

LES SUITES DE L'ÉCHEC : SANCTIONS ET RESTITUTIONS EN DROIT SPÉCIAL DES CONTRATS

Vincent Égéa

*Agrégé des Facultés de Droit, professeur, Aix Marseille Univ,
Laboratoire de droit privé et de science criminelle (EA 4690), Aix-en-Provence,
France*

1. Une brève intuition pourrait *a priori* laisser penser que les droits spéciaux demeurent sans doute peu affectés par la récente réforme du droit des contrats puisqu'ils connaissaient déjà plusieurs mécanismes désormais consacrés en droit commun. En ce qui concerne l'inexécution au sens large, n'a-t-on pas présenté la réforme, à juste titre, comme généralisant à bien des égards des mécanismes jusque-là connus au sein des droits spéciaux ?

2. Les droits spéciaux seraient même les antichambres, des laboratoires, de ce qui existe depuis le 1^{er} octobre 2016 en droit commun. Pour autant, la question s'avère largement plus délicate à aborder et ne saurait se réduire à une simple généralisation de mécanismes jusque-là présents en droit spécial.

3. S'il est exact d'affirmer que ces mécanismes nouveaux constituent pour l'essentiel une généralisation de mécanismes relevant précédemment de droits spéciaux, la reprise ne s'est pas faite sans modifications ni adaptations. Les sanctions de l'inexécution¹ et restitutions² figurant désormais au sein des nouvelles dispositions de droit commun rejaillissent nécessairement sur le droit spécial des contrats. En somme, le droit commun n'a pas seulement imité le droit spécial en élargissant le champ de ce dernier.

¹ Sur lesquelles, cf. not. Y.-M. Laithier, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *JCP* 2015, suppl. n° 21, spéc. p. 50 et s.

² Sur lesquelles, cf. J. Klein, « Les restitutions », *JCP éd. G.* 2016, suppl. n° 21, p. 74 et s. ; N. Blanc, « Les restitutions », *Gaz. Pal.*, 4 juin 2015, p. 14 et s. ; S. Pellet, « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon », *JCP éd. G.* 2016.676 ; Y.-M. Serinet, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *PA* 3-4 sept. 2015, p. 65 et s.

4. Par ailleurs, le nouvel article 1105 du Code civil qui vise précisément à articuler le champ du droit commun avec les dispositions spéciales ne règle la question que de manière incomplète. Tout simplement parce que, d'un point de vue opératoire, certaines règles ne relèvent pas de dispositions propres à certains contrats, au sens de l'article 1105 du Code civil. Il suffit pour s'en convaincre de songer aux règles gouvernant les restitutions, dégagées pour l'essentiel par la jurisprudence.

5. Enfin, la vocation assurément générale des nouvelles dispositions ne correspond pas nécessairement à la diversité des rapports juridiques particuliers régie par les droits spéciaux.

6. D'un point de vue plus théorique, à l'instar des règles relatives à la formation du contrat ou à sa force obligatoire, le régime juridique des remèdes et restitution constitue un véritable révélateur, au sens chimique du terme, de l'esprit du nouveau droit français des contrats ou, à tout le moins, du contrat. Dans cette perspective, les nouveautés les plus remarquables introduites par l'ordonnance du 10 février 2016, ont déjà été largement commentées. En ce qui concerne l'échec du contrat, que l'on assimilera à l'échec des prévisions contractuelles résultant d'une inexécution, en excluant la force majeure afin de centrer le propos sur le comportement des cocontractants, les innovations sont doubles. Le droit nouveau énumère et régit, d'une part, une grande diversité de sanctions, que l'on n'a finalement pas eu l'audace de nommer « remèdes »³. D'autre part, a été mise en place un régime commun des restitutions, qui se veut volontairement large et - au moins dans la rédaction des textes - qui ne procède pas à des distinctions. Il figure aux nouveaux article 1352 et suivants et à l'article 1229 du Code civil.

7. En somme, le droit positif se singularise désormais par une diversité des sanctions⁴ et une unité de la restitution, au sens générique du terme. Des exercices doctrinaux de type généalogique ont permis d'assurer la « traçabilité » de certains de ces mécanismes, venus des droits spéciaux pour pénétrer le droit commun. Ainsi la possibilité de faire remplacer le débiteur défaillant, qui navigue dans le sillage de l'exécution en nature de l'obligation, trouve ses origines dans la vente commerciale. La

³ Comp. ici la terminologie initialement retenue par le projet de réforme.

⁴ Les sanctions diverses, faut-il le rappeler, sont énumérées à l'article 1217 du Code civil, qui mentionne successivement le refus d'exécuter ou la suspension de sa propre obligation ; la poursuite de l'exécution forcée en nature de l'obligation ; la réduction du prix ; la résolution du contrat ; la réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions sollicitées doivent être compatibles entre elles.

réduction du prix provient quant à elle de la Convention de Vienne⁵ et du droit du commerce international. Quant à l'exception d'inexécution avérée, le Code civil la règlementait déjà en matière de vente⁶, d'échange⁷ ou de dépôt onéreux⁸.

8. S'il ne s'agit pas ici de détailler chacune de ces sanctions, tant les commentaires sont nombreux, l'on se limitera simplement à rappeler certains traits caractéristiques tels que l'essor de l'unilatéralisme et des remèdes de justice privée, ou le développement d'une procéduralisation⁹ du comportement contractuel.

9. Partant, l'innovation la plus remarquable résiderait peut-être du côté de la consécration d'un régime juridique unifié des restitutions, qui clôt la partie du Code civil consacrée au régime général des obligations. Les articles 1352 et suivants du Code civil sont régulièrement présentés comme constituant non seulement des dispositions de droit commun mais, de surcroît, comme abolissant nombre de distinctions anciennes. Par exemple, le régime serait le même pour les restitutions intervenant suite à une nullité, une résolution ou une caducité.

10. Dans le cadre des présents développements, le propos se limitera pour l'essentiel aux restitutions faisant suite à une résolution. Outre les nouveaux articles 1352 et suivants du Code civil, il convient d'ajouter le nouvel article 1229 du Code civil. L'expression « échec du contrat » sera donc entendue de manière restrictive et n'englobant pas la question de l'absence de validité pour se concentrer sur l'inexécution. L'échec du contrat suppose de ce point de vue un acte valide et il s'agira de se concentrer sur la satisfaction - ou plus exactement l'insatisfaction - du créancier. L'on exclura évidemment aussi l'obligation de restitution lorsqu'elle constitue la prestation caractéristique d'un contrat vers laquelle tout un processus contractuel s'organise, comme en matière de prêt par exemple.

⁵ Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises

⁶ C. civ., art. 1612, 1651 et 1653

⁷ C. civ., art. 1704

⁸ C. civ., art. 1948

⁹ Par « procéduralisation », il s'agit de décrire le phénomène, très présent dans le droit des contrats issu de l'ordonnance du 10 février 2016, qui consiste à déterminer dans le Code civil une manière de procéder attendue du contractant dans les domaines où le l'unilatéralisme a le plus progressé. La logique procédure s'inscrit bien sûr hors les murs des juridictions et visent la mise en place d'un formalisme, la nécessité de respecter des délais, et la consécration d'une obligation de motivation. Sur la procéduralisation, cf. *infra* n° 35 s.

La restitution ne découle pas dans cette hypothèse d'un quelconque échec du contrat.

11. Qu'il s'agisse de la diversité des sanctions ou de l'unité du régime des restitutions, il convient de tempérer l'idée d'édiction de normes de droit commun, dont l'incidence sur les droits spéciaux se révélerait somme toute minime. Bien sûr, il est impossible et vain de vouloir aborder l'ensemble des contrats spéciaux et il s'agit plus modestement de dégager des lignes directrices. Le rayonnement du droit commun vers le droit spécial s'opère en effet de deux manières.

12. Certaines normes ayant un champ prétendument large dans leur édiction, concernent en réalité, si ce n'est un contrat spécial, du moins une catégorie de contrats spéciaux. Le rayonnement s'opère ainsi par le biais d'une sorte de spécialisation du droit commun (**I.**) mais aussi par le biais de l'application (**II.**) de mécanismes certes repris du droit spécial dans leur conception mais rénovés dans leurs modalités de mise en œuvre.

I. La spécialisation du droit commun

La spécialisation du droit commun s'opère selon deux modalités puisqu'il peut s'agir d'une spécialisation textuelle (**A.**) et d'une spécialisation matérielle (**B.**)

A. La spécialisation textuelle

13. La spécialisation textuelle se retrouve avec des mécanismes certes novateurs mais qui ne concernent en réalité que certains types de contrats spéciaux. Bien que ces mécanismes soient contenus dans les dispositions générales du droit commun, leur champ se trouve en réalité limité par la lettre même des dispositions.

14. Certaines limitations textuelles demeurent prévues par les textes et restent commandées par la logique et, finalement par des exigences de commodité pratique. D'autres spécialisations suscitent plus de perplexité car, quoique prévues par un textes, elles ne vont pas de soi.

15. S'agissant des limitations textuelles commandées par des exigences d'ordre logique, l'objet de la prestation rejaillit nécessairement sur le régime des restitution commandant une réduction du champ d'application du droit commun. Ainsi, le nouvel article 1352-8 du Code civil dispose que « la restitution d'une prestation de service a lieu en valeur. Celle-ci est appréciée à la date à laquelle elle a été fournie ». Le texte déroge ainsi de manière logique au principe solennellement posé de res-

titution en nature.

16. Finalement, ce ne sont pas moins de trois régimes qui existent au sein du Code civil. Tout d'abord figure le régime de la restitution d'une chose autre qu'une somme d'argent, comme la chose donnée, prêtée, ou objet d'un contrat de bail, de dépôt ou de vente... Sans surprise, l'article 1352 du Code civil impose une restitution en nature quand elle est possible. L'article 1352-3 impose également une restitution des fruits (en principe en valeur) et de la valeur de la jouissance que la chose a procurée. Ce dernier point constitue une évolution majeure qui va à l'encontre de la jurisprudence¹⁰.

17. Ensuite, le deuxième régime concerne la restitution d'une somme d'argent qui s'effectue quant à elle en valeur, incluant - précise l'article 1352-6 du Code civil - les intérêts au taux légal et les taxes acquittées entre les mains de celui qui l'a reçue.

18. Enfin, le troisième régime est relatif à la restitution d'une prestation de service qui, bien évidemment, ne peut avoir lieu qu'en valeur, appréciée, comme le prescrit l'article 1352-8 du Code civil, à la date à laquelle la prestation a été fournie. En principe, il convient de restituer en valeur la prestation de service elle-même et non la valeur de l'ouvrage réalisé par ladite prestation¹¹.

19. Preuve supplémentaire de la spécialisation du droit commun, la différence de régimes concerne également l'évaluation de la valeur à restituer. Ainsi, s'il s'agit de restituer en valeur l'équivalent d'une chose autre qu'une somme d'argent, l'article 1352 du Code civil retient une estimation faite au jour de la restitution. En revanche, s'il s'agit de restituer en valeur une prestation de service, l'estimation est faite à la date à laquelle le service a été fourni.

20. Dans les deux cas s'opère pourtant une restitution en valeur et non plus en nature. Ceci démontre au passage que le fondement de l'obli-

¹⁰ Cf. en dernier lieu : Civ. 3^e, 3 déc. 2015, n° 14-22.692 ; D. 2016.1179, note S. Safi : « Il résulte de l'article 1304 du code civil que la nullité emporte l'effacement rétroactif du contrat et a pour effet de remettre les parties dans la situation initiale. La remise des parties dans l'état antérieur à un contrat de location-gérance annulé exclut que le bailleur obtienne une indemnité correspondant au profit tiré par le locataire de l'exploitation du fonds de commerce dont il n'a pas la propriété » ; *add.* dans le même sens : Cass. mixte, 9 juillet 2004, n° 02-16.302, *Bull. mixte* n° 2, D. 2004.2175, note C. Tuillon ; *RTD civ.* 2015.125, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Rép. Def.* 2004.1402, obs. R. Libchaber ; *JCP éd. G.* 2004, I, 173, obs. Y.-M. Serinet ; *JCP* 2004, II, 10190, note G. François.

¹¹ En ce sens : M. Latina et G. Chantepie, *Commentaire théorique et pratique de la réforme du droit des obligations, dans l'ordre du Code civil*, éd. Dalloz, 2016, spéc. n° 1075.

gation de restitution doit sans doute être davantage recherché du côté de l'enrichissement injustifié que de la rétroactivité.

21. Et l'on peut dès lors s'interroger sur les incidences d'une telle diversité de régimes. Une somme de dispositions spécifiques aboutit-il à une disposition générale ? Si une réponse négative paraît s'imposer, compte-tenu des véritables divergences constatées entre les différents régimes de restitution, il convient de reconnaître que la logique commande nécessairement ce phénomène de spécialisation du droit commun.

22. Certaines limitations textuelles suscitent en revanche plus de perplexité. Il en va ainsi de la réduction unilatérale du prix. Certains commentateurs ont fait valoir que l'on pourrait songer à la réduction unilatérale de toute prestation, y compris non monétaire, notamment en prenant l'exemple du vendeur d'une chose de genre qui réduirait la quantité de bien délivré en réponse à une exécution imparfaite de l'obligation de payer pesant sur l'acheteur¹².

23. L'on peut effectivement souscrire à une telle proposition en déplorant là encore une limitation de cette nouvelle sanction de l'inexécution que rien ne semble *a priori* exiger.

24. Quoique regroupés sous la bannière d'un prétendu droit commun, ces éléments de spécialisation là sont textuellement prévus, ce qui n'est pas le cas des autres signes de spécialisation du droit commun.

B. Une spécialisation matérielle

25. La spécialisation du droit commun ne provient pas exclusivement d'un texte mais se trouve parfois dictée par la nature même de l'inexécution qu'il s'agit de sanctionner. Certaines sanctions et certaines règles de restitution n'ont donc pas une vocation générale mais ne vont concerner qu'un type particulier d'inexécution. Dans cette perspective, il existe une réglementation spéciale mais non par type de contrats mais par type de situations juridiques, par le biais d'une exclusivité et par le biais de l'exclusion.

1. Par l'exclusivité

26. Certaines sanctions se trouvent exclusivement réservées aux situations les plus graves. L'on se trouve en somme face à un droit spécial

¹² M. Latina et G. Chantepie, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, éd. Dalloz, 2016, n° 645.

qui se caractérise par des sanctions spécifiques et des règles de restitutions particulières réservées aux restitutions les plus graves.

27. Avec quelques nuances il est vrai, la résolution pour inexécution et l'exception d'inexécution sont des sanctions réservées aux situations graves, l'article 1219 évoquant la gravité du manquement et l'article 1220 la gravité des conséquences de l'inexécution. Ainsi, face à la faiblesse du manquement, le créancier devra plutôt se tourner, non sans quelque paradoxe, vers une exécution forcée en nature. L'exception d'inexécution pour crainte d'inexécution a quant à elle été présentée à juste titre comme l'une des grandes nouveautés de la réforme. L'article 1220 du Code civil permet à une partie de suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais.

28. Ce n'est pas l'exécution qui doit être suffisamment grave, mais ses conséquences, pour que l'accès à cette sanction devienne réel. Ainsi, une grave inexécution n'entraînera pas forcément de graves conséquences¹³, sauf à considérer que la gravité du comportement ne s'apprécie pas à l'aune du comportement lui-même mais au regard de ses conséquences.

29. Dans le même ordre d'idées, en codifiant la jurisprudence antérieure, les articles 1224 et 1225 du Code civil permettent au créancier de résoudre unilatéralement mais à ses risques et périls le contrat par voie de notification. Une telle sanction ne saurait intervenir que pour sanctionner un manquement grave. L'exclusivité, consistant à réserver des sanctions spécifiques à certains types d'inexécution, s'impose donc comme une première modalité de spécialisation matérielle.

2. Par l'exclusion

30. Certaines situations vont, inversement, justifier l'exclusion de sanctions particulièrement sévères dans leurs effets, participant à un même mouvement de spécialisation matérielle. Tel est le cas de la disproportion que l'on retrouve, quoique de manière différente avec l'exécution forcée en nature et avec les restitutions.

31. S'agissant de l'exécution forcée en nature, est pris en compte le coût déraisonnable et la disproportion entre la charge pesant sur le

¹³ En ce sens : M. Latina et G. Chantepie, *op. cit.*, n° 630.

débiteur et l'intérêt du créancier. Cela signifie, *a contrario*, qu'en cas de disproportion, le créancier devra solliciter la résolution et l'attribution de dommages et intérêts par exemple. La prise en compte des incidences de l'exécution forcée sur la situation du débiteur a fait opportunément l'objet de commentaires insistant sur son caractère novateur. Il convient d'ajouter que, de cette manière, l'éventail des sanctions que peut solliciter le créancier déçu se referme. Dans un ordre d'idées voisin, la prise en compte du coût raisonnable va permettre d'accéder à la sanction de l'exécution forcée par un tiers¹⁴.

32. Le panel des sanctions que le créancier insatisfait peut solliciter n'est pas aussi large que l'on pourrait le croire et le choix, ne se heurte pas uniquement à l'obstacle du caractère inconciliable des sanctions. L'on va exclure certaines sanctions, voire la restitution, lorsque leur mise en œuvre entraîne une disproportion. Dans cette perspective, se pose la question d'une éventuelle exclusion de la restitution en nature d'un bien autre qu'une somme d'argent lorsqu'une telle restitution engendre des coûts disproportionnés pour le débiteur de cette obligation. L'on songe évidemment ici à l'exemple très classiques de l'obligation de restituer les cuves d'hydrocarbure présentes dans les stations-services¹⁵. La disproportion du coût de la restitution constitue-t-elle une impossibilité de restituer au sens de l'article 1352 du Code civil ? Une exclusion de la restitution en nature d'un coût disproportionné pourrait se justifier dès lors que l'on considère que ce mécanisme ne doit pas constituer une source d'appauvrissement pour le débiteur¹⁶.

33. Ainsi, il n'existe pas véritablement de panel large, où toutes les sanctions seraient offertes à l'ensemble des créanciers déçus. En ce qui concerne l'hypothèse, déjà évoquée, d'une combinaison entre résolution et exécution forcée en nature en matière de pacte de préférence, l'on pourrait y voir une inconciliable des sanctions, notamment dans l'hypothèse où le tiers qui aurait acquis en méconnaissance des droits du bénéficiaire revend à son tour la chose objet de la promesse initiale.

¹⁴ En ce qui concerne ici le remplacement du débiteur défaillant du nouvel article 1222 du Code civil.

¹⁵ Comp. Com. 18 fév. 1992, *Bull.* IV, n° 78; D. 1993.57 (2^e esp.), note Ch. Hannoun; *JCP éd. G.* 1992, II, 21897, note M. Béhar-Touchais.

¹⁶ Cf. sur cette question : J.-B. Seube, « Le juge et les restitutions », *RDC* 2016.415.

II. L'application du droit commun

34. L'application du droit commun, devrait en second lieu constituer une modalité d'influence de la réforme sur les droits spéciaux. Même si certaines sanctions existaient déjà en droit spécial, dans leur principe à tout le moins, le droit commun s'appliquera sans doute au travers de deux axes majeurs : la procéduralisation (A.) et la moralisation (B.)

A. *Les incidences de la procéduralisation*

35. Si certains mécanismes existaient déjà, dans certains droits spéciaux, la réforme a offert l'occasion de transpositions, en droit commun, non sans quelques modalités de mise en œuvre nouvelles. Ainsi la réforme est-elle marquée du sceau de la procéduralisation. Le terme de « procéduralisation » désigne ici la procéduralisation du comportement contractuel, c'est à dire la réglementation d'une manière de faire, d'une manière de procéder. Le terme reçoit donc une acception large et, finalement, extrajudiciaire, laquelle consiste à déterminer une manière de faire, en édictant des actes (formalisme) à respecter, l'obligation d'observer des délais de même qu'une obligation de motivation.

36. Ainsi, l'arsenal des nouvelles sanctions, dans le droit commun, repose largement sur cette logique de type procédural, sur la détermination légale d'une manière de faire. Elle s'appuie en particulier et d'un point de vue formel sur la mise en demeure. Un tel formalisme se révèle assez opportun en permettant de prévenir une ultime fois le débiteur de l'imminence d'une sanction. L'exigence d'une mise en demeure ne découle pas d'un type d'inexécution (retard, mauvaise exécution) mais de la sanction envisagée. Ainsi l'obligation de mise en demeure se retrouve pour l'exécution forcée en nature¹⁷, le remplacement du débiteur¹⁸, la réduction du prix¹⁹, la résolution unilatérale²⁰. De ce point de vue, la procéduralisation exprime peut être un véritable droit commun. D'ailleurs, cette fameuse mise en demeure fait désormais l'objet d'une définition renouvelée au nouvel article 1344 du Code civil²¹.

¹⁷ Art. 1221

¹⁸ Art. 1222

¹⁹ Art. 1223

²⁰ Art. 1226

²¹ C. civ., art. 1344 : le débiteur est mise en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, si le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation.

37. Au demeurant, ces nouvelles exigences relatives à la manière de procéder rejailliront nécessairement sur les droits spéciaux, même si le principe de certaines sanctions se trouvait déjà acquis précédemment. Il en va ainsi par exemple de la résolution unilatérale par notification. Certes, le principe de cette sanction fut dégagé par la jurisprudence il y a une vingtaine d'années²². Pour autant, la généralisation de cette résolution unilatérale constituait l'un des objectifs majeurs de la réforme. Elle s'opère en détaillant la manière de résoudre unilatéralement au-delà même, au-delà même des questions de conception théorique du rapport contractuel. Si la résolution unilatérale existait déjà, par exemple dans la jurisprudence relative à certains baux, elle supposait toujours un comportement grave et caractérisé du contractant, la plaçant à un échelon de réponse plus exigeant que la résolution judiciaire. Désormais, la résolution par notification se trouve mise sur le même pied que la résolution judiciaire ou la clause résolutoire²³ et devient une sanction à part entière qui perd son caractère quelque peu exceptionnel, voire précédemment fondé sur une forme d'équité²⁴. À l'instar de la résolution judiciaire, elle suppose une inexécution grave et nécessite que le créancier ait mis en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure doit mentionner expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Par rapport à la jurisprudence antérieure, la nouvelle résolution par notification paraît originale puisque le créancier qui entend résoudre unilatéralement le contrat est soumis à une obligation de motivation. Il doit justifier dans sa notification les raisons qui justifient sa résolution et être apte à démontrer la gravité de l'inexécution, en cas de contestation devant un juge.

38. Au demeurant, la procéduralisation ne se limite point à la seule résolution unilatérale. La même détermination d'une manière de procéder se retrouve en effet dans le nouvel article 1223 du Code civil avec la réduction du prix, puisque s'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa

²² Sur l'ensemble de la question : Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, éd. LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur ; S. Amrani-Mekki, « La résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », Rép. Def. 2003, art. 37688 ; A. Brès, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, éd. LGDJ, 2009, préf. J. Raynard ; adde. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, *Bull. I*, n° 300 ; *D.* 1999.197, note C. Jamin ; Rép. Def. 1999.374, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1999.394, obs. J. Mestre.

²³ Cf. art. 1224 du Code civil

²⁴ En ce sens : M. Latina et G. Chantepie, *op. cit.*, n° 653

décision de réduire le prix dans les meilleurs délais. Par conséquent, la détermination d'une nouvelle manière de procéder, grâce à certains actes, le respect de délais, voire une obligation de motivation, rejaillira vraisemblablement sur la pratique de sanctions qui existaient déjà dans les droits spéciaux, dans leurs principes, mais sans faire l'objet d'une procéduralisation aussi encadrée.

B. Les incidences de la moralisation

39. L'objectif de moralisation a fait l'objet de nombreux commentaires à l'occasion de la réforme. Les incidences de la moralisation, très présente en matière de restitution au travers de la notion de bonne foi, rejaillira sans doute elle aussi sur les droits spéciaux. Il faut reconnaître que, de ce point de vue, la prise en compte de la bonne foi ne modifie pas radicalement les solutions de droit antérieur, puisque cette notion s'avérait déjà importante en matière de restitution.

40. Dans cette perspective, la logique se révèle identique à celle présentée pour la procéduralisation. En matière de restitution, la moralisation a toujours joué un rôle important, notamment pour évaluer le montant de la restitution. Pour autant, les droits spéciaux subiront sans doute une nouvelle utilisation de la bonne ou mauvaise foi, comme le démontre l'exemple du nouvel article 1352-7 du Code civil. Le texte dispose que *Celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement*. Un second alinéa ajoute que *Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande*. De cette manière, est ici généralisée et codifiée la règle parfois consacrée précédemment suite à une résolution, à savoir la restitution des fruits sans considération de la bonne foi, alors que la conservation des fruits se retrouvait davantage en matière de nullité²⁵. Ce faisant, l'assiette des restitutions s'avère élargie par la réforme. Le point le plus marquant demeure la prise en compte dans l'assiette de la restitution de la valeur de la jouissance, selon la formule du nouvel article 1352-3 du Code civil. Cet élément est remarquable car il va à rebours²⁶ de la jurisprudence antérieure²⁷. Récemment encore, la Cour de

²⁵ Cf. J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, éd. LGDJ, 2013, n° 2903.

²⁶ Cf. sur l'ensemble de la question : A.-S. Epstein, « Les restitutions », in *La réforme du droit des contrats*, dir. Th. Douville, éd. Gualino, 2016, com. sous art. 1352 s. et, spéc. sous 1352-3.

²⁷ Cass. mixte, 9 juillet 2004, n° 02-16.302 ; *RDC* 2005.280, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2005.125, obs. J. Mestre et B. Fages ; Rép. Def. 2004.1402, obs. R. Libchaber.

cassation réaffirma à propos d'un contrat de location-gérance d'un fonds de commerce exploité durant trois ans par le preneur que : « la nullité, exclut que le bailleur obtienne une indemnité correspondant au profit tiré par le locataire de l'exploitation du fonds de commerce dont il n'a plus la propriété²⁸ ». L'arrêt se fondait très largement sur l'effet rétroactif de la nullité et la nécessité de rétablir le *statu quo ante*. Au demeurant, le juge doit évaluer la valeur de la jouissance au jour où il se prononce. L'influence du nouveau droit commun se manifesterait désormais au travers de cette extension de l'assiette de la restitution.

41. L'extension de l'assiette de la restitution proviendra aussi de la bonne ou mauvaise foi du contractant. Le nouvel article 1352-7 du Code civil dispose ainsi que *Celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande*. La moralisation interviendra également désormais, quoique de manière plus limitée, s'agissant de la revente de la chose, le nouvel article 1352-2 du Code civil disposant désormais que *Celui qui l'ayant reçue de bonne foi a vendu la chose ne doit restituer que le prix de la vente*. Un second alinéa ajoute que *S'il l'a reçue de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu'elle est supérieure au prix*. La règle provient de l'ancienne réglementation de la répétition de l'indu.

42. Ainsi, au-delà des innovations elles-mêmes, ce sont vraisemblablement les conditions de mise en œuvre du droit commun qui influenceront demain des droits spéciaux s'agissant des remèdes et restitutions. S'il fallait une preuve de pragmatisme, la voici fournie.

²⁸ Civ. 3^e, 3 déc. 2015, n° 14-22.692.