dommage;

5.º Les indemnités journalières de maladie et les prestations d'invalidité versées par les groupements mutualistes régis par le Code de la mutualité, les institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale ou le Code rural et les sociétés d'assurance régies par le Code des assurances.

Art. 1379-6. Lorsqu'il est prévu au contrat, le recours subrogatoire de l'assureur qui a versé à la victime une avance sur indemnité du fait de l'accident peut être exercé contre la personne tenue à réparation dans la limite du solde disponible après paiement des tiers visés à l'article précédent. Il doit être exercé, s'il y a lieu, dans les délais impartis par la loi aux tiers payeurs pour produire leurs créances.

Dans les contrats d'assurance garantissant l'indemnisation des préjudices résultant d'une atteinte à la personne, l'assureur peut être subrogé dans les droits du contractant ou des ayants droit contre le tiers responsable, pour le remboursement des prestations indemnitaires prévues au contrat. Les prestations sont réputées avoir un caractère indemnitaire, lorsque, même calculées en fonction d'éléments prédéterminés, elles se mesurent au préjudice subi et en dépendent dans leurs modalités de calcul et d'attribution.

Art. 1379-7. Les recours subrogatoires des tiers payeurs s'exercent poste par poste dans la limite de la part d'indemnité mise à la charge du responsable réparant les chefs de préjudices qu'ils ont contribué à indemniser par leurs prestations. Ces recours s'exercent dans les mêmes conditions si le juge n'a réparé que la perte d'une chance.

L'adoption de cette disposition entraînerait l'abrogation de l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985 et la modification des articles 736-1 alinéa 3 et 454-1 alinéa 3 du Code de la sécurité sociale.

Il s'agit d'une innovation qui est réclamée par de nombreux auteurs.

Art. 1379-8. Hormis les prestations mentionnées à l'article 1379-5, aucun versement effectué au profit de la victime en vertu d'une obligation légale, conventionnelle ou statutaire, n'ouvre droit à une action contre la personne tenue à réparation ou son assureur.

Cette disposition reprend l'article 33 de la loi du 5 juillet 1985.

Toute disposition contraire aux prescriptions des articles 1379 à 1379-8 est réputée non écrite à moins qu'elle ne soit plus favorable à la victime.

§ 2. Règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'une atteinte aux biens

Ces règles reproduisent des solutions admises par la jurisprudence et généralement approuvées par la doctrine.

Art. 1380. En cas de destruction ou de détérioration d'un bien, la victime a droit, sans déduction au titre de la vétusté, à une indemnité lui permettant le remplacement ou la remise en état du bien. Il n'est pas tenu compte de la plus value éventuellement inhérente à la réparation.

Si toutefois le coût de la réparation est plus élevé que celui du remplacement, la victime ne peut exiger que ce dernier.

Art. 1380-1. Lorsque le bien ne peut être ni réparé, ni remplacé, la victime a droit à la valeur de celui-ci dans son état antérieur au dommage, estimée au jour de la décision. Le responsable peut exiger que le bien lui soit remis dans son état actuel. Il en est de même lorsque celui-ci, destiné à la vente, n'est plus en état d'être vendu.

Art. 1380-2. Si, nonobstant les réparations, le bien a perdu une partie de sa valeur, la victime a droit à une indemnité de dépréciation.

Elle a droit, en outre, à l'indemnisation des dommages consécutifs à la privation de jouissance et, le cas échéant, des pertes d'exploitation.

§ 3. Règles particulières à la réparation des préjudices résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent

Ces règles sont celles qu'énonce l'actuel article 1153. En revanche, celles qui figurent à l'article 1153-1 n'ont pas leur place dans le Code civil, mais dans le Code de procédure civile.

Art. 1381. L'indemnisation du préjudice résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent consiste en une condamnation aux intérêts au taux légal.

Ce texte reprend presque intégralement l'article 1153 actuel. Simplement, dans le dernier alinéa “indépendant du retard” a été remplacé par “supplémentaire” et la réserve, assez mystérieuse, des “règles particulières au commerce et au cautionnement” a été supprimée.

Ces dommages-intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. Ils ne sont dus que du jour de la mise en demeure, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.

La définition de la mise en demeure (sommation de payer...) n'est pas reprise. Elle devra être élaborée par le groupe chargé de l'exécution.

Le créancier auquel son débiteur en retard a causé un préjudice supplémentaire, peut obtenir des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance.

SECTION 3

LES CONVENTIONS PORTANT SUR LA RÉPARATION

§ 1. Conventions excluant ou limitant la réparation

Il est proposé d'autoriser les clauses restrictives de responsabilité en matière extra-contractuelle dès lors que la responsabilité n'est pas fondée sur la faute. En revanche, les différentes limitations que la jurisprudence a introduites ou que la doctrine a proposées pour limiter la validité ou l'efficacité de ces clauses en matière contractuelle sont consacrées.

Des dispositions spéciales ont été prévues afin d'imposer l'acceptation de la clause par la personne qui doit en subir les conséquences.

Art. 1382. Les conventions ayant pour objet d'exclure ou de limiter la réparation sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extra-contractuelle.

La reconnaissance de la validité des conventions restreignant une responsabilité de nature délictuelle est une innovation importante par rapport au droit actuel. Elle concerne principalement les relations entre voisins ou entre personnes qui exercent une activité en commun sans avoir conclu un contrat de société ou d'association. Cette validité est admise par de nombreux droits étrangers.

Art. 1382-1. Nul ne peut exclure ou limiter la réparation d'un dommage corporel dont il est responsable.

Cette solution n'a pas jusqu'à présent été affirmée explicitement par la jurisprudence, bien qu'elle soit prônée presque unanimement par la doctrine.

Art. 1382-2. Un contractant ne peut exclure ou limiter la réparation du dommage causé à son co-contractant par une faute dolosive ou lourde ou par le manquement à l'une de ses obligations essentielles.

Ces solutions sont aujourd'hui consacrées par la jurisprudence.

En l'absence de contrepartie réelle, sérieuse et clairement stipulée, un professionnel ne peut exclure ou limiter son obligation de réparer le dommage contractuel causé à un non-professionnel ou consommateur.

Cette solution peut paraître nouvelle. En réalité, elle est tout à fait dans la ligne des positions adoptées par la Commission des clauses abusives.

Art. 1382-3. En matière contractuelle, la partie à laquelle est opposée une clause excluant ou limitant la réparation doit avoir pu en prendre connaissance avant la formation du contrat.

Art. 1382-4. En matière extra-contractuelle, on ne peut exclure ou limiter la réparation du dommage qu'on a causé par sa faute.

Cette disposition limite sérieusement la portée du principe posé par l'article 1382.

Dans les autres cas, la convention n'a d'effet que si celui qui l'invoque prouve que la victime l'avait acceptée de manière non équivoque.

§ 2 . *Conventions de réparation forfaitaire et clauses pénales*

Il a paru inutile de maintenir la distinction entre clause pénale et clause d'indemnisation forfaitaire ainsi que les dispositions des actuels articles 1226 à 1230, 1232 et 1233 qui ne sont presque jamais appliquées et dont la signification est controversée. En revanche, les deux systèmes de révision judiciaire réglementés actuellement par les articles 1152 et 1231 sont maintenus, à l'exception de la faculté de révision à la hausse d'une pénalité manifestement dérisoire qui ne semble guère utilisée.

Art. 1383. Lorsque les parties ont fixé à l'avance la réparation due, le juge peut, même d'office, modérer la sanction convenue si elle est manifestement excessive.

Le juge dispose du même pouvoir à l'égard des clauses dont l'objet est de contraindre le débiteur contractuel à l'exécution.

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.

Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

SECTION 4

LA PRESCRIPTION DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ

La disposition qui figure aujourd'hui à l'article 2270-1 est reprise à l'exception du mot “extra-contractuelle”. Il est donc proposé de soumettre à la même prescription l'action en responsabilité contractuelle et l'action en responsabilité extra-contractuelle.

Art. 1384. Les actions en responsabilité civile se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation, sans égard, en cas de dommage corporel, à la date de la consolidation.

Cette précision n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation qui a introduit, contrairement au texte, cette référence à la date de consolidation.

CHAPITRE IV
DES PRINCIPAUX REGIMES SPECIAUX
DE RESPONSABILITÉ OU D'INDEMNISATION

SECTION I
L'INDEMNISATION DES VICTIMES
D'ACCIDENTS DE LA CIRCULATION

Les dispositions qui suivent sont très proches des articles 1 à 6 de la loi du 5 juillet 1985. Elles s'en séparent cependant sur trois points:

Le conducteur est assimilé aux autres victimes;

Les accidents de chemin de fer et de tramway sont assimilés aux autres accidents dans lesquels un véhicule terrestre à moteur est impliqué;

La disposition concernant spécialement les enfants, les personnes âgées et les personnes handicapées est supprimée, toutes les victimes ne pouvant se voir opposer que leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident.

Art. 1385. Les victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques sont indemnisées des dommages imputables à cet accident par le conducteur ou le gardien du véhicule impliqué, même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat.

Ne constitue pas un accident de la circulation celui qui résulte de l'utilisation d'un véhicule immobile et dans une fonction étrangère au déplacement.

En cas d'accident complexe, chaque véhicule intervenu à quelque titre que ce soit dans la survenance de l'accident y est impliqué.

Même lorsqu'un seul véhicule est impliqué dans un accident, toute victime peut demander réparation à l'un des débiteurs de l'indemnisation, y compris le gardien au conducteur ou le conducteur au gardien.

Ces trois derniers alinéas explicitent des solutions que la jurisprudence a dégagées depuis 1985.

Art. 1385-1. Les victimes ne peuvent se voir opposer le cas fortuit ou le fait d'un tiers même lorsqu'ils présentent les caractères de la force majeure.

Art. 1385-2. Les victimes sont indemnisées des préjudices résultant des atteintes à leur personne, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident.

Toutefois, dans le cas visé à l'alinéa précédent, les victimes ne sont pas indemnisées par l'auteur de l'accident des préjudices résultant des atteintes à leur personne lorsqu'elles ont volontairement recherché le dommage qu'elles ont subi.

Art. 1385-3. La faute commise par la victime a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des préjudices résultant d'une atteinte à ses biens; l'exclusion de l'indemnisation doit être spécialement motivée par référence à la gravité de la faute.

Les fournitures et appareils délivrés sur prescription médicale donnent lieu à indemnisation selon les règles applicables à la réparation des atteintes à la personne.

Lorsque le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur n'en est pas le propriétaire, la faute de ce conducteur peut être opposée au propriétaire pour l'indemnisation des dommages causés à son véhicule. Le propriétaire dispose d'un recours contre le conducteur.

Art. 1385-4. Les préjudices des victimes par ricochet sont réparés en tenant compte des limitations ou exclusions opposables à la victime directe.

La faute de la victime par ricochet lui est opposable dans les conditions visées aux articles 1385-2 et 1385-3.

Ce texte consacre et étend la jurisprudence qui admet l'opposabilité de la faute de la victime par ricochet conductrice.

Art. 1385-5. Les débiteurs d'indemnisation sont tenus solidairement envers la victime. Lorsque des tiers sont responsables d'un accident de la circulation sur le fondement du droit commun, ils sont également tenus solidairement.

Le conducteur ou le gardien d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans un accident de la circulation dispose d'un recours subrogatoire contre d'autres conducteurs ou gardiens de véhicules impliqués ou contre des tiers responsables de l'accident en vertu du droit commun. De même, le responsable d'un accident de la circulation sur le fondement du droit commun peut exercer un recours subrogatoire contre les conducteurs ou gardiens de véhicules impliqués dans l'accident.

La contribution à la dette d'indemnisation se règle selon les dispositions des articles 1378 et 1378-1.

SECTION 2

LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS DÉFECTUEUX

(Articles 1386-1 à 1386-18 actuels du Code civil devenant 1386 à 1386-17, les termes "du présent titre", qui figurent dans plusieurs de ces articles, devant être remplacés par "de la présente section").

LIVRE TROISIEME - TITRE XX
“DE LA PRESCRIPTION ET DE LA POSSESSION”
(ART. 2234 À 2281)

PHILIPPE MALAURIE

Exposé des motifs

Plus que toute autre institution, la prescription mesure les rapports de l'homme avec le temps et avec le droit: elle domine toutes les règles et tous les droits. Pas seulement le droit des obligations qui constitue son domaine d'élection, mais aussi toutes les autres branches du droit, l'ensemble du droit privé, du droit public, du droit pénal et de la procédure. Les dispositions du Code civil relatives à la prescription s'appliquent à tous les autres Codes et à toutes les lois, sauf exceptions précisées dans la présente proposition. La prescription est pour tous les praticiens, tous les usagers du droit et tous les acteurs de l'activité humaine d'une importance considérable.

1. *Les défauts du droit français de la prescription civile.* Le régime actuel de la prescription en matière civile présente, de l'avis unanime, trois défauts essentiels, d'une égale gravité¹.

En premier lieu, ses longueurs excessives qui ont pour conséquence une stagnation de l'activité humaine: longueur = langueur. Plus personne ne peut comprendre que la prescription de droit commun soit encore aujourd'hui d'une durée de trente ans (C. civ., art. 2262). Beaucoup d'autres délais sont aussi trop longs. L'accélération de l'histoire, idéologie contemporaine souvent exacte, appelle une abréviation des délais.

Le second défaut, aussi généralement relevé, est la multiplicité des délais, allant de trois mois (diffamations et injures par voie de presse) à trente ans et même à l'imprescriptibilité, en passant par toutes sortes de délais intermédiaires (six mois, un, deux, trois, quatre, cinq, dix, vingt ans): un vrai chaos a-t-on dit, et même un capharnaüm, source d'ignorance du droit, de désordres et d'interminables discussions.

Le troisième défaut, moins souvent dénoncé, réside dans les imprécisions et mêmes les incohérences de son régime: point de départ, interruption, suspension, rôles respectifs de la loi, de la jurisprudence et du contrat, office du juge, liberté contractuelle, incertitudes qui apparaissent même dans les concepts. A côté de la prescription proprement dite, existent en effet des nébuleuses de prescriptions qui en sont plus ou moins proches: délais préfix, délais de forclusion, délais de garantie, sans parler des délais de procédure. Ces incertitudes constituent une cause de procès fréquents.

La prescription, qui devrait être un élément de pacification des rapports humains et de leur dynamisme, est ainsi devenue en raison de sa longueur

1 A. BENABENT, *Le chaos du droit de la prescription extinctive*, Et. L. Boyer, Presses universitaires Toulouse, 1996, pp-123 et s.; B. FAUVARQUE-COSSON, *Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple de la prescription extinctive*, R.D.C., 2004-801 et s.; V. LASSERRE-KIESOW, *La prescription, les lois et la faux du temps*, JCP éd. N, 2004-1225; *Les désordres de la prescription*, ouv. Collectif de P. Courbe, P.U.F., Rouen, 2000.

excessive, de sa multiplicité et de ses incertitudes une cause de stagnation de l'activité et une source abondante de litiges.

Dans ses défauts contemporains, il n'est pas fait mention d'un particularisme du droit français de la prescription, à la fois acquisitive et extinctive, car on peut considérer que ce trait important de la notion française de la prescription présente plus d'avantages que d'inconvénients. En raison de son histoire et de sa structure, le droit français en a une conception unitaire qui apparaît dans sa définition et dans son régime.

2. *Questions préalables: la méthode.* Toute réforme appelle des questions préliminaires de méthode et de politique.

De méthode: il ne sera pas fait état ici des discussions théoriques sur la prescription, si célèbres soient-elles, lorsque n'y sont pas attachées de conséquences pratiques; par exemple, pour la prescription extinctive, savoir si elle éteint le droit ou seulement l'action en justice, question qui intéresse seulement les conflits de lois dans l'espace; ou bien le langage: faut-il parler de prescription extinctive, ou libératoire, ou négative, ou bien d'usucapion ou de prescription acquisitive? Dans l'actuelle proposition, la langue et la terminologie du Code ont été maintenues telles quelles car elles donnent satisfaction. Ou bien encore la place de la prescription dans le Code: faut-il la déplacer; par exemple, la mettre après le titre III du livre III (*Du contrat et des obligations conventionnelles en général*) en créant un titre III bis avec des articles 1364-1 et s. Ce déplacement a été jugé lourd, inutile et contraire à l'unité des prescriptions –acquisitives et extinctives– qu'il convient de conserver. A donc été maintenue la place actuelle de la prescription, située à la fin du Code, dans le titre XX du livre III, dont l'intitulé est également conservé (actuels articles 2219 à 2281). Précisément dans les dispositions préliminaires du chapitre V du titre III du Livre III du Code, énumérant les causes d'extinction des obligations, est annoncé le renvoi de la prescription à un titre particulier du livre III (art. 1234; disposition reprise par le groupe de travail, art. 1218).

3. *Questions préalables: la politique législative.* Plus difficiles sont les questions de politique législative.

D'abord ont été délibérément écartés de la proposition de réforme tous les délais de prescription énoncés par les traités internationaux et le droit européen, qui, en raison de leur supériorité sur le droit interne, ne peuvent être modifiés par la loi française, ce qui n'est pas sans inconvénients; non en raison de leur longueur, jamais excessive, mais de leur diversité (un, deux ou trois ans) qui ne répond pas à une politique rationnelle et simplificatrice, mais au coup par coup, presque sur mesure, avec tous les inconvénients résultant de la multiplicité des délais.

Il a été aussi jugé utile d'écarter de la proposition de réforme le droit pénal, la procédure civile, les voies d'exécution, le droit de la presse, le droit cambiaire, ceux des procédures collectives, de la famille, des successions et des régimes matrimoniaux, qui ont chacun une prescription dont le particularisme est marqué, sauf qu'aucun délai ne devrait dépasser la durée maximum de dix ou trente ans selon les cas, à l'exception des cas d'imprescriptibilité qui devraient être maintenus.

Ont aussi été écartés tous les délais égaux ou inférieurs à six mois pendant lesquels un droit doit être exercé ou une action introduite, à peine de déchéance; par exemple, dans le régime de la copropriété immobilière, la contestation par un copropriétaire d'une décision de l'assemblée générale, qui doit à peine de déchéance être introduite dans un délai de deux mois (L. 10 juillet 1968, art. 42, al. 2). Ce n'est pas à proprement parler une prescription.

4. *Durée de la prescription.* Le premier problème législatif que soulève la prescription est la détermination de sa durée, étant acquis qu'il convient d'abréger au moins celle de droit commun et de diminuer, autant qu'il est possible, le nombre des prescriptions.

5. *Une réforme limitée?* Il a paru indispensable de ne pas se cantonner à diminuer la durée de la prescription de droit commun qu'aujourd'hui tout le monde trouve excessive. Cette position minimum présenterait pourtant des avantages: d'abord de rendre facile la réforme, comme toute solution simple. En outre, un consensus général accepterait aisément la modification de l'actuel article 2262 c.civ. en réduisant le délai à dix ans; malgré l'avantage de la simplicité et du consensus, cette solution ne serait cependant qu'une réformette; la réforme du droit de la prescription appelle une vision d'ensemble beaucoup plus drastique.

6. *Trois ans.* L'actuelle proposition posant une prescription de droit commun d'une durée de trois ans s'est fortement inspirée des règles nouvelles réformant le BGB (L. 26 novembre 2001, entrée en vigueur le 1.^{er} janvier 2002²) et des propositions énoncées par les *Principes du droit européen des contrats*, (version française traduite par G. ROUHETTE, *Sté de législation comparée*, 2002; cfr. aussi: *Principes d'indroit*, cités par BÉNÉDICTE FAUVARGUE-COSSON, *op. cit.*, p. 811), prévoyant un délai unique de trois ans pour la prescription extinctive, qui la dissocierait donc de la prescription acquisitive, où un délai de trois ans serait évidemment inconcevable et pour laquelle il faudrait prévoir un délai de dix

2 J. BAUERREIS, *Le nouveau droit de la prescription* (dans le BGB), *RIDC*, 2002, p. 1023 et s.; V. LASSERRE-KIESOW, *loc. cit.*

ans. Sans doute, ce système est-il surprenant au premier abord: passer de 30 ans à 3 ans, ne serait-ce pas aller d'un extrême à l'autre?

Mais il présente de nombreux avantages: notamment; d'abord, il traduirait le nouvel esprit du droit civil des pays faisant partie de l'Union européenne et du droit communautaire contemporain (et dont la réforme du Code civil s'impose chaque fois qu'elle est utile): non seulement une tendance à une certaine unification, mais surtout, de plus en plus attaché à la rapidité des opérations contractuelles et l'on comprend que les milieux d'affaires allemands (non, semble-t-il, tous les universitaires) y soient attachés. En outre, il présente les mérites de la simplification, qui en rendrait la connaissance facile, ce qui est particulièrement précieux dans une société devenue aussi complexe que la nôtre.

En apparence, le BGB, les *Principes européens*, et *Unidroit* ne connaissent qu'un seul délai. Cette simplification comporte une part d'illusions; le droit allemand lui-même lui apporte de nombreuses exceptions (famille, successions, réparation du préjudice corporel dans la responsabilité délictuelle), sans compter celles provenant des droits international et européen. Sont également, en partie, un leurre, la brièveté et l'exclusion du contentieux, en raison notamment du régime particulier que le droit allemand prévoit pour le point de départ de la prescription.

7. *Pourquoi trois prescriptions?* On a été amené à proposer une pluralité de délais, malgré les inconvénients qui en résultent, pluralisme réduit à trois: le droit commun (3 ans), un autre délai (dix ans) pour les prescriptions particulières, et un délai butoir de dix ou de trente ans, à compter du fait générateur de l'obligation, pour la totalité des prescriptions, sans exception, même celles qui relèvent du droit de la famille, des successions, des régimes matrimoniaux ou du droit cambiaire.

De toute façon, une réforme de cette ampleur supposera un grand courage politique car elle soulèvera un tollé d'oppositions. Pourquoi par exemple, diront les assurances et la Sécurité sociale, passer d'un délai de deux ans, qui donnait satisfaction à tout le monde, à trois ans? A l'inverse les salariés protesteront lorsque la prescription des dettes périodiques, telles que le salaire, passera de cinq à trois ans. Réponse: il faut absolument simplifier notre droit; pour échapper à sa fragmentation, il faut trancher dans le vif.

8. *Liberté contractuelle.* L'ensemble de ces règles devrait être assoupli par un élargissement de la liberté contractuelle, comme le font actuellement le droit allemand, les principes du droit européen des contrats et peut-être l'Avant-projet de réforme française. Notre droit fait actuellement une distinction entre les clauses relatives à la prescription. Celles dont l'objet est d'allonger le délai sont en principe nulles parce que, au moins lorsque la prescription est longue,

elles seraient l'équivalent d'une renonciation que la loi prohibe (art. 2220). Au contraire, les clauses restrictives sont valables si elles ne privent pas en fait le créancier du droit d'agir en justice.

Le principe nouveau devrait être, sans distinctions, la liberté à l'égard de la prescription, sauf butoirs dans l'abréviation et l'allongement des délais.

9. *Liberté contractuelle et ordre public.* Les deux butoirs limitant la possibilité d'abrégier ou d'allonger par l'effet du contrat la durée de la prescription extinctive auraient pour conséquence de retirer ses effets pervers à la récente jurisprudence de la Cour de cassation prévoyant que l'énumération légale des causes d'interruption de la prescription n'est pas d'ordre public et que les parties peuvent y déroger³.

10. *Interruption du délai de prescription.* La première cause d'interruption de la prescription prévue par le droit actuel (c.civ., art. 2244 à 2247) est la citation en justice. Depuis la fin du XIX^e s. la jurisprudence a interprété de manière très extensive cette notion de citation en justice; l'élargissement prétorien de la principale cause d'interruption est à la fois le résultat et la cause d'un abondant contentieux. Sont ainsi multipliées et rallongées les causes d'interruption de la prescription, ce qui est contraire à un des objectifs de la présente proposition, tendant à en réduire la durée, à en simplifier le régime et à faire disparaître autant que possible les incertitudes du droit.

Comme la récente réforme du droit allemand des obligations, il conviendrait de transformer la plupart des causes actuelles d'interruption de prescription en causes de suspension, et de n'admettre que deux causes d'interruption, peu susceptibles d'équivoque, la reconnaissance par le débiteur du bien fondé de la prétention du créancier et la mise en œuvre des voies d'exécution par le créancier. Il suffirait de reprendre le texte actuel de l'article 2248, en ajoutant que la reconnaissance du débiteur peut être tacite, par exemple: "*La prescription est interrompue par la reconnaissance même tacite que le débiteur ou le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait*". La citation en justice cesserait donc d'être une cause d'interruption de la prescription, qui deviendrait suspendue pendant la durée de la procédure.

11. *Disparition de l'interversion de la prescription extinctive.* Le premier effet que produit actuellement l'interruption de la prescription, et qui doit être maintenu, est l'effacement de tous les effets antérieurs de la prescription; une nouvelle prescription recommence à courir, de la même durée que l'ancienne. Le droit actuel prévoit aussi que certaines interruptions (non toutes) produisent

3 Cass. civ. 1, 25 juin 2002, *Bull. civ.* I n.° 214; *D.* 2003-195, n. crit. PH. STOFFEL-MUNCK.

une interversion de certaines prescriptions (non de toutes): lorsqu'il s'agit d'une courte, et surtout d'une très courte prescription fondée sur une présomption de paiement, ou même lorsqu'il s'agit d'une dette périodique, l'interruption de la prescription vaut interversion si le débiteur a reconnu l'existence de son obligation par un acte écrit et chiffré et s'est engagé à la payer: à la courte prescription qui a été interrompue est substituée une nouvelle prescription, celle du droit commun. Pour fonder cette règle, les tribunaux invoquent généralement les dispositions de l'article 2274, qui pourtant ne disent rien de tel.

Cette institution prétorienne, pour traditionnelle qu'elle soit, est compliquée, paraît inopportune et devrait être abandonnée. Elle est un nid à procès, car l'incertitude continue à régner sur ses conditions: quelles sont les prescriptions susceptibles d'intervention? Quel acte d'interruption vaut intervention? Faut-il toujours pour qu'il y ait intervention une reconnaissance écrite et chiffrée du débiteur? En outre, l'intérêt de cette institution apparaît surtout à l'égard des très courtes prescriptions dont la disparition rendrait l'intervention inutile. Enfin, l'intervention a pour conséquence d'allonger le délai nécessaire pour prescrire, ce qui est contraire à un des principaux objectifs de cette proposition de réforme.

La récente réforme allemande des dispositions du BGB intéressant le droit des obligations et les *Principes du droit européen des contrats* l'ont aujourd'hui purement et simplement abandonnée.

Cette exclusion de l'intervention de la prescription extinctive ne devrait pas s'appliquer à l'hypothèse toute différente de l'intervention applicable à l'usucapion (c.civ., art. 2238). Ainsi, le détenteur précaire qui, en principe, ne peut usucaper (art. 2236) peut le faire s'il intervertit son titre, en affirmant qu'il n'est pas un détenteur précaire et que désormais il possède pour son compte. Les régimes de la prescription extinctive et de l'usucapion ne sont pas identiques.

12. *Suspension*. La suspension de la prescription n'efface pas le délai déjà couru; elle en arrête temporairement le cours. Une fois la suspension achevée, la prescription reprend son cours, en tenant compte du délai déjà couru.

La suspension a, dans notre histoire, beaucoup évolué; en outre, dans plusieurs de ses aspects, son régime actuel comporte de nombreuses incertitudes. La réforme devrait faire disparaître ces incertitudes, autant qu'il est possible, et tenir pour acquises certaines de ses évolutions.

Notre Ancien droit liait étroitement la suspension à l'équité, telle que le juge pouvait l'apprécier: une prescription était, au cas par cas, suspendue chaque fois que le juge estimait que tel ou tel événement rendait impossible l'exercice du droit; conformément à leur conception du droit, attachée à la

majesté et à l'exclusivité de la loi, les rédacteurs du Code civil ont entendu faire disparaître le caractère prétorien de la suspension, qui était, en effet, gros des risques d'incertitude et d'arbitraire; ils ont donc décidé qu'il ne pouvait y avoir de suspension que lorsque la loi l'avait prévu: art. 2251: "*La prescription court contre toutes personnes à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi*".

La cause de suspension la plus importante tient à la tutelle pour incapacité (minorité ou tutelle des majeurs), et n'est exclue que pour les très courtes prescriptions, qui ne sont pas suspendues, sauf le recours de l'incapable contre son tuteur (art. 2278).

Dans le droit actuel, le principe de légalité domine donc en apparence la suspension de la prescription qui n'existe que dans les conditions prévues par la loi. La jurisprudence a pourtant, de deux manières différentes, porté atteinte à ce légalisme. D'une part, il est des cas où la prescription devrait être suspendue si l'on avait appliqué strictement la loi, mais ne l'est pas parce qu'il s'agit d'un délai préfix. D'autre part, et à l'inverse, il est des cas où la prescription est suspendue par les juges, alors qu'aucune disposition légale ne l'avait prévu, par application de la règle *contra non valentem*.

13. *Suppression des délais préfix*. La jurisprudence, souvent en l'absence de tout texte, a admis l'existence de "délais préfix" qui ne peuvent être suspendus, même pour cause d'incapacité; par exemple, le délai de deux ans pendant lequel la rescision d'une vente d'immeuble pour cause de lésion peut être introduite, comme le prévoit expressément l'art. 1676 al. 2 c.civ. De même, bien qu'aucun texte ne l'ait prévu, la jurisprudence décide qu'est un délai préfix le délai de trois ans pendant lequel un meuble perdu ou volé peut être revendiqué (art. 2272, al. 2)⁴. Souvent aussi, mais non toujours, la jurisprudence décide que le juge peut soulever d'office l'expiration d'un délai préfix.

Aucun critère précis ne permet de déterminer quels délais sont ou ne sont pas préfix. Sur ce point également, le droit actuel de la prescription extinctive souffre d'incertitudes, causes de contentieux et de discussions parfois interminables. La réforme devrait faire disparaître la notion de délai préfix, sauf que la loi peut expressément décider, comme elle le fait dans l'art. 1676, que, contrairement au droit commun, tel ou tel délai court contre les incapables.

14. *Contra non valentem*. Une jurisprudence abondante, ancienne et presque constante restitue au juge en matière de prescription extinctive le pouvoir créateur et modificateur des prescriptions que l'Ancien droit lui avait conféré et que le Code civil avait probablement voulu lui retirer.

4 Crim., 30 oct. 1969, *JCP* 1970 II 16333, note G. GOUBEAUX.

Elle a ressuscité la maxime d'équité *Contra non valentem agere non currit prescriptio*: la prescription ne court pas contre celui qui a été empêché d'agir. Ainsi, la jurisprudence retarde-t-elle le point de départ de la prescription, lorsque le créancier ne peut agir pour cause de force majeure, et même lorsque le créancier ignorait l'existence de son droit si cette ignorance avait une cause légitime: comme dans l'Ancien droit, il s'agit d'une mesure d'équité, très circonstanciée. La Cour de cassation énonce cette règle prétorienne, dans un attendu de principe assez souvent répété presque de la même manière: "*la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement quelconque résultant soit de la loi, soit de la convention ou de la force majeure*"⁵.

La jurisprudence applique cette règle d'équité de façon circonstanciée. Un de ses critères est de s'attacher au moment où apparaît l'impossibilité d'agir. Les juges n'appliquent la règle que si cette impossibilité d'agir n'est apparue que dans les derniers temps du délai; au contraire, ils en refusent l'application si le créancier a joui d'un délai suffisant après la disparition de cet obstacle⁶.

La récente réforme allemande du droit des obligations dans le BGB a entendu légaliser la règle en la précisant par des chiffres: la force majeure empêchant le créancier d'agir n'est une cause de suspension de la prescription que si elle est intervenue dans les six mois précédant l'expiration du délai de prescription (§ 206; cfr. aussi les *Principes du droit européen des contrats*, art. 14-303, 2). La présente proposition s'est inspirée de cette règle.

15. *Office du juge*. "*Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription*". La règle énoncée par l'art. 2223 s'applique même lorsque la prescription est d'ordre public. Elle traduit un consensus général et doit être maintenue. Il n'y a de discussion en doctrine que pour les délais préfix; la notion et l'institution de délai préfix disparaissant, la discussion devient sans objet.

16. *Point de départ de la prescription*. Le principe est que le point de départ du délai de prescription est, non le jour où la créance est née, mais celui où le créancier peut agir. Par exemple, à l'égard des créances successives (ex. les loyers), la prescription court à compter de chaque échéance; de même pour une dette à terme, le jour où le terme est échu.

5 Par ex. Civ. 1, 22 déc. 1959, *JCP* 1960 II 11494, n. signée P. E.

6 Ex. Com., 11 janv. 1994, *Bull. civ.* IV, n.° 22; *Rev. trim. dr. civ.* 1995-114, obs. J. MESTRE: "la règle selon laquelle la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par la suite d'un empêchement quelconque résultant soit de la loi, soit de la convention ou de la force majeure, ne s'applique pas lorsque le titulaire de l'action disposait encore au moment où cet empêchement a pris fin, du temps nécessaire pour agir avant l'expiration du délai de prescription".

A l'égard des dettes non exigibles, la loi prévoit que le point de départ de la prescription est retardé: pour une dette à terme, au jour où le terme est échu; pour une dette sous condition suspensive, au jour où la condition est réalisée (art. 2257); à l'égard d'une action en nullité pour vice du consentement, du jour où le vice a cessé ou de celui où la victime en a eu connaissance (art. 1304, al. 2); mais des butoirs s'imposent; même si la victime du vice du consentement ignorait que son consentement avait été donné par erreur, extorqué par violence ou surpris par dol, l'action est prescrite après un délai butoir: dix ans après la conclusion du contrat. Pour les actions en responsabilité civile extracontractuelle, la prescription de trois ans (dans l'actuelle proposition) court du jour où la victime pouvait agir, c'est-à-dire a eu connaissance du dommage, de son étendue ou de son aggravation (art. 2270-1); mais même si la victime n'a pas eu connaissance du dommage, de son étendue et de son aggravation, l'action est prescrite par un délai butoir de dix ans à compter de la commission du fait dommageable, délai qui est porté à trente ans s'il s'agit d'un préjudice corporel ou résultant d'un acte de barbarie ou d'un dommage causé à l'environnement.

La plupart des dispositions actuelles du Code civil relatives au point de départ de la prescription devraient donc être maintenues, sauf à ajouter une règle prévoyant une date butoir lorsque le créancier a ignoré l'existence du vice du consentement ou la victime l'existence, l'étendue ou l'aggravation du dommage.

17. *Effet de la prescription.* La prescription libératoire a essentiellement un effet extinctif; cependant, le paiement d'une dette prescrite ne peut jamais être répété, ce que les tribunaux expliquent parfois par la survie d'une obligation naturelle (art. 1239). L'explication est contestable, car il importe peu que le *solvens* ait commis une erreur en ignorant la prescription qui le libérait. Aussi conviendrait-il d'ajouter un alinéa 3 à l'art. 1235, énonçant que "*le paiement d'une dette prescrite ne peut être répété*".

18. *Droit transitoire.* La jurisprudence a adopté des règles simples pour le droit transitoire, dont l'actuelle proposition s'est inspirée.

19. *Numérotation.* La simplification du droit de la prescription aurait pour conséquence la disparition de nombreux articles du Code civil. Il a été jugé utile de maintenir le numéro de l'article 2279, enraciné dans la culture et la mémoire nationales, comme les articles 544, 1134 et 1382. Quinze numéros seraient ainsi rendus disponibles pour la réforme du droit des sûretés.

Titre XX
“De la prescription et de la possession”
(art. 2234 a 2281)

CHAPITRE I
DISPOSITIONS GÉNÉRALES
(ART. 2234 À 2242)

Art. 2234. La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi.

Art. 2235. On peut renoncer à une prescription acquise.

La durée de la prescription extinctive peut être abrégée ou allongée par accord des parties ou de leurs représentants légaux; mais elle ne peut être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans.

Art. 2236. La renonciation à la prescription est expresse ou tacite; la renonciation tacite résulte d'un fait qui suppose l'abandon du droit acquis.

Art. 2237. Celui qui ne peut aliéner ne peut renoncer à la prescription acquise.

Art. 2238. Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription, lors même qu'elle intéresse l'ordre public.

Art. 2239. La prescription peut être opposée en tout état de cause, même devant la cour d'appel, à moins que la partie qui n'aurait pas opposé le moyen de la prescription ne doive, en raison des circonstances, être présumée y avoir tacitement renoncé.

Art. 2240. Les créanciers, ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer, ou l'invoquer encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce.

Art. 2241. Les choses qui ne sont pas dans le commerce échappent à toute prescription.

Art. 2242. L'État, les collectivités locales et les établissements publics sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers, et peuvent également les opposer ou les invoquer.

CHAPITRE II
DE LA POSSESSION

Art. 2243. La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.

Art. 2244. Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire.

Art. 2245. On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre.

Art. 2246. Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire.

Art. 2247. Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription.

Art. 2248. Les actes de violence ne peuvent fonder non plus une possession capable d'opérer la prescription.

La possession utile ne commence que lorsque la violence a cessé.

Art. 2249. Le possesseur actuel qui prouve avoir possédé anciennement, est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire, sauf la preuve contraire.

Art. 2250. Pour compléter la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier, soit à titre gratuit ou onéreux.

CHAPITRE III DES CAUSES QUI EMPÊCHENT LA PRESCRIPTION

Art. 2251. Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit.

Ainsi, le locataire, le dépositaire, l'usufruitier et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire.

Art. 2252. Les héritiers de ceux qui tenaient la chose à quelqu'un des titres désignés par l'article précédent ne peuvent non plus prescrire.

Art. 2253. Néanmoins, les personnes énoncées dans les articles 2252 et 2250 peuvent prescrire, si le titre de leur possession se trouve interverti, soit par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction qu'elles ont opposée au droit du propriétaire.

Art. 2254. Ceux à qui les locataires, dépositaires et autres détenteurs précaires ont transmis la chose par un titre translatif de propriété peuvent la prescrire.

Art. 2255. On ne peut prescrire contre son titre, en ce sens que l'on ne peut se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession.

Art. 2256. On peut prescrire contre son titre, en ce sens que l'on prescrit la libération de l'obligation que l'on a contractée.

CHAPITRE IV
DES CAUSES QUI INTERROMPENT OU QUI SUSPENDENT
LE COURS DE LA PRESCRIPTION

SECTION I
DES CAUSES QUI INTERROMPENT LA PRESCRIPTION

Art. 2257. La prescription peut être interrompue ou naturellement ou civilement.

Art. 2258. Il y a interruption naturelle, lorsque le possesseur est privé pendant plus d'un an de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers.

Art. 2259. Il y a interruption civile lorsque le débiteur ou le possesseur reconnaît, même tacitement, le droit de celui contre lequel il prescrivait.

Art. 2260. La prescription est également interrompue par un acte d'exécution tel qu'un commandement ou une saisie.

Art. 2261. L'interruption efface la prescription; elle en fait courir une nouvelle de même durée que l'ancienne.

(Obs.: L'art. 2253, relatif à une autre hypothèse d'interversion, est maintenu).

SECTION 2
DU COURS DE LA PRESCRIPTION
ET DES CAUSES QUI LE SUSPENDENT

Art. 2262. La prescription a pour point de départ le jour où le créancier peut agir.

Art. 2263. Elle ne court pas:

A l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive ou défaille;

A l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu;

A l'égard d'une créance à jour fixe, jusqu'à ce que ce jour soit arrivé.

Art. 2264. Elle ne court pas ou est suspendue, tant que les parties négocient de bonne foi.

Il en est de même tant que le débiteur ignore l'existence ou l'étendue de la créance.

Art. 2265. La suspension de la prescription en arrête temporairement le cours sans effacer le délai déjà couru.

Art. 2266. La prescription court contre toute personne qui n'est pas dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure.

La force majeure, lorsqu'elle est temporaire, n'est une cause de suspension que si elle est intervenue dans les six mois précédant l'expiration du délai de prescription.

Art. 2267. La prescription est suspendue pendant le procès jusqu'à son achèvement.

Art. 2268. Elle ne court pas contre les mineurs non émancipés et les majeurs en tutelle.

Art. 2269. Elle ne court pas entre époux.

Art. 2270. Elle est également suspendue contre l'héritier bénéficiaire à l'égard des créances que l'héritier a contre la succession.

Art. 2271. Mais elle court contre une succession vacante, quoique non pourvue de curateur.

Elle court encore pendant les délais pour exercer l'option successorale.

CHAPITRE V DU TEMPS REQUIS POUR PRESCRIRE

SECTION I DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Art. 2272. La prescription se compte par jours, et non par heures.

Art. 2273. Elle est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli.

Art. 2274. Toutes les actions sont prescrites par trois ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi.

SECTION 2 DES PRESCRIPTIONS PARTICULIÈRES

Art. 2275. Toutefois, se prescrivent par dix ans:

- 1.° les actions en responsabilité civile, tendant à la réparation d'un préjudice corporel ou de tout préjudice causé par des actes de barbarie;
- 2.° les actions en nullité absolue;
- 3.° les actions relatives à un droit constaté par un jugement ou un autre titre exécutoire;

4.° les actions en responsabilité ou en garantie du constructeur d'un ouvrage engagées en vertu des articles 1792 à 1792-2.

Art. 2276. La propriété immobilière est acquise par une possession de dix ans.

Variante: La propriété immobilière est acquise par une possession de vingt ans. Toutefois, ce délai est réduit à dix ans lorsque le possesseur a acquis l'immeuble de bonne foi et par juste titre.

Art. 2277. Les règles énoncées par ce titre s'appliquent sans préjudice des dispositions du Nouveau Code de procédure civile, du Code pénal, du Code de procédure pénale, du Livre I, des Titres I et V du Livre III du présent Code, des Livres V et VI du Code de commerce, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, des traités internationaux ratifiés par la France et des règles de l'Union européenne.

Elles ne s'appliquent pas non plus aux délais légaux ou inférieurs à six mois pendant lesquels une action doit être introduite ou un droit exercé, à peine de déchéance.

SECTION 3

DU DÉLAI MAXIMUM DES PRESCRIPTIONS EXTINCTIVES

Art. 2278: Néanmoins, sauf à l'égard des crimes contre l'humanité, qui sont imprescriptibles, toutes les actions sont prescrites dix ans après le fait générateur de l'obligation, quels qu'en soient l'objet, le point de départ, les interruptions, les suspensions et les conventions qui en modifient la durée.

A l'égard des actions en responsabilité civile ayant pour objet la réparation d'un préjudice corporel ou résultant d'un acte de barbarie ou d'une atteinte à l'environnement, ce délai est de trente ans.

SECTION 4

DE LA POSSESSION MOBILIÈRE

Art. 2279. En fait de meubles, la possession vaut titre.

Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.

Art. 2280. Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté.

Le bailleur qui revendique, en vertu de l'article 2102, les meubles déplacés sans son consentement et qui ont été achetés dans les mêmes conditions, doit également rembourser à l'acheteur le prix qu'ils lui ont coûté.

SECTION 5
DROIT TRANSITOIRE

Art. 2281. La loi qui allonge la durée de la prescription est sans effets sur une prescription acquise; elle s'applique lorsque l'action n'était pas prescrite à la date d'entrée en vigueur de la loi.

Lorsque la loi réduit la durée de la prescription, la prescription commence à courir du jour de l'entrée en vigueur de la loi, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en agosto de 2006

Se compuso en caracteres Ehrhardt de 11-5 puntos
y se imprimió sobre papel propalibros de 70 gramos,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.
Bogotá, Colombia

Externado
120 años de educación para la libertad