PRÉPA **DALLOZ**

EXAMEN
DU CRFPA
2015

SUPPORT
DE COURS

Droit des obligations – Tome I

9782993672235

Ce support est strictement réservé aux étudiants inscrits à Prépa Dalloz.
Toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite.

DALLOZ

DROIT DES OBLIGATIONS – Tome I

Par Carole AUBERT DE VINCELLES

Session 2015

PRÉPA DALLOZ

Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des oeuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20 rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

DALLOZ

31-35 rue Froidevaux, 75685 Paris cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les copies ou reproductions « strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et d'autre part, que les analyses et courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, tout comme le fait de la stocker ou de la transmettre sur quelque support que ce soit, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée pénalement par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

© Éditions Dalloz, 2015
978-2-993-67223-5

Plan du support de révision

Partie 1 – Contrats et quasi-contrats

Sous-partie 1 – Contrats 13

Thème 1 – Introduction au droit des contrats 15
Section 1 – Généralités 16
§ 1. Notion de contrat 16
§ 2. Fondements du droit des contrats 16
§ 3. Sources du droit des contrats 19
Section 2 – Réforme du droit des contrats 21
§ 1. Mouvements européen et communautaire 21
§ 2. Réforme nationale 21

Thème 2 – Processus de formation du contrat 48
Section 1 – Conclusion du contrat 50
§ 1. Processus classique : acceptation d'une offre 50
§ 2. Processus progressif : les phases préparatoires 54
§ 3. Processus particuliers : les contrats à distance 59
Section 2 – Forme du contrat 61
§ 1. Place du formalisme dans le droit des contrats 61
§ 2. Manifestations du formalisme 61

Thème 3 – Consentement 85
Section 1 – Protection a posteriori : les vices du consentement 87
§ 1. Erreur 87
§ 2. Dol 91
§ 3. Violence 95
Section 2 – Protection *a priori* 98
§ 1. Obligation d'information 98
§ 2. Délais de réflexion et de rétractation 100

Thème 4 – L'objet 142
Section 1 – Objet de l'obligation : la prestation 144
§ 1. Existence de l'objet 144
§ 2. Détermination de l'objet 144
§ 3. Licéité de l'objet 147
Section 2 – Equilibre de l'objet du contrat 150
§ 1. Droit commun : l'absence de lésion 150
§ 2. Droit de la consommation : les clauses abusives 152
§ 3. Extension des clauses abusives entre professionnels 156

Thème 5 – La cause 206
Section 1 – Existence de la cause 207
§ 1. Rôle classique de la cause 207
§ 2. Tendances évolutives 210
§ 3. Sanctions 215

Section 2 – Licéité de la cause 216

Thème 6 – La nullité 248
Section 1 – Notion de nullité 249
§ 1. Distinction des nullités relatives et absolues 249
§ 2. Domaines des nullités relatives et absolues 249
Section 2 – Régime de la nullité 251
§ 1. Mise en œuvre de l'action 251
§ 2. Conséquences de l'annulation 253

Thème 7 – L'exécution du contrat 269
Section 1 – La force obligatoire du contrat 271
§ 1. Obligation d'exécuter 271
§ 2. Obligation d'exécuter de bonne foi 283
Section 2 – L'interprétation 286
§ 1. Objet de la recherche 286
§ 2. Contrôle 286

Thème 8 – L'exécution forcée du contrat 310
Section 1 – Exécution forcée par le débiteur 311
§ 1. Obligations de donner 312
§ 2. Obligations de faire ou de ne pas faire 312
§ 3. Obligations monétaires 314
Section 2 – Exécution forcée par un tiers 314

Thème 9 – L'inexécution des contrats synallagmatiques 317
Section 1 – Exception d'inexécution 319
§ 1. Conditions 319
§ 2. Effets 319
Section 2 – Résolution du contrat 320
§ 1. Résolution judiciaire 320
§ 2. Résolution unilatérale 322
§ 3. Résolution conventionnelle : la clause résolutoire 324
Section 3 – Impossibilité d'exécution et théorie des risques 325
§ 1. Impossibilité d'exécution 325
§ 2. Conséquences 326

Thème 10 – Responsabilité contractuelle 337
Section 1 – Responsabilité légale 339
§ 1. Mise en jeu de la responsabilité 339
§ 2. Effets : la réparation 348
Section 2 – Aménagements conventionnels 350
§ 1. Clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité 351
§ 2. Clauses pénales 354

Thème 11 – Effet relatif du contrat 398
Section 1 – Effet obligatoire à l'égard des parties 399
Section 2 – Opposabilité aux tiers 399
§ 1. Contrat opposé aux tiers 400
§ 2. Contrat invoqué par les tiers 400

Section 3 – Cas particulier des groupes de contrats 401
§ 1. Chaînes de contrats 402
§ 2. Ensembles contractuels 403

Thème 12 – Contrats pour autrui 431
Section 1 – Contrat au nom d'un tiers : la représentation 432
§ 1. Constitution de la représentation 432
§ 2. Effets de la représentation parfaite 432
Section 2 – Contrat en son propre nom mais pour un tiers 432
§ 1. Contrat au profit d'un tiers : la stipulation pour autrui 433
§ 2. Contrat à la charge d'un tiers : la promesse de porte-fort 434

Sous-partie 2 – Quasi-contrats 439

Thème 13 – Quasi-contrats légaux 441
Section 1 – Gestion d'affaires 442
§ 1. Conditions de la gestion d'affaires 442
§ 2. Effets de la gestion d'affaires 443
Section 2 – Paiement de l'indu 444
§ 1. Conditions de la répétition de l'indu 444
§ 2. Effet de la répétition de l'indu : obligation de restitution 445

Thème 14 – Quasi-contrats jurisprudentiels 449
Section 1 – Enrichissement sans cause 450
§ 1. Conditions d'exercice de l'action de in rem verso 450
§ 2. Effets de l'action *de in rem verso* 453
Section 2 – Création d'illusion 453
§ 1. Fondements antérieurs 454
§ 2. Revirement et quasi-contrat 455

Programme du CRFPA

Programme fixé par l'arrêté du 11 septembre 2003 fixant le programme et les modalités de l'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats

I. – Les sources des obligations

– le contrat (théorie générale) ;

– la responsabilité civile (contractuelle et extra-contractuelle) ;

– les quasi-contrats.

II. – Le régime des obligations (effets, transmission, extinction des obligations)

III. – Les preuves

Partie 1

Contrats et quasi-contrats

Bibliographie générale

1. Ouvrages généraux

BÉNABENT A., *Droit civil, les obligations*, Domat Montchrestien, 14e éd., 2014.

CARBONNIER J., *Les obligations*, PUF, coll. « Quadrige », volume II, 2004.

FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, Tome I, Le contrat*, PUF, coll. « Thémis », 3e éd., 2012 ; *Tome II, Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. « Thémis », 3e éd., 2013.

FAGES B., *Droit des obligations*, LGDJ, 4e éd., 2013.

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations, Tome I, L'acte juridique*, Armand Colin, 16e éd. 2014.

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations, Tome 2, Le fait juridique*, Armand Colin, 14e éd., 2011.

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations, Tome 3, Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 8e éd., 2013.

GHESTIN J., *Traité de droit civil*, LGDJ.

La formation du contrat, *Tome 1*, 4e éd., 2013 (par J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet)

La formation du contrat, Tome 2, 4e éd., 2013 (par J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet)

Les effets du contrat (par J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau), 3e éd., 2001.

LARROUMET Ch., BROS S., *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, Économica, 7e éd., 2014.

MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, *Defrénois*, 6e éd., 2013.

MALINVAUD Ph., FENOUILLET D., MEKKI M., Droit des obligations, LexisNexis, 13e éd., 2014

PORCHY-SIMON S., *Les obligations*, Dalloz, coll. « Hypercours », 8e éd., 2014.

REVET T. et F. ZENATI-CASTAING, *Cours de droit civil, Obligations, régime*, PUF, coll. Droit fondamental, 1ère éd., 2013

TERRÉ F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., Droit civil, Les obligations, Dalloz, coll. « Précis », 11e éd., 2013.

TERRÉ F. et LEQUETTE Y., Les Grands arrêts de la jurisprudence civile, tome II (obligations, contrats spéciaux, sûretés), Dalloz, 12e éd., 2008.

2. Ouvrages spécialisés

CABRILLAC R., MAZEAUD D. et PRÜM A. (dir), *La liberté du consentement, le sujet, les droits de l'homme et la fin des « bonnes mœurs »*, Droits 2009 no 48, PUF.

CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Précis », 9e éd., 2015.

CATALA P. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, La documentation française, 2006.

DESHAYES O. (dir), *L'avant-contrat*, Actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008.

JAMIN Ch. et MAZEAUD D. (dir), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003.

LARDEUX G. (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011.

LARDEUX G. (dir.), *L'équilibre du contrat*, PUAM, 2012

MAURIN L., *Contrat et droits fondamentaux*, préf. E. Putman, LGDJ, 2013

PICOD Y. et DAVO H., Droit de la consommation, Sirey, 2e éd., 2010

Principes du droit européen du contrat, SLC, 2003 (Commission Lando).

RÉMY-CORLAY P. et FENOUILLET D. (dir), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N., POILLOT E., AUBERT DE VINCELLES C. et BRUNAUX G., *Les contrats de consommation, Règles communes, Traité de droit civil*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 2012

TERRÉ F. (dir), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009.

Sous-partie 1

Contrats

Thème 1

Introduction au droit des contrats

Plan du thème

Section 1 – GÉNÉRALITÉS

§ 1. Notion de contrat

§ 2. Fondements du droit des contrats

A. Liberté contractuelle

B. Bonne foi

§ 3. Sources du droit des contrats

Section 2 – RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

§ 1. Mouvements européen et communautaire

§ 2. Réforme nationale

Introduction au droit des contrats

Introduction

1. Le droit des contrats est aujourd'hui dans une phase évolutive majeure en raison de la réforme en cours du droit des contrats par voie d'ordonnance et dont le projet est déjà communiqué. Cette réforme est d'autant plus attendue que le droit européen des contrats, lui, évolue particulièrement vite et a donné lieu en octobre 2011 à un droit européen des contrats sous la forme d'une proposition de règlement instituant un droit commun européen de la vente.

Section 1 – GÉNÉRALITÉS

§ 1. Notion de contrat

2. Le contrat est l'une des cinq **sources d'obligation** présentées par le code civil à l'article 1370 (avec les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits et la loi). Il est défini à l'art. 1101 C. civ comme étant « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. »

3. Un contrat est un **accord de volontés** impliquant la présence d'au moins deux personnes, ce qui le distingue des actes unilatéraux et des engagements unilatéraux. C'est également un accord **constitutif d'obligations** impliquant que la volonté des parties a pour effet de faire naître des obligations, qu'elles pèsent sur l'une des parties ou les deux (distinction entre le contrat unilatéral ou synallagmatique), obligations consistant à donner, faire ou ne pas faire.

4. La naissance d'accords d'un nouveau genre, comme le « plan d'aide au retour à l'emploi » (Pare), le contrat de responsabilité parentale (loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances) ou encore le contrat d'accueil et d'intégration (décret du 23 décembre 2006) soulève des questions nouvelles quant à la notion même de contrat dans la mesure où ces accords ne font souvent que retranscrire des droits et des obligations qui existent déjà en vertu de la loi : de tels accords peuvent-ils être qualifiés de contrat ? Il semblerait que non d'après la chambre sociale de la Cour de cassation, considérant que faute d'obligations créées, cet accord ne peut être un contrat (sur le Pare : **Soc., 31 janv. 2007**, n° 04-19.464, *Bull. civ*. V, n° 15 ; *RTD civ*. 2007. 503, obs. Jacques ; *RDC*. 2007. 1085 obs. Rochfeld).

§ 2. Fondements du droit des contrats

5. Le code civil de 1804 ne fait mention d'aucun principe fondateur ; pourtant certains sont présents et ont irrigué non seulement le droit issu du code civil mais également l'évolution jurisprudentielle. Tel est le cas de la liberté contractuelle et de la bonne foi.

À noter

La **réforme** en cours du droit des contrats donne lieu à une controverse quant à la nécessité de préciser, dans la loi, des « **principes directeurs** » du droit des contrats. Certains droits européens en mentionnent et la première version connue de la réforme du droit des contrats prévoyait une section entière dédiée aux principes directeurs, parmi lesquels résidaient au moins la liberté contractuelle, la bonne foi et la force obligatoire. Les commentateurs sont soit enthousiastes, soit très critiques, les uns y voyant une démarche moderne et européenne, les autres au mieux des textes inutiles, au pire des moyens laissés à l'arbitraire du juge pour intervenir dans le contrat.

La proposition de réforme émanant du groupe présidé par M. Terré mentionne également des dispositions préliminaires reprenant quelques principes transversaux au droit des contrats, comme la liberté contractuelle, le respect de l'ordre public et des droits fondamentaux, la bonne foi ainsi que l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (art. 3 à 6).

Le projet d'ordonnance suit la démarche du projet Terré en abandonnant la notion de principes directeurs pour les noyer dans un chapitre général intitulé « Dispositions préliminaires » au sein duquel se retrouvent des définitions (contrat, contrat synallagmatique, à titre onéreux, etc.) et deux seuls principes généraux : la liberté contractuelle (art. 1102) et la bonne foi (art. 1103).

A. Liberté contractuelle

6. La philosophie de laquelle s'est inspiré le code civil en 1804 est profondément individualiste et libérale ; l'homme est libre de ses choix et de ses décisions, et donc libre de contracter. Cette liberté se manifeste traditionnellement à travers trois réalités, comme le précise désormais le projet d'ordonnance (art. 1102) : la liberté de contracter ou de ne pas contracter ; la liberté de choisir son cocontractant ; la liberté de déterminer le contenu du contrat c'est-à-dire des obligations auxquelles il va se soumettre. Sa seule limite est le respect de l'ordre public (art. 6 ; 1134 al. 1) auquel le projet d'ordonnance propose d'ajouter, comme le faisait le projet Terré, le respect des droits et libertés fondamentaux (art. 1102 al. 2). La limite des droits et libertés fondamentaux s'appréhende différemment de l'ordre public en ce qu'ils nécessitent une mise en balance des intérêts : ceux protégés par le droit fondamental et celui susceptible de justifier l'atteinte portée au droit. Quant à la liberté de choix de son cocontractant, la jurisprudence a rendu dernièrement plusieurs décisions dans le cadre de l'adhésion à une association : d'abord, une association est libre de choisir ses adhérents (**Civ. 1re, 6 mai 2010**, n° 09-66.969, *D*. 2010. 1279, obs. Delpech ; *D*. 2010. 2413, note G. Helleringer ; *RTD civ*. 2010. 556, obs. B. Fages) ; et les adhérents potentiels d'une association sont, ensuite, libres d'adhérer ou de ne pas adhérer, un contrat ne pouvant ainsi obliger les contractants à adhérer à une association (ainsi, « la clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association de commerçants et à maintenir son adhésion pendant la durée du bail est entachée d'une nullité absolue » : **Civ. 1re, 20 mai 2010**, n° 09-65.045, *JCP* 2010. 925 note Planckeel ; *JCP* 2010. 983, obs. M. Mekki ; *RDC*. 2010/4, p. 1185 obs. C. Pérès).

Actualité : Projet d'ordonnance

Art. 1102. – Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché.

A noter

Manifestant leur liberté contractuelle, les parties sont libres de créer conventionnellement un droit réél démembré, au-delà de ceux prévus par la loi (comme l'usufruit ou la servitude). C'est ce que la Cour de cassation a récemment réaffirmé, reconnaissant un droit réel de jouissance spéciale conventionnellement créé, et confirmant ainsi l'absence de *numerus clausus* des droits réels principaux : « il résulte des articles 544 et 1134 du code civil que le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien » (**Civ. 3e, 31 oct. 2012**, n° 11-16.304, *JCP* 2012. 1400, note F.-X. Testu ; *D*. 2013. 53, note L. d'Avout et B. Mallet-Bricout ; *JCP* 2013. 124, n° 2 obs. M. Mekki).

7. La liberté contractuelle n'avait pas encore eu de véritable **consécration constitutionnelle** (Cons. const. 3 août 1994, *JCP* 1995. II. 22404 ; *RTD civ*. 1996. 15 obs. Mestre : « aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle »), connaissant depuis quelques années simplement une protection particulière sous l'aile de principes à valeur constitutionnelle comme celui de la liberté : ainsi, « le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus

une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 » (Cons. const. 10 juin 1998, n° 98-401, *RTD civ*. 1998. 796 obs. Molfessis). Dernièrement, le Conseil constitutionnel a déclaré que « la liberté contractuelle… découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » en la mettant au même rang que la liberté d'entreprendre, consacrant ainsi clairement sa valeur constitutionnelle (Cons. const. 13 juin 2013 [1]. V. ég. Cons. const. 19 déc. 2000 [2]).

8. La justice contractuelle était alors comprise comme l'écho de la liberté : dès lors que la volonté de l'homme s'exprime librement, le contrat auquel elle donne naissance est un contrat nécessairement **juste et équilibré** (« Qui dit contractuel dit juste »). La justice contractuelle est laissée à l'appréciation des parties ; le juge ne tient donc qu'une place limitée sans pouvoir jouer de rôle dans cet équilibre du contrat voulu par les parties et fruit de leur liberté.

9. Mais cette approche contractuelle, fondée en partie sur l'autonomie de la volonté, s'est révélée insuffisante et fausse. Le **monde contractuel changeant** du XX^e^ siècle et surtout de l'après-guerre, nécessita l'établissement de correctifs, limitant les excès de la liberté contractuelle. La transformation des rapports contractuels a engendré des disparités profondes entre les contractants, certains disposant d'une puissance économique, d'un accès au savoir, à la connaissance juridique et technique, alors que d'autres en étaient démunis. Cette disparité s'est manifestée entre professionnels et profanes, mais également entre professionnels qui peuvent, pour certains, être en situation de dépendance économique. Le droit du code civil est apparu insuffisant pour protéger les contractants en situation de faiblesse. Leur volonté n'est libre qu'en apparence, et qui dit contractuel ne dit plus forcément juste ; dans les rapports inégaux, l'application de l'autonomie de la volonté conduit le fort à opprimer le faible. À la formule de Fouillée, on a opposé celle de Lacordaire : « Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit la loi qui affranchit ». Le **législateur** a réagi en renforçant le cadre contraignant, c'est-à-dire des règles impératives encadrant le contrat (par ex. législation sur les baux d'habitation ; sur le travail ; et souvent en dehors du code civil par des règles spéciales (par ex. le droit de la consommation). Quant au **juge**, il a utilisé les outils classiques du code civil pour les adapter à cette évolution (évolution du dol ; obligation d'information ; obligation de sécurité ; forçage du contrat ; évolution de la cause ; On a parlé alors de « crise du contrat » : quel équilibre trouver entre le libéralisme excessif et le dirigisme contraignant ?

B. Bonne foi

10. La bonne foi figure dans le code civil à l'article 1134 al. 3 quant à l'exécution du contrat. De cet article, la Cour de cassation en a fait une application diversifiée, notamment depuis l'après-guerre, tant dans la **formation** du contrat (par ex. rapports précontractuels et règles de la rupture ; appréciation du dol ; fondement de l'obligation précontractuelle d'information, que dans son **exécution** (par ex. contrôle des clauses résolutoires, *cf*. Thème 9 n° 27 s.). Cette notion agit comme un correctif à la liberté contractuelle permettant d'en éviter les excès ; elle nécessite de prendre en compte le rapport contractuel dans lequel s'inscrit cette liberté, et donc d'une certaine manière son cocontractant.

11. La notion de bonne foi tient une place plutôt privilégiée dans les **travaux académiques** européens et internationaux, malgré l'absence d'un tel principe en droit anglais (art. 1 : 201 PDEC ; art. 1.7 Principes Unidroit relatifs au commerce international). La proposition de réforme émanant du groupe présidé par M. Terré a proposé l'introduction d'un tel devoir général, couvrant la formation et l'exécution du contrat, ce qu'a repris le projet d'ordonnance (art. 1103).

12. Certains auteurs souhaiteraient que le droit français aille encore plus loin dans cette approche sociale du contrat en faisant prévaloir, au-delà de la bonne foi, des devoirs de collaborations et de prise en compte de l'intérêt d'autrui. C'est le mouvement appelé du « **solidarisme contractuel** », c'est-à-dire considérer que le contrat n'est pas que le fruit de deux individualismes égoïstes, mais qu'il forme la

1. n° 2013-672 DC : *JCP* 2013. 839 note Duchange ; *JCP* 2013. 929, note Ghestin ; *JCP* 2013. 974, obs. Mekki ; *RDC* 2013. 1285, note Pérès.
2. n° 2000-437 ; 13 janv. 2003, n° 2002-465, *RDC*. 2003. 9 obs. Revet ; 19 nov. 2009, n° 2009-592, *D*. 2010. Pan. 1508 ; 18 mars 2009, n° 2009-578.

rencontre d'un accord où seraient pris en compte les intérêts de l'autre, à l'image d'une société (not Jamin Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in* Études J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 ; Mazeaud D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » *in Mélanges Terré*, Dalloz, 1999, p. 603). Si le juge est plutôt réticent, il peut parfois reconnaître dans certains contrats de longue durée des liens de confiance justifiant un tel devoir.

§ 3. Sources du droit des contrats

13. Les sources du droit des contrats deviennent **constitutionnelles** depuis que le Conseil constitutionnel reconnaît une certaine valeur constitutionnelle à plusieurs principes contractuels, comme la liberté contractuelle dérivée de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (*cf. supra* n° 7), la faculté de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, la responsabilité civile, la liberté d'association ou encore la liberté d'entreprendre. Ces sources constitutionnelles prennent une ampleur considérable depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008, *JO* du 24 juillet 2008 ; L. org. n° 2009-1523, 10 déc. 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JO* du 11 décembre 2009). Alors que ces questions se multiplient, le droit des contrats n'est pas épargné du fait précisémment de l'existence de ces principes déjà reconnus par le Conseil constitutionnel par le prisme desquels les lois contractuelles peuvent être appréciées. La première touchant le droit des contrats est d'une actualité brulante puisque le Conseil constitutionnel vient de déclarer conforme au principe de légalité des crimes et des délits l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce relatif à l'interdiction de « soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties » (**Cons. constit., 13 janv. 2011**, n° 2010-85, QPC, Darty, *D*. 2011. 415, note Y. Picod ; *JCP* 2011. 274, note D. Mainguy, Com., **15 oct. 2010**, n° 10-40.039, *D*. 2010. 2508, obs. Chevrier. *Cf. infra* n° 45).

14. Elles sont également **internationales** (certaines conventions internationales ont une influence très importante comme la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises) et européennes. En effet, le droit **européen** des contrats s'est essentiellement développé, pour le moment, en droit de la consommation, accentuant ainsi la recherche de protection de la partie faible au contrat. Si ces directives européennes ont été transposées dans le code de la consommation, et non le code civil pour la matière contractuelle, elles participent à cette approche renouvelée du contrat, influençant tant le législateur que le juge. De plus, autre source européenne, **la Convention européenne** de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales joue un rôle de plus en plus important en droit des contrats, participant ainsi à une certaine « fondamentalisation » du droit des contrats. Cette fondamentalisation du droit des contrats se manifeste à deux égards : d'abord par l'anéantissement de certaines dispositions contractuelles contraires à la CEDH (pour les exemples, *cf*. Thème 4, n° 21), mais également, ensuite, par la mise à l'écart de certaines dispositions législatives dans le cadre du contrôle de conventionnalité exercé par les tribunaux nationaux.

À noter

Dans le cadre de ce contrôle de conventionnalité, une illustration bien connue en matière contractuelle est **l'affaire dite des « tableaux d'amortissement »** qui connaît des rebondissements depuis plus de 15 ans, et un dernier plus récemment, par un arrêt du 30 sept. 2010 rendu par la 1re chambre civile.

Rappel. Le contentieux général débuta en 1994 lorsque la Cour de cassation décida par deux arrêts (Civ. 1re, 16 mars 1994 : *Bull. civ*. 1994, I, n° 100. – Civ. 1re, 20 juill. 1994 : *Bull. civ*. 1994, I, n° 262) que l'échéancier des amortissements, exigé par l'article 5 de la loi du 13 juill. 1979 (C. consom., art. L. 312-8) et annexé à l'offre préalable de crédit immobilier, devait s'entendre d'un document précisant « pour chaque échéance la part de l'amortissement du capital par rapport à celle couvrant les intérêts ». L'absence de ce « tableau » qu'exigeait alors la Cour de cassation, et que les banques n'avaient jamais remis avant cette interprétation, exposait les banques à la sanction d'une offre irrégulière, c'est-à-dire à une possible déchéance du droit aux intérêts (C. consom., art. L. 312-33). Sous la pression des banques, le législateur est intervenu pour valider rétroactivement, par la loi n° 96-314 du 12 avril 1996

(art. 87-I), tous les tableaux irréguliers antérieurements remis. Cette loi ayant été déclarée conforme à la Constitution pour le Conseil constitutionnel (9 avr. 1996, n° 96-375, *D*. 1998. Somm. 150 obs. Gaia ; *AJDA* 1996. 369, note Schrameck), un nouveau contentieux émergea quant à la conformité de cette loi à la Convention européenne des droits de l'homme et particulièrement au regard de deux principes différents que violeraient les lois de validation : l'art. 6 § 1 lorsqu'une loi de validation est applicable aux instances en cours, comme en l'espèce ; et l'art. 1er du protocole 1er relatif au respect des biens en raison de l'atteinte que constituerait la loi rétroactive à l'espérance légitime (vue comme un bien) des emprunteurs de pouvoir obtenir le remboursement des intérêts déchus. La Cour européenne condamna la France pour la violation par ces lois de validation de ces deux principes (pour l'art. 6 : le célèbre arrêt *Zielinski*, CEDH, 28 oct. 1999, *D*. 2000. Somm. 184, obs. Fricero ; *RTD civ*. 2000. 436 Marguenaud (sur le droit du travail) ; CEDH, 11 avril 2006, *Cabournin c/ France*, et 18 avril 2006, *Vezon c/ France* ; *RTD civ*. 2006. 263 ; *RDC*. 2006. 879 obs. Debet (sur les tableaux d'amortissement). Pour l'art. 1er du Protocole 1er : CEDH, 14 fév. 2006, *Le carpentier c/ France*, *JCP* 2006. II. 10171 note Thioye ; *RDC*. 2006. 879 obs. Debet ; *D*. 2006. 717 obs. Rondey ; *RTD civ*. 2006. 261 obs. Marguénaud).

Une affaire similaire est à nouveau revenue devant la Cour de cassation. Contrairement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et notamment à l'arrêt rendu le 14 fév. 2006 (préc.), la première chambre civile décida que la loi de validation de 1996 est conforme à l'article 1er du Protocole 1er de la Convention européenne et accepte l'application rétroactive de la loi du 12 avril 1996 validant l'offre irrégulière de prêt immobilier : « la déchéance du droit aux intérêts dont aurait été privé (l'emprunteur) par application de l'article 87-1 de la loi du 12 avril 1996 est une sanction civile laissée à la discrétion du juge, par nature incertaine et ne pouvant donc faire naître une espérance légitime, s'analysant en un bien au sens de l'article 1er du Premier protocole additionnel, avant toute décision au fond, laquelle étant intervenue suite à une action introduite postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi précitée, n'a pu créer une telle espérance ». **Civ.1, 30 sept. 2010**, n° 09-67.930 : *JCP* 2010, act. 995, C. Boismain ; *JCP* 2011. 63 n° 2, obs. Mekki.

15. Évidemment, la source principale est **législative**, non seulement à travers le **code civil** de 1804 (Titre III du Livre III), mais également à travers des législations spéciales qui exercent une forte influence, qu'il s'agisse du **droit de la consommation** ou du **droit de la concurrence** (*cf*. not. Terré, Simler et Lequette, Les obligations, n° 47).

16. Enfin, le rôle du **juge** est déterminant dans l'évolution du droit des contrats, d'autant plus qu'il a dû adapter un droit vieux de deux siècles, conçu dans une société rurale, à une société moderne.

Mémo

Le contrat est un **accord de volontés** par lequel deux ou plusieurs personnes **s'obligent** par un rapport de droit.

Le contrat s'est principalement bâti sur **la liberté contractuelle**, encadrée par **l'ordre public**. Si cette liberté garantissait la **justice contractuelle** dans la vision des Lumières, l'époque contemporaine a mis en exergue la nécessité d'outils permettant de rééquilibrer les parties aux contrats, par un cadre législatif plus contraignant et une jurisprudence inventive.

La diversification des sources est d'une actualité toujours renouvelée. Les deux sources importantes faisant naitre un contentieux d'actualité sont les **sources constitutionnelles**, qui prennent une part de plus en plus grandissante avec la question prioritaire de constitutionnalité, et les **sources européennes** à travers la jurisprudence de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La **bonne foi** a été l'un de ces moyens, utilisés par le juge pour rétablir une certaine justice contractuelle.

Section 2 – RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

§ 1. Mouvements européen et communautaire

17. Dans le cadre de la construction européenne, de nombreux juristes européens ont travaillé à la réalisation d'un droit européen des contrats. Le travail le plus abouti est certainement celui réalisé par la Commission présidée par le professeur Ole Lando, composée d'universitaires européens. Se basant sur une méthode comparatiste, cette Commission a donné lieu à des « **Principes de droit européen du contrat** » (PDEC ou PECL en anglais). Il ne s'agit pas là de droit positif puisque ces Principes ont été rédigés à l'initiative d'universitaires, mais ce travail purement doctrinal, par sa qualité, a séduit de nombreux Européens, au point que désormais les Conseillers à la Cour de cassation s'y réfèrent dans leurs rapports ou conclusions.

18. Parallèlement, l'Union européenne favorise le rapprochement des droits au sein des États membres, et les directives communautaires sont un moyen efficace pour l'harmonisation. Dans les années 2000, la Commission européenne, encouragée par le Parlement, a proposé l'édification d'un code européen des contrats, mais cette hypothèse fut rejetée de manière très vive par la majorité des États membres. La Commission s'est d'abord orientée vers ce qu'elle a appelé un **« cadre commun de référence** » (CCR), à l'usage du législateur européen, et destiné à contenir des définitions, des principes directeurs et des règles modèles ayant pour but d'améliorer la cohérence des textes communautaires existants et à venir. Un premier travail académique a été remis à la Commission fin 2009, connu sous le nom de « Draft Common Frame of Reference » ou « DCFR » (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR*), Full edition, prepared by the Study Group on a European Civil code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), éd. Sellier 2009) (sur cet historique, *cf*. not. Aubert de Vincelles C., Fauvarque-Cosson B., Mazeaud D., Rochfeld J., « Droit européen des contrats : évolutions et circonvolutions », *in* Dossier Droit européen des contrats : à la recherche du temps perdu, Droit et patrimoine n° 165, déc. 2007, p. 40). Depuis, la Commission s'oriente vers une autre voie d'harmonisation du droit des contrats en Europe : la création d'un « **instrument optionnel** » institué par voie de réglèment qui a pris forme le 11 oct. 2011 à travers une proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente (*cf*. Aubert de Vincelles C., *Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente*, *JCP* 2011. 1376). Il s'agit d'un régime complet de droit européen des contrats, mêlant droit commun des contrats et règles spéciales de vente, pour lequel les contractants pourraient opter au moment de contracter afin de s'y soumettre (sur les différentes étapes, *cf*. ; C. Aubert de Vincelles, Droit européen des obligations, *RTD eur*. 2010. 695-705). Pour le moment, cette proposition de droit nouveau ne s'appliquerait qu'aux contrats transfrontaliers, tout en laissant la possibilité aux États membres de l'étendre aux contrats nationaux. Devant l'opposition de plusieurs États européens, la Commission européenne souhaite aujourd'hui remettre à plus tard ce projet, qu'elle abandonne pour le moment.

§ 2. Réforme nationale

19. La réforme du Titre III du Livre III est une question récurrente, mais elle est d'une actualité particulièrement brûlante aujourd'hui. Si lors du centenaire du code civil une vaste réflexion avait été menée sur l'opportunité d'une réforme qui ne s'est finalement pas réalisée, celle-ci devrait avoir lieu prochainement pour deux raisons :

– tout d'abord, une raison nationale : les textes du code civil ne reflètent plus la réalité du droit des contrats d'aujourd'hui, alors que nous sommes dans un pays de droit codifié ;

– ensuite, une raison internationale : dans les transactions internationales, le droit anglo-saxon tend à dominer et le droit français est souvent considéré comme peu lisible et peu compétitif ; dès lors, si l'on veut que le droit français rayonne, il doit être modernisé et réformé.

20. Dans cette optique, un groupe d'universitaires français a pris l'initiative de rédiger une réforme du droit des obligations (contrat et responsabilité). Le professeur **Pierre Catala** a pris l'initiative de proposer, avec différents universitaires, une réforme du Titre III du Livre III du code civil, texte qu'il a remis au

Garde des Sceaux le 22 sept. 2005 (Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, ss dir. P. Catala, La documentation française 2006). Par ailleurs, l'Académie des sciences morales et politiques a pris également l'initiative de réunir une Commission sous la présidence du professeur **François Terré** afin de proposer une réforme du droit des contrats, texte remis également à la Chancellerie le 1er déc. 2008 (Pour une réforme du droit des contrats, ss dir. F. Terré, Dalloz 2009 ; MAZEAUD D., Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, *D*. 2009. 1364 [3]).

21. En mars 2008, la Chancellerie a fait connaître sa première ébauche de réforme du droit des contrats, comportant la codification de règles jurisprudentielles mais également des innovations importantes, tant dans la structure que le contenu (Fombeur P., La réforme du droit des contrats, *D*. 2008. 1972). Après de nombreuses controverses [4], le texte a été remanié, sans qu'il ait été rendu public. La Chancellerie a déposé un projet de loi en novembre 2013 relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, par lequel elle vise à réformer par ordonnance le droit commun des contrats et le régime de l'obligation issus du Code civil. Après de longues navettes entre un Sénat réticent et une Assemblée nationale favorable, la loi a finalement été adoptée le 16 février 2015 (loi n° 2015-177 du 16 février 2015, relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures), après avoir été validée par le Conseil constitutionnel (Cons. Const., 12 févr. 2015, n°2015-710 DC). Début mars 2015, le Ministère de la justice a publié sur son site internet le projet d'ordonnance en ouvrant une consultation publique et s'est donné un an pour publié l'ordonnance (http://www.justice.gouv.fr/la-justice-du-21e-siecle-12563/la-reforme-du-droit-des-contrats-27898.html) [5].

3. Annexe
4. MAZEAUD D., Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! : *D*. 2008. 2675
5. Annexe : Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Bibliographie sur ce thème

1. Sur la notion de contrat

GHESTIN J., La notion de contrat, *D*. 1990. Chron. 147.

OPPETIT B., L'engagement d'honneur, *D*. 1979. Chron. 106.

2. Sur les fondements du contrat

ABADIE L., Convention européenne des droits de l'homme et contentieux contractuel, *in* Dossier « L'utilisation de la CEDH dans la pratique des affaires », Droit et patrimoine 2010 n° 194.

CANIVET G., Le Conseil constitutionnel et le contrat. Variations sur la « discrétion », Mélanges Larroumet, Économica 2009, p. 75.

FABRE-MAGNAN M., Totems et tabous en matière de discrimination, *RDC* 2010/4 p. 1433.

JAMIN Ch., Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, *in* Études J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441.

JOSSERAND L., Le contrat dirigé, *D.H*. 1933. Chron. 89.

MARÉCHAL C., L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit, *D*. 2012. 167.

MAZEAUD D., Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? *in Mélanges Terré*, Dalloz, 1999, p. 603.

MOLFESSIS N., Le contrat, *in* L'entreprise et le droit constitutionnel, *RLDA* dec. 2010. 47.

PECH-LE GAC S., Bâtir un droit des contractants vulnérables, RTD civ. 2014. 581

PÉRÈS C., La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat, *RDC*. 2010. 539.

La liberté contractuelle, Droits et libertés fondamentaux, R. Cabrillac, M.A. Frison– Roche et Th. Revet (dir), Dalloz, 2008.

La nouvelle crise du contrat, Jamin Ch. Et Mazeaud D. (dir), Dalloz 2003.

Les principes directeurs du droit des contrats, *RDC* 2013. 311 s. (débats)

Rép. Civ. *v°* Bonne foi, par Le Tourneau.

3. Sur les mouvements européens

AUBERT DE VINCELLES C., FAUVARQUE-COSSON B., Mazeaud D., Rochfeld J., « Droit européen des contrats : évolutions et circonvolutions », *in* Dossier Droit européen des contrats : à la recherche du temps perdu, Droit et patrimoine n° 165, déc. 2007, p. 40.

AUBERT DE VINCELLES C., Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente, *JCP* 2011. 1376.

CHONÉ-GRIMALDI A.-S., La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, *CCC* 2012. Étude 6

FAUVARQUE-COSSON B., Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales, *D*. 2007. 96.

FAUVARQUE-COSSON B., Vers un droit commun européen de la vente, *D*. 2012. 34.

HEUZÉ V., Le technocrate et l'imbécile. Essai d'explication du droit commun européen de la vente, *JCP* 2012. Doctr. 750

MAZEAUD D., Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat, *D*. 2007. 2959.

PAISANT G., La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne, *JCP* 2012. Doctr. 560

4. Sur la réforme française en cours

ANCEL P., BRUN Ph., FORRAY V., GOUT O., PIGNARRE G., PIMONT S., Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats, *JCP* 2008. I. 213.

CABRILLAC R., Le projet de réforme du droit des contrats, Premières impressions, *JCP* 2008. I. 190.

FABRE-MAGNAN M., entretien, Réforme du droit des contrats : « Un très bon projet », *JCP* 2008. I. 199.

FOMBEUR P., La réforme du droit des contrats, *D*. 2008. 1972.

GHESTIN J. (dir.), Observations sur le projet de réforme du droit des contrats, *LPA* 12 fév. 2009 n° spécial 31.

GHESTIN J., Observations liminaires sur la réforme en cours du droit des contrats, *JCP* 2009. I. 138 n° 1 à 4.

GHOZI A. et LEQUETTE Y., La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie, *D*. 2008. 2609.

MAINGUY D., Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, *D*. 2009. 308.

MALAURIE Ph., Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats, *JCP* 2008. I. 204.

MAZEAUD D., Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! : *D*. 2008. 2675

MAZEAUD D., Droit des contrats : réforme à l'horizon !, *D*. 2014. 291 (Reproduit en annexe)

MAZEAUD D., Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, *D*. 2009. 1364. (Reproduit en annexe)

Sur le projet d'ordonnance :

AYNES L. (dir.), Dossier dans Droit et patrimoine, n°240, oct. 2014, p. 37 s.

BALAT N., Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ?, D. 2015. 699

BOFFA R., Juste cause et injuste clause. Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats, D. 2015. 335

DEUMIER P., Le code civil, la loi et l'ordonnance, RTDciv. 2014. 597

HAROUEL J.-L, TEBOUL G., TOURNAFOND O., Le droit des contrats réformé par ordonnance ?, D. 2014. 1099

MOLFESSIS N., Droit des contrats : l'heure de la réforme, JCP 2015, doctr. 199

TOURNAFOND O., Le projet de la Chancellerie de réforme de droit des contrats, commentaire raisonné et critique, Droit et patrimoine nov. 2014, n°241, p. 26

5. Propositions doctrinales

Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, ss dir. P. Catala, La documentation française 2006 (disponible en ligne à l'adresse URL suivante : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000622/index.shtml).

Pour une réforme du droit des contrats, dir. F. Terré, Dalloz 2009.

6. Pour aller plus loin

« L'Europe contractuelle, encore et toujours ! », *RDC*. 2011. 1027 s. (série d'articles, rubrique « débats »).

« L'Europe contractuelle, encore et toujours ! (suite) », *RDC*. 2011. 1361 s. (série d'articles, rubrique « débats »).

« La réforme du droit français des contrats en droit positif », *RDC* 2009. 265 s. (rubrique Débats).

« Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », actes du colloque, Paris le 10 mai 2012, *RDC* 2012. 1393 s. (rubrique Débats).

« Quel droit européen des contrats pour l'Union européenne ? », *RDC* 2009. 767 s. (rubrique Débats).

« Quel droit européen des contrats pour l'Union européenne ? », *RDC* 2009. 767 s. (rubrique Débats).

« Réflexions croisées vers un droit européen des contrats ? », dossier sur le droit européen des contrats, séries d'articles, *RLDC* juillet 2011.

Principes du droit européen du contrat, SLC 2003 (Commission Lando).

Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, P. Rémy-Corlay et Fenouillet (dir), Dalloz, 2003

AUBERT DE VINCELLES C., Droit européen des obligations, *RTD eur*. 2010. 695 à 705 ; *RTD eur*. 2011. 615 à 635 ; *RTD eur*. 2012. 661 à 683

FABRE-MAGNAN M., Le mythe de l'obligation de donner, *RTD civ*. 1996. 85.

MAZEAUD D., Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? *in Mélanges Terré*, Dalloz, 1999, p. 603.

MEKKI M., Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise, *in* Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique (Actes du colloque du 22 octobre 2009), *RDC* 2010. 383.

PÉRÈS C., La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet), *D*. 2009. 381.

RIPERT G., L'ordre économique et la liberté, *in* Mélanges Geny, tome II, Sirey, 1934, p. 347.

Annexes

Annexe 1 – Mazeaud D., Droit des contrats : réforme à l'horizon !, *D*. 2014. 291

Annexe 2 – Mazeaud D., Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, *D*. 2009. 1364

Annexe 3 – Boffa R., Juste cause et injuste clause. Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats, D. 2015. 335

Annexe 4 – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Reproduit séparément

---

Annexe 1 – Mazeaud D., Droit des contrats : réforme à l'horizon !, *D*. 2014. 291

Recueil Dalloz 2014 p. 291

Droit des contrats : réforme à l'horizon !

Denis Mazeaud, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

L'essentiel

Le projet de réforme du droit des contrats conçu par le gouvernement comporte quelques innovations sur lesquelles il convient de s'arrêter et de réfléchir.

1. Comme chaque usager de la planète contractuelle le sait désormais, le 27 novembre 2013, la ministre de la Justice a présenté un projet de loi qui amorce officiellement le processus de réforme du droit des contrats, entre autres. La belle endormie du code civil, le titre III du livre III, est donc enfin l'objet de la sollicitude des pouvoirs publics, et l'Arlésienne du droit privé, dont on parlait depuis près de dix ans maintenant, en désespérant qu'elle voie jamais le jour, est bel et bien en passe d'être gravée dans le marbre de la Constitution civile des Français.

2. Le débat sur l'opportunité, la nécessité et la légitimité de la révision du code civil dans son titre relatif au droit des contrats n'est pas clos pour autant, mais tout laisse désormais à penser qu'il est tranché.

D'aucuns continueront à émettre des doutes sur l'opportunité d'une réforme du code, sans laquelle notre droit des contrats se développait malgré tout au rythme jurisprudentiel de l'évolution de notre environnement politique, économique et social, et avec laquelle le risque de glaciation de notre Droit serait à redouter.

Il ne fait pourtant guère de doute que la réforme du droit des contrats, en particulier, s'impose, afin que l'heure de sa réconciliation avec le code sonne enfin et que l'on redécouvre les vertus d'accessibilité, de prévisibilité et de sécurité inhérentes à la codification. Il existe, en effet aujourd'hui, un très embarrassant contraste entre le code civil et le droit positif des contrats. En premier lieu, le code n'est plus, loin s'en faut, le reflet fidèle et sincère de la lettre et de l'esprit du droit contractuel contemporain. D'une part, un très grand nombre de règles essentielles de notre droit positif sont purement et simplement absentes du code. D'autre part, dans l'esprit des rédacteurs du code et de la plupart des docteurs qui l'ont ensuite interprété et enseigné, le droit des contrats reposait sur un triptyque : liberté, égalité, justice. Présumés libres et égaux, les contractants, êtres désincarnés et abstraits, réputés les meilleurs juges de leurs intérêts, concluaient et concevaient un contrat nécessairement juste : la justice reposait sur le contrat. Depuis le dernier tiers du XX^e^ siècle, même si elle n'a pas disparu, cette vision du droit des contrats a perdu de sa superbe. La liberté contractuelle cède souvent le pas au pouvoir unilatéral, et l'égalité n'est souvent qu'un leurre, tant les cas dans lesquels un rapport de forces inégalitaire préside à la conclusion du contrat sont légions dans la réalité contractuelle. Fatalement, l'injustice contractuelle est alors d'autant plus concevable que les présupposés du contrat, creuset de la justice, ne sont plus vérifiés. Tant et si bien qu'à l'idée, en vogue au début du XIX^e^ siècle, selon laquelle la justice repose sur le contrat, a progressivement succédé une autre, en vertu de laquelle le contrat doit aussi reposer sur la justice…

Si la réforme du code s'impose, c'est en second lieu parce que le code civil n'est plus vraiment l'écrin du droit commun des contrats, ni la source de ses règles fondamentales. Aujourd'hui, l'essentiel du droit des contrats se trouve pour une très large part hors du code civil, soit dans d'autres codes, tels le code de la consommation ou le code de commerce, soit surtout dans le Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation. Faute d'être gravé dans le code civil, le droit commun des contrats est aujourd'hui éparpillé, émietté, éclaté. Autant de vices qui nuisent à son intelligibilité, à sa cohérence et à la sécurité juridique.

3. Bien sûr, l'immobilisme du code n'a pas rimé, pendant les décennies passées, avec l'inertie de notre droit des contrats, dont il n'est pas excessif d'affirmer qu'il a été l'objet d'une véritable métamorphose, fruit d'une pluralité de forces créatrices.

D'abord, à tout seigneur tout honneur, on doit souligner la formidable entreprise de rénovation réalisée, depuis plusieurs décennies, par la Cour de cassation, qui a purement et simplement transfiguré notre droit des contrats. La Cour a, en effet, posé son empreinte indélébile sur toutes les notes de la gamme contractuelle, et il n'est pas une phase du processus contractuel qu'elle n'ait enrichie. Que l'on songe au régime de la formation du contrat, avec les règles sur la négociation, l'obligation d'information, l'offre, au contrôle de sa validité, avec la densification de la théorie des vices du consentement, la fixation unilatérale du prix, la rénovation de la cause, aux évolutions qui ont affecté les effets du contrat entre les parties, avec l'expansion du devoir de bonne foi, et, à l'égard des tiers, avec les règles sur l'opposabilité du contrat, ou enfin, mais souci d'exhaustivité, aux principes qui gouvernent la durée et la rupture des contrats, et on mesurera l'ampleur considérable de l'œuvre jurisprudentielle.

Mais la réforme d'ores et déjà accomplie du droit des contrats, en dehors de toute révision du code civil en ce sens, n'est pas le fruit de la seule activité de la Cour de cassation, d'autres forces créatrices se sont déployées au cours des dernières décennies : la doctrine et la pratique ont aussi joué un rôle qu'il serait injuste de négliger. On pense, pour celle-là, à la théorie des nullités, entre autres, qui doit tant à Japiot et Gaudemet, ou encore tout récemment à la règle jurisprudentielle sur l'influence de la mauvaise foi du créancier sur ses prérogatives et ses créances, directement inspirée par l'ouvrage de MM. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck. On songe, pour celle-ci, aux contrats préparatoires et aux différentes clauses qui sont devenues de style dans un grand nombre de contrats, telles les clauses résolutoires expresses et les clauses de responsabilité, entre autres.

Et cette coproduction du droit contractuel sera parachevée lorsque, demain, ces créations jurisprudentielles, doctrinales et pratiques auront été codifiées.

4. Ce qu'on est en droit d'attendre, en effet, de la réforme annoncée, c'est qu'elle intègre dans la nouvelle version du titre III du livre III, parfois en les aménageant, les acquis de la réforme déjà accomplie. Outre cette œuvre prioritaire et nécessaire de codification, on peut légitimement espérer que le projet apporte aussi les modifications qui s'imposent, pour que notre droit des contrats retrouve le rayonnement qu'il a perdu depuis des lustres et sécrète des innovations qui, sans fragiliser les fondations du modèle contractuel français, améliorent sa qualité et renforcent son attractivité.

Pour apprécier la double entreprise de rénovation du code, via la codification du droit positif, et d'innovation, par la modification de celui-ci, menée par le projet de réforme, la lecture de son exposé des motifs est éclairante : il ne s'agit pas de « refondre totalement mais (de) moderniser le droit des contrats en conservant l'esprit du code, favorable à un consensualisme propre aux échanges économiques, tout en assurant la protection des plus faibles ».

En somme, liberté et justice contractuelles, promotion des échanges économiques et protection des contractants faibles, seront les deux mamelles du droit nouveau des contrats. Dans cette double perspective, on ne s'étonnera alors pas, outre mesure, que le projet s'ouvre sur des principes généraux de liberté et de loyauté, qui constituent donc l'étendard politique du nouveau droit français des contrats.

5. Pour donner un aperçu de la réforme annoncée, on s'arrêtera moins sur la codification de la réforme déjà accomplie depuis quelques décennies, même si elle en constitue la part essentielle, que sur les innovations majeures du projet, propres, soit à favoriser les échanges économiques (I), soit à garantir la protection des contractants faibles (II).

I – La faveur pour les échanges économiques

Sécurité, liberté, efficacité économique, tels sont les principes et impératifs que déclinent les règles du projet qui tendent à promouvoir les échanges économiques.

A – Sécurité

6. Les échanges économiques seront d'autant mieux assurés que le code civil, en premier lieu, accueillera en son sein des pans entiers du régime contractuel qui en sont aujourd'hui encore complètement absents.

On ne peut ainsi que se féliciter de ce que le projet prévoit d'intégrer dans le code un corps de dispositions relatives à la formation du contrat, dont il est aujourd'hui dépourvu. Pour l'essentiel, ce sont les règles que la Cour de cassation a créées depuis plusieurs décennies à propos de la négociation, de l'obligation d'information, de l'offre, de l'acceptation et de la date de formation du contrat, qui acquerront demain droit de cité dans le code civil. L'alchimie qui transforme une rencontre de volontés en un lien contractuel obligatoire sera donc désormais précisément décrite dans le code, de même que toutes les règles qui l'encadrent, ce dont on peut se réjouir quand on sait le contentieux que suscite cette phase du processus contractuel.

Dans le même registre, l'introduction de règles générales sur la durée et sur la rupture des contrats est une heureuse initiative. Ainsi, trouvera-t-on demain consacrés, dans le code, le droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée et la prohibition des engagements contractuels perpétuels, et précisés la durée d'un contrat tacitement reconduit, le sort des garanties et les droits des tiers en cas de renouvellement, reconduction ou prorogation d'un contrat, etc.

7. La sécurité indispensable au développement des échanges économiques s'incarne aussi dans la règle énoncée par l'article 129 du projet qui efface l'article 1142 du code civil et affirme le principe de l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles, dont beaucoup encore considèrent qu'il est le prolongement naturel et l'expression même du principe de la force obligatoire du contrat. Principe fondamental s'il en est, dans une perspective de sécurité juridique, puisqu'il constitue la garantie que le contrat répondra aux attentes légitimes des contractants, à savoir l'exécution de la prestation promise par leur cocontractant, et leur procure l'utilité recherchée quand il a été conclu et comme il a été conçu.

Dans cette même veine, on relèvera qu'aux termes de l'article 24, la rétractation de son engagement par le promettant pendant le délai d'option n'exerce aucune influence sur la force obligatoire de la promesse unilatérale de contrat et n'empêche donc pas la formation du contrat promis. La règle jurisprudentielle selon laquelle une telle rétractation s'opposait à la formation du contrat promis, car elle empêchait la rencontre des volontés du promettant et du bénéficiaire [1] est donc abrogée, et c'est tant mieux. Le contrat de promesse unilatérale retrouve ainsi force et intérêt, lesquels résident dans le fait que, par sa force obligatoire, la formation du contrat promis ne dépend plus exclusivement que du consentement du bénéficiaire, ce que la Cour de cassation niait en la soumettant aussi au maintien par le promettant de son consentement.

Reste qu'on ne manquera pas de remarquer que, tout en posant le principe de l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles, le projet lui apporte une exception surprenante, puisque le débiteur pourra se libérer en payant des dommages-intérêts si l'exécution en nature, que le créancier réclame, a un « coût (…) manifestement déraisonnable ». Nul doute que cette exception n'emportera pas une adhésion unanime, non seulement en raison de son inspiration européenne fort marquée, mais encore à cause de l'empreinte de l'analyse économique du droit qui l'innerve. Il est vrai que, au moins dans un premier mouvement, cette exception tranche sensiblement avec l'esprit du modèle contractuel français dans lequel la parole contractuellement donnée a une valeur telle qu'elle n'a pas de prix, en ce sens qu'elle n'est pas exclusivement de nature économique et qu'elle est porteuse d'autres valeurs, morale et sociale, telles qu'elle échappe à l'emprise de celui qui l'a émise. À l'image de M^me^ Viney, selon laquelle lorsque l'exécution forcée en nature est « extrêmement onéreuse pour le débiteur », on peut se demander s'il n'est « pas alors abusif de la part du créancier de l'exiger alors qu'une condamnation à des dommages-intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit » [2], il n'est cependant, dans un second temps, pas interdit d'analyser cette exception d'ordre économique comme une nouvelle, mais finalement traditionnelle, illustration de la réserve d'abus.

8. C'est peut-être en s'inspirant des auteurs qui lui reprochent d'être devenue une « source d'insécurité » [3], que les rédacteurs du projet ont opté pour la « disparition de la notion de cause », décision dont ils tentent immédiatement de réduire la portée en affirmant, dans l'exposé des motifs, qu'elle sera compensée, si ce n'est neutralisée, grâce à la « précision et (le) maintien de ses différentes fonctions corrections et régulatrices ».

En somme et en bref, la cause est entendue… mais, rassurez-vous braves gens, elle demeure sous-entendue, puisque ses différentes fonctions seront maintenues !

Deux questions viennent alors immédiatement à l'esprit. Est-ce possible ? Est-ce souhaitable ?

Est-il, d'abord, possible de supprimer la notion de cause tout en maintenant ses fonctions ? La réponse est : « ça dépend desquelles »… Réponse positive, sans doute, pour l'essentiel de ses fonctions traditionnelles, qui sont au nombre de deux. En premier lieu, la protection de l'intérêt privé d'un contractant contre le déséquilibre structurel, auquel peut être confronté un contractant qui, alors qu'il a conclu un contrat synallagmatique à titre onéreux, a souscrit un engagement sans contrepartie ou moyennant une contrepartie illusoire ou dérisoire. En second lieu, le contrôle de la cause du contrat assure la protection de l'intérêt général contre des contrats qui sont objectivement équilibrés, mais contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs (ou ce qu'il en reste en matière contractuelle, c'est-à-dire rien ou presque…). On peut penser que ces fonctions pourront aisément être maintenues grâce à des règles qui exprimeront exactement la même idée, sans utiliser le terme de « cause ». Ainsi, l'article 75 dispose que : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, lors de sa formation, la contrepartie

1. Civ. 3^e^, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *D*. 1994. 507, note F. Bénac-Schmidt, 230, obs. O. Tournafond, et 1995. 87, obs. L. Aynès ; *AJDI* 1994. 384, 351, étude M. Azencot, et 1996. 568, étude D. Stapylton-Smith ; *RTD civ*. 1994. 584, obs. J. Mestre ; *Defrénois* 1994. 795, obs. P. Delebecque ; *JCP* 1995. II. 22366.

2. G. Viney, Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français, *in* Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, LGDJ, 2001, p. 167 s., spéc. n° 17.

3. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Les obligations, Cujas, 2011, spéc. n° 618.

convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire », tandis que l'article 69 énonce que : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

Quant aux fonctions nouvelles de la cause que la Cour de cassation lui a, dans ce qui ressemble aujourd'hui à un véritable baroud d'honneur causaliste, assignées depuis une vingtaine d'années, certaines sont effectivement pérennisées par le projet. Ainsi, l'article 75, qui dispose que : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite », codifie la règle jurisprudentielle, inaugurée le 22 octobre 1996 par la chambre commerciale de la Cour de cassation [4], en vertu de laquelle la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'engagement souscrit par le débiteur d'une obligation essentielle doit être réputée non écrite. En revanche, on peut douter qu'en l'absence annoncée de la notion de cause dans le futur droit des contrats, certaines des autres fonctions qui lui ont été conférées avec plus ou moins d'éclat par la Cour de cassation seront maintenues. On songe, par exemple, à la règle selon laquelle la validité d'un contrat intégré dans un groupe de contrats peut être appréciée non pas simplement au regard de ses seules dispositions, qui révéleraient une absence de contrepartie, mais aussi à l'aune d'un autre contrat du groupe dans lequel on pourrait découvrir la raison d'être de l'obligation litigieuse et, ainsi, le sauver de la nullité [5]. On pense aussi à cette très dense séquence jurisprudentielle selon laquelle la résiliation d'un contrat emporte la caducité du contrat avec lequel il était économiquement interdépendant, que certains auteurs ont expliqué par la notion de cause. On songe encore à ce spectaculaire, quoiqu'inédit, arrêt rendu par la chambre commerciale, le 29 juin 2010, dans lequel la Cour de cassation a décidé que le changement de circonstances pendant l'exécution du contrat qui prive de cause l'engagement d'un des contractants emporte la caducité de ce contrat pour… imprévision [6], etc.

Il est douteux que la suppression future de la notion de cause permette le maintien de toutes ses fonctions passées et présentes. Il est, de surcroît, absolument certain que cette disparition privera, à l'avenir, le juge d'une notion flexible et performante à laquelle, au gré de l'apparition de nouveaux risques contractuels, il pourrait avoir recours pour les appréhender et les éradiquer.

9. Reste alors à savoir, et c'est la seconde question qui se pose, si cette disparition est souhaitable… Certains auteurs libéraux prennent nettement position sur ce point en ces termes : « en dehors du respect de l'ordre public, qui peut être assuré par d'autres moyens, notamment l'article 6, est-il utile d'ajouter au contrôle du consentement un contrôle de la rationalité objective de l'engagement, source d'insécurité ? La question est ouverte » [7]… Sous la plume de ces auteurs, la cause, qui n'est plus simplement un instrument de contrôle objectif de la rationalité de l'engagement ou de la licéité du contrat, est devenue la bonne à tout faire du droit des contrats, dont le juge s'est emparé pour combattre des déséquilibres et des incohérences contractuelles, et pour apprécier aussi l'intérêt du contrat en n'hésitant pas à substituer sa propre vision de cet intérêt à celle des contractants. En somme, on reproche à la cause d'avoir, ces dernières années, été mise à toutes les sauces et d'avoir emporté une certaine judiciarisation du contrat en son nom, source fatale d'insécurité juridique.

Si, tout en restant attaché aux impératifs de liberté et de sécurité contractuelles, on n'est pas insensible à l'exigence de justice contractuelle, et si on est convaincu que l'avenir sera porteur de risques ou de types de déséquilibres contractuels encore inédits, on regrettera la disparition de la cause, instrument dont la flexibilité le dotait d'un très fort potentiel de protection et auquel il est dommage de renoncer par avance, à moins évidemment que le projet ne comporte des instruments s'y substituant opportunément [8].

B – Liberté

10. Diverses et variées sont les règles du projet qui, pour favoriser les échanges économiques, déclinent le principe de liberté contractuelle.

Sans souci d'exhaustivité, on s'arrêtera d'abord sur certaines règles que la Cour de cassation a énoncées en matière de formation du contrat et que le projet codifie. Ainsi, la règle édictée par l'article 11 qui exclut, en cas de rupture fautive d'une négociation contractuelle, la réparation de la perte de chance de conclure le contrat et d'en retirer le profit escompté, de même que celle qui sanctionne la révocation abusive d'une offre par de simples

4. Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *D*. 1997. 121, note A. Sériaux, 145, chron. C. Larroumet, et 175, obs. P. Delebecque ; *RTD civ*. 1997. 418, obs. J. Mestre, et 1998. 213, obs. N. Molfessis ; *RTD com*. 1997. 319, obs. B. Bouloc ; *Defrénois* 1997. 333, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 1997. I. 4002, obs. M. Fabre-Magnan, 4025, obs. G. Viney, et II. 22881, obs. D. Cohen.

5. Civ. 1re, 13 juin 2006, n° 04-15.456, *D*. 2006. 1819, obs. J. Daleau, 2638, obs. S. Amrani-Mekki, 2991, obs. P. Sirinelli, et 2007, 277, note J. Ghestin ; *RTD com*. 2006. 593, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RDC* 2007. 256.

6. Com. 29 juin 2010, n° 09-67.369, *D*. 2010. 2481, note D. Mazeaud, 2485, note T. Genicon, et 2011. 472, obs. S. Amrani-Mekki ; *RTD civ*. 2010. 782, obs. B. Fages, et 2011. 87, obs. P. Deumier ; *Defrénois* 2011. 811, obs. J.-B. Seube ; *JCP* 2011, n° 63, obs. J. Ghestin ; *RDC* 2011. 34, obs. E. Savaux.

7. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *op. cit*., spéc. n° 618.

8. Sur ce pt, V. nos 17 s.

dommages-intérêts [9], constituent des hymnes discrets à la liberté contractuelle. Indirectement au moins, elles expriment l'idée qu'il n'est pas dans l'office du juge de décider la formation d'un contrat contre la volonté d'un contractant. Le principe de liberté contractuelle, entendu comme la liberté de s'engager dans les liens d'un contrat, serait en effet sensiblement atténué si le juge pouvait décider que le contrat est formé si le destinataire d'une offre révoquée abusivement l'avait acceptée dans le délai qui lui avait été imparti, de même que si le négociateur, victime de la rupture fautive de la négociation, percevait des dommages-intérêts compensant la perte des profits contractuels escomptés. Dans le premier cas, le contrat serait formé contre la volonté de l'offrant, dans le second, il serait indirectement exécuté sous forme de dommages-intérêts compensatoires.

11. C'est, très probablement encore, au nom de la liberté contractuelle que le projet de réforme persiste dans le refus de la révision judiciaire du contrat pour imprévision. On sait que, depuis 1876 [10], la Cour de cassation décide invariablement que, lorsqu'un contrat devient profondément déséquilibré au cours de son exécution, à la suite d'un changement imprévu de circonstances, le juge ne peut pas le réviser. Si la Cour de cassation française refuse la révision judiciaire pour imprévision, c'est probablement parce que les contractants, réputés raisonnables et rationnels, sont considérés comme les meilleurs juges de leurs propres intérêts et qu'ils sont donc présumés parfaitement aptes à gérer le risque d'imprévision en stipulant des clauses appropriées. La liberté contractuelle est au fond le remède nécessaire et suffisant au risque d'imprévision. Mieux, la règle d'airain énoncée par la Cour de cassation et pérennisée par le projet serait d'autant plus opportune qu'elle inciterait les contractants à anticiper et à aménager le risque d'imprévision, puisqu'ils savent ne pas pouvoir compter sur le pouvoir d'équité judiciaire. Le projet s'est manifestement rallié à la doctrine de la Cour de cassation puisque la révision judiciaire pour imprévision n'est admise que… si les parties en sont d'accord, ce qui est évidemment déjà le cas depuis belle lurette.

Finalement donc, seule la résiliation judiciaire pour imprévision est admise, étant entendu que ce pouvoir constituera probablement une très puissante invitation pour les parties à adapter leur contrat, si elles ne veulent pas courir le risque de le voir disparaître…

C – Efficacité économique

12. Depuis un peu moins de deux décennies, la Cour de cassation a succombé à la tentation de l'impératif de l'efficacité économique du droit, dont la dimension libérale et utilitariste tranche avec les valeurs que véhicule le modèle contractuel français, qui conjugue aussi le doit des contrats au son de valeurs morales, sociales et humanistes. Le projet acte les réformes jurisprudentielles les plus spectaculaires qui portent l'empreinte de l'analyse économique du droit, tout en modifiant plus ou moins sensiblement leur domaine et leur régime.

13. Il en va ainsi, en premier lieu, de la règle « révolutionnaire », créée par la Cour de cassation en 1995 [11], en vertu de laquelle, sauf dispositions légales spéciales contraires, le prix peut être fixé par un seul des contractants, sans que la validité du contrat en soit affectée. Cette règle de fixation unilatérale du prix, qui finalement substitue la main invisible du marché et le libre jeu de la concurrence à l'accord de volontés en matière de fixation du prix, est, en droit positif, érigée au statut de principe et n'instaure, par ailleurs, qu'un contrôle classique de l'abus, qui peut conduire à la résiliation ou/et la mise en jeu de la responsabilité de l'« auteur » du prix abusif.

C'est l'impératif d'efficacité économique du droit, allié à l'influence contractuelle européenne, qui a provoqué ce petit tsunami contractuel, lequel a été très diversement accueilli. La règle posée par la Cour de cassation tranche, en effet, avec la philosophie contractuelle classique, en vertu de laquelle le prix doit être le fuit d'un accord de volontés et ne peut pas procéder, directement ou indirectement, de la volonté unilatérale d'un contractant, faute de quoi le contrat est nul, parce que la clause qui accorde à un contractant le pouvoir de fixer unilatéralement le prix trahit une inégalité contractuelle et emporte un risque très fort d'injustice contractuelle, sous la forme d'un prix excessif…

Battue en brèche par les arrêts de 1995, cette vision morale de la détermination du prix, adoptée par le codificateur de 1804 pour la vente, modèle du contrat échange dont les règles constituent la matrice du droit commun des contrats, reste vivace dans les esprits. Raison pour laquelle, peut-être, le projet opère un changement de cap assez spectaculaire puisqu'il relègue, dans son article 71, la règle de la fixation unilatérale du prix au simple rang d'exception, en prévoyant qu'elle n'a vocation à s'appliquer que « dans les contrats-cadre et les contrats

9. Art. 17 du projet

10. Civ. 6 mars 1876, *GAJC*, t. II, par H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, Dalloz, 2008, n° 165.

11. Cass., ass. plén., 1er déc. 1995, n° 91-15.999, *D*. 1996. 13, concl. M. Jeol, note L. Aynès, et 1998. 1, chron. A. Brunet et A. Ghozi ; *RTD civ*. 1996. 153, obs. J. Mestre ; *RTD com*. 1996. 316, obs. B. Bouloc, 1997. 1, étude M. Jeol, 7, étude C. Bourgeon, 19, étude C. Jamin, 37, étude T. Revet, 49, étude D. Ferrier, 67, étude M. Pédamon, et 75, étude P. Simler ; *Defrénois* 1996. 747, obs. P. Delebecque ; *JCP* 1996. II. 22565, obs. J. Ghestin.

à exécution successive ». Le régime de la fixation unilatérale du prix, dont le domaine est donc théoriquement réduit par rapport à 1995, est sérieusement amendé, lui aussi. D'une part, pour protéger les intérêts du débiteur du prix, une obligation de motivation est imposée au « maître » du prix, comme contrepoint à son pouvoir unilatéral, lequel est ainsi canalisé, comme beaucoup l'avaient souhaité après 1995. Par ailleurs, et l'innovation est autrement plus remarquable encore, quand le prix unilatéralement fixé est abusif, le pouvoir du juge ne se limite plus au prononcé de sanctions, comme en droit positif. Le débiteur peut, en effet, lui demander de réviser le prix abusif, « en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties ». Doté en la matière d'un simple pouvoir de sanction, aujourd'hui, le juge se verra donc attribuer, demain, un pouvoir de réfaction du contrat, comme le prévoient d'ailleurs tous les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats [12]. L'évolution est majeure et tranche avec le principe de non-ingérence du juge dans le contrat qui règne dans le modèle contractuel français.

14. Outre la détermination du contenu du contrat, la phase de l'anéantissement du contrat a été, elle aussi, impactée par l'impératif d'efficacité économique du droit, ainsi que par les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats. En principe, dans le modèle contractuel français, la résolution du contrat pour inexécution est judiciaire. Le pouvoir du juge garantit l'effectivité du principe du respect de la parole donnée, en évitant qu'un contractant se délie de son engagement au prétexte d'un manquement contractuel sans gravité, et permet de faire régner un certain humanisme contractuel au profit du débiteur en difficulté, sous la forme d'un délai de grâce. Revers de cette médaille judiciaire, la lenteur, le coût et l'aléa inhérents à toute intervention du juge. Aussi, beaucoup de systèmes juridiques ont-ils opté pour la résolution unilatérale, par simple voie de notification, du contrat inexécuté, au nom de l'impératif d'efficacité économique, ce mode d'anéantissement permettant au créancier contractuel de réaliser de substantielles économies de temps et d'argent, et de réallouer promptement ses ressources dans un nouveau contrat avec un partenaire plus performant et plus dynamique que son cocontractant défaillant.

En 1998 [13], la Cour de cassation a succombé une fois encore à la tentation de l'impératif d'efficacité économique du droit et a décidé qu'en cas de comportement grave d'un contractant, son cocontractant pouvait, à ses risques et périls, résoudre unilatéralement, le contrat inexécuté. L'évolution est fondamentale : la résolution ne constitue plus un pouvoir exceptionnel du juge, elle est devenue une simple prérogative du créancier contractuel qui peut l'exercer, sous réserve d'abus, et donc reprendre sa parole contractuelle, en cas de manquement de son partenaire, en s'exposant simplement à des dommages-intérêts, au cas où le juge estimerait qu'il a exercé abusivement sa prérogative… Elle emporte, en outre, une redistribution des cartes probatoires : ce n'est plus au contractant qui souhaite obtenir la résolution du contrat d'apporter la preuve de la gravité du manquement justifiant l'anéantissement, c'est à son cocontractant de démontrer que son manquement était dépourvu de la gravité alléguée pour pouvoir obtenir du juge la sanction de la résolution unilatérale abusive.

Sans revenir sur la règle de la résolution extrajudiciaire que notre droit positif contient depuis 1998, règle qu'il élève même au rang de principe concurrent de la résolution judiciaire, le projet lui apporte d'intéressantes modifications. D'abord, pour canaliser son pouvoir unilatéral, le créancier, qui entend résoudre le contrat inexécuté, est tenu d'une obligation de motivation, qu'il doit exécuter lorsqu'il notifie sa décision à son cocontractant. Ensuite, lorsque le débiteur résiste à la résolution « prononcée » unilatéralement par son contractant, la charge de la preuve de la gravité de l'inexécution pèse sur ce dernier ; cette répartition de la charge de la preuve est opportune, car elle préviendra le risque de résolution unilatérale abusive. Enfin, et surtout, aux termes de l'article 136, dans ce dernier cas de figure, le juge pourra ordonner la poursuite de l'exécution du contrat, en accordant, si besoin, un délai de grâce au débiteur. Cette sanction de la résolution abusive, qu'il n'est pas certain que notre droit positif permette, rassurera ceux qui s'inquiétaient que la résolution unilatérale porte une trop grave atteinte au principe du respect de la parole donnée. Elle exclut, en effet, une version par trop désincarnée et utilitariste du contrat qu'emporte la seule sanction indemnitaire en cas de résolution extrajudiciaire abusive, sanction qui se traduirait, indirectement au moins, par une option offerte au créancier entre, d'une part, son maintien dans le contrat inexécuté et, d'autre part, la rupture de celui-ci moyennant une certaine somme de dommages-intérêts.

15. Ultime, mais nouvelle, illustration de l'impératif d'efficacité économique du droit qui irrigue le projet de réforme, qui se traduit par l'éviction du juge et l'expansion du pouvoir unilatéral dans la sphère contractuelle, l'article 136 qui dispose que : « Le créancier peut accepter une exécution imparfaite du contrat et réduire proportionnellement le prix ». Imparfaitement exécuté, le contrat n'est donc plus unilatéralement intangible et le créancier peut, à titre de nouveau remède de l'inexécution, modifier unilatéralement sa prestation contractuelle.

12. V. en ce sens, par ex., art. 73, 1°, de la proposition de Règl. relatif à un droit commun européen de la vente du 8 oct. 2011.
13. Civ. 1re, 13 oct. 1998, nº 96-21.485, *D*. 1999. 197, note C. Jamin, et 115, obs. P. Delebecque ; *RDSS* 2000. 378, obs. G. Mémeteau et M. Harichaux ; *RTD civ*. 1999. 394, obs. J. Mestre, et 506, obs. J. Raynard ; *Defrénois* 1999. 374.

On connaissait déjà la réfaction judiciaire du contrat inexécuté, que la Cour de cassation semblait cantonner à la seule vente commerciale [14] et dont le champ d'application [15] et l'opportunité [16] demeurent débattues en doctrine, sur fond d'office du juge dans le modèle contractuel français. Mais, en l'occurrence, il s'agit d'une réfaction unilatérale, dont on trouve déjà, il est vrai, l'empreinte en droit français, que ce soit dans la vente internationale de marchandises [17] ou même dans le code de la consommation [18], de même que dans les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats [19].

Ce qui frappe dans le projet, c'est l'extension sensible du champ d'application de cette révision unilatérale du contrat inexécuté : jusqu'ici cantonnée au seul contrat de vente internationale et dans les ventes soumises au code de la consommation, la réduction unilatérale du prix est ici consacrée au rang de remède général de l'inexécution des contrats, au même titre que l'exception d'inexécution, l'exécution forcée, la résolution et la responsabilité contractuelle.

La seconde idée-force qui anime le projet de réforme, et sur laquelle il convient de s'arrêter désormais, est la protection des contractants faibles.

II – La protection des contractants faibles

Cette protection est essentiellement assurée par une double exigence de loyauté (A) et de proportionnalité (B).

A – Loyauté

16. Depuis une quarantaine d'années, par la grâce (par la faute ?…) de la Cour de cassation, le domaine du devoir de bonne foi, jadis cantonné par le code civil au stade de l'exécution du contrat, s'est considérablement amplifié : il est aujourd'hui imposé à tous les stades du processus contractuel.

En bref, le projet consacre cette amplification remarquable. On en retiendra trois illustrations. D'abord, et on se doute que cette disposition va susciter beaucoup de controverses, ce devoir est implicitement doté du prestigieux label de « principe directeur », même si le terme n'est pas repris littéralement, pour des raisons que l'on devine aisément ; reste qu'il est, au même titre que la liberté contractuelle, placé au début du texte et qu'il ouvre donc le nouveau *corpus* contractuel, dont il chapeaute, fédère et irrigue les règles qui suivent… De simple force d'appoint en droit positif, le devoir de bonne foi est donc promu au rang de « principe général » du droit des contrats. On imagine que le débat sur l'opportunité d'une telle innovation va resurgir entre ceux qui craignent qu'une telle promotion emporte une judiciarisation fatale du contrat, source d'insécurité juridique, et ceux qui remarquent que ce devoir, déjà omniprésent dans l'univers contractuel, ne s'est pas traduit, malgré les funestes prédictions des uns et des autres, par une vague chronique de sinistres contractuels.

Ensuite, le devoir de bonne foi est déployé par le projet, lors de la phase de négociation du contrat, au cours de laquelle il sécurise les pourparlers, en canalisant la liberté contractuelle qui règne lors de cette phase. D'une part, il oblige chaque négociateur à communiquer à son partenaire toutes les informations susceptibles de déterminer le consentement de son partenaire, lorsqu'elles ne sont pas autrement accessibles à ce dernier ou lorsque celui-ci fait légitimement confiance au contractant sachant. Le devoir d'information fondé sur l'idée que la liberté contractuelle, faute de lucidité du consentement, n'est qu'un leurre, fait donc enfin, son entrée dans le code civil ; il était temps quand on sait l'importance majeure qu'il occupe dans l'édifice contractuel contemporain. D'autre part, ce devoir encadre la rupture de la négociation contractuelle : si elle est exercée déloyalement, intempestivement ou brutalement, la liberté de ne pas contracter emportera la responsabilité extracontractuelle du négociateur fautif.

Enfin, le projet consacre la manifestation jurisprudentielle la plus spectaculaire de ce devoir au XX^{e} siècle. La règle de la renégociation conventionnelle pour imprévision, fondée sur le devoir de bonne foi et sanctionnée par la mise en jeu de la responsabilité civile du contractant déloyal, énoncée par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 3 novembre 1992 [20], est codifiée dans l'article 104. Le contractant qui se trouve en situation de

14. Civ. 3^{e}, 29 janv. 2003, n^{o} 01-02.759, *D*. 2003. 534 ; *AJDI* 2003. 793, et 794, obs. F. Cohet-Cordey ; *Defrénois* 2003. 844, obs. E. Savaux.

15. M.-E. Pancrazi, Réduction du prix, *in* C. Prieto (dir.), Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français, PUAM, 2003, p. 504, spéc. p. 505.

16. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 2013, spéc. n^{o} 652.

17. Art. 50 Conv. int. Vienne : « (…) l'acheteur peut réduire le prix proportionnellement à la différence entre la valeur que les marchandises avaient au moment de la livraison et la valeur que les marchandises conformes auraient eue à ce moment ».

18. L'art. L. 211-10 c. consom. dispose, en cas de défaut de conformité, que lorsque la réparation et le remplacement du bien sont impossibles, le consommateur peut alors, soit, rendre le bien et récupérer le prix, soit « garder le bien et se faire rendre une partie du prix ».

19. Art. 120, 1°, de la proposition de Règl. relatif à un droit commun européen de la vente, préc. : « L'acheteur qui accepte une exécution non conforme au contrat peut réduire le prix. La réduction doit être proportionnelle à la différence entre la valeur de ce qui a été reçu au titre de l'exécution au moment où elle a eu lieu, et la valeur de ce qui aurait été reçu si l'exécution avait été conforme ».

20. Com. 3 nov. 1992, n^{o} 90-18.547, *D*. 1995. 85, obs. D. Ferrier ; *RTD civ*. 1993. 124, obs. J. Mestre.

faiblesse lors de l'exécution du contrat, parce que ses intérêts légitimes sont bouleversés par la survenance d'un changement imprévisible de circonstances, est donc protégé par le devoir de bonne foi qui impose à son partenaire de prendre en considération ses difficultés et de renégocier loyalement le contrat, en vue de sa révision, même si celle-ci échoue finalement. Autrement dit, cette obligation de renégocier, imposée au nom de la bonne foi, ne rime jamais avec la révision judiciaire du contrat, en cas de désaccord des contractants.

Le devoir de bonne foi n'est pas le seul instrument exploité dans le projet pour assurer la protection des contractants les plus faibles. Une exigence relative de proportionnalité est, elle aussi, imposée dans cette même perspective.

B – Proportionnalité

17. Au principe traditionnel, déjà évoqué, selon lequel le déséquilibre contractuel est la rançon de la liberté, est venu s'en ajouter un second qui, depuis quelques décennies, coexiste avec le premier en droit contemporain, et aux termes duquel quand le déséquilibre contractuel est excessif et qu'il est le produit de l'exploitation de la faiblesse, de la vulnérabilité ou de la dépendance d'un contractant par son cocontractant, le juge peut intervenir pour supprimer l'excès. Tant en jurisprudence qu'en législation, on a vu fleurir un nombre significatif de règles et de décisions qui confirment et consacrent cette sorte d'exception de disproportion que peut soulever le contractant dont on a abusé de la faiblesse. Il serait fastidieux de les reprendre toutes, et on se contentera d'évoquer ici la révision des clauses pénales manifestement excessives, la création du vice de violence économique, l'article L. 442-6, 1°, du code de commerce, et, bien évidemment, la lutte menée par le législateur contre les clauses abusives, entendues comme celles qui sont imposées au contractant faible, consommateur ou professionnel, et qui emportent un déséquilibre contractuel significatif.

18. Le projet acte cette évolution qu'il consacre expressément en retenant deux règles phares.

En premier lieu, il incorpore dans le code civil une règle générale de protection contre les clauses abusives : « Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ». Ce faisant, le projet importe donc, presque mot pour mot, la règle édictée par l'article L. 132-1, 1°, du code de la consommation et l'idée qui l'a inspirée, et qui a aussi présidé à la mise en œuvre d'une protection des professionnels contre de telles clauses [21]. Nul doute, en effet, que c'est l'impossibilité de négocier le contenu de leurs contrats, dans laquelle se trouvent souvent placés les consommateurs et certains professionnels, qui a incité le législateur à les protéger contre les clauses abusives, lesquelles se caractérisent le plus souvent, soit par un pouvoir unilatéral et exorbitant octroyé au professionnel dominant sur le sort du contrat, soit par une disproportion des pouvoirs et des contractuels. Présente dans les codes de commerce et de la consommation, la protection contre les clauses disproportionnées, qui sont le produit d'un abus de la faiblesse du contractant auquel elles sont imposées, se déploie donc dans le code civil.

Sans doute cette innovation n'emportera pas l'adhésion de tous. D'aucuns se demanderont s'il est opportun et légitime d'importer dans le droit commun des contrats, dont le code civil est l'écrin, une règle issue du droit spécial de la consommation, reprise ensuite dans le code de commerce afin de moraliser les mœurs contractuelles dans la grande distribution. Alors que, comme on l'a déjà dit, le code civil appréhende le contrat comme le fruit d'une libre négociation entre des individus libres et égaux, comme une relation individuelle entre des personnes abstraites et désincarnées, comme un tête-à-tête contractuel, le code de la consommation l'envisage plutôt, pour sa part, comme un produit de masse, standardisé, conclu à grande échelle, et comme le produit d'un rapport de forces entre deux personnes dont le statut économique est différent, ce qui emporte une dépendance de l'une à l'égard de l'autre lors de la conclusion du contrat. Est-il alors opportun et légitime d'importer dans le droit commun une règle qui reflète l'esprit d'un autre code, lequel repose sur une philosophie radicalement différente et sur une vision de politique juridique aux antipodes de celle qui anime le code civil ? On s'inquiétera sans doute de cette « gauchisation » du code civil et du rejet possible de la greffe ainsi tentée.

De manière plus pragmatique, d'autres relèveront que, quoi qu'il en soit, le champ d'application de la règle nouvelle ne sera probablement pas très étendu. En effet, elle ne régira ni les clauses abusives stipulées dans les contrats de consommation, qui le seront par le code de la consommation, ni celles imposées dans des contrats conclus entre professionnels, lesquelles le seront par le code de commerce. La règle du code civil n'aura donc vocation à s'appliquer qu'aux seules clauses stipulées dans les contrats conclus entre consommateurs, dont on peut douter qu'ils soient les plus fertiles en clauses abusives.

D'autres, enfin, se féliciteront de cette innovation en remarquant qu'elle permettra, dans une certaine mesure au moins, de pallier la disparition de la notion de cause et de remplir une des fonctions que la Cour de cassation avait assignées à celle-ci au cours de ces dernières années, à savoir précisément la lutte contre les clauses abusives qui n'entraient pas dans le champ d'application d'une loi spéciale de protection.

21. Art. L. 442-6, 2°, c. consom.

19. La seconde innovation qui s'inscrit dans ce souci de protection des contractants faibles réside dans l'incorporation d'une règle sur l'abus de faiblesse, reflet du vice de violence économique créé par la Cour de cassation au début de ce siècle. En vertu de l'article 50 du projet : « Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse ». Au fond, donc, un contrat privé de tout intérêt ou affecté d'un déséquilibre excessif, produit de l'exploitation abusive par un contractant de la situation de faiblesse ou de dépendance de son cocontractant, doit être annulé.

On remarquera que cette règle n'est pas insérée, comme elle l'était dans l'avant-projet Terré, dans la subdivision sur le contenu du contrat, mais dans celle consacrée aux vices du consentement, et que l'abus de faiblesse n'est alors qu'une version spécifique de la violence. Malgré cette localisation, il n'est pas interdit de penser que la présence d'une telle règle explique, dans une certaine mesure, l'absence de la notion de cause, étant entendu que l'une et l'autre permettent finalement de protéger les contractants contre les déséquilibres contractuels les plus importants.

La question qui se pose alors est celle de savoir laquelle, de cette règle ou de cette notion, est la plus appropriée pour garantir la protection des contractants faibles et promouvoir l'impératif de justice contractuelle. Au crédit de la lésion qualifiée, on retiendra qu'elle semble avoir un champ d'application plus large que la cause quant au type de déséquilibre qu'elle permet de combattre. Elle ne semble pas, en effet, limitée aux seuls et rares déséquilibres structurels, contre lesquels la cause est exclusivement mobilisée dans une vision classique ; en effet, elle intègre aussi les déséquilibres économiques, à condition bien sûr qu'ils soient excessifs. La cause, dans sa version traditionnelle en tout cas a, quant à elle, un domaine plus restreint s'agissant des déséquilibres qu'elle permet de neutraliser, mais son régime est plus souple que celui de la lésion qualifiée. Celle-ci ne peut, en effet, être mise en œuvre qu'à la condition que le contractant, dont le partenaire a abusé de la faiblesse, soit en situation de dépendance, de faiblesse, de nécessité, de vulnérabilité, etc., ce que n'exige pas la cause.

Et surtout, comme le révèle l'examen de la jurisprudence rendue depuis la fin du XX^{e} siècle, la cause est une notion qui, par sa souplesse et sa flexibilité, peut être exploitée par le juge pour assurer la protection d'un contractant vulnérable, là où la règle de l'abus de faiblesse, qui obéit à des conditions strictes d'application, serait impuissante à le faire. Il suffit de penser aux diverses fonctions que la Cour de cassation a conférées à la cause au cours de ces dernières années pour comprendre qu'en raison de sa flexibilité, de son potentiel d'adaptation, la cause peut investir des terrains que l'abus de faiblesse est impuissant à arpenter.

Dans une perspective de sécurité juridique, l'abus de faiblesse présente donc des garanties plus solides que la notion de cause, laquelle est en revanche sans doute plus performante en termes de justice contractuelle. On ajoutera, même si l'argument n'est pas décisif, que l'adoption d'une règle relative à l'abus de faiblesse est plus « européennement » compatible, dans la mesure où elle met notre droit au diapason des tendances lourdes des droits positifs et prospectif européen, au contraire de la cause, délibérément snobée dans tous les projets d'harmonisation européenne et dans les codifications récentes de la vieille Europe.

20. Après ce rapide tour d'horizon, forcément superficiel et incomplet, on peut d'ores et déjà livrer un pronostic sur la portée de ce projet. L'examen du contenu du texte nous incite à penser que la réforme annoncée emportera une révolution tranquille du droit français des contrats et ne provoquera pas une rupture fatale avec le modèle contractuel français. Dans la double perspective de liberté et de justice contractuelles qu'il a tracée, outre la codification des évolutions contractuelles déjà accomplies, le projet emporte, certes, des modifications parfois significatives de notre droit contractuel, mais il ne nous semble pas que la face du monde contractuel en sorte profondément changée. Pour les justiciables, pour qui le droit est fait, pour les contractants, auxquels ce droit s'appliquera, pour les praticiens, qui auront à composer avec, la modification du titre III du livre III ne constituera pas un tremblement de terre contractuel, même s'il ne faut pas être grand clerc pour deviner qu'il suscitera de vives discussions et de riches controverses dans la communauté universitaire…

Annexe 2 – Mazeaud D., Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, D. 2009. 1364

L'essentiel

Alors que la réforme du droit des contrats semble marquer un coup d'arrêt, un groupe dirigé par François Terré a récemment proposé de nouvelles pistes « Pour une réforme du droit des contrats » (Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008). C'est ce nouveau projet assez iconoclaste qui constitue l'objet des brèves remarques qui suivent.

1 – Assez curieusement, plusieurs mois après leur publication, les variations contractuelles en vue de la réforme du droit des contrats composées par un petit orchestre de juristes distingués, avec le maestro François Terré à la baguette, n'ont toujours pas reçu le moindre écho doctrinal. Voilà un silence qui paraît tout à la fois assourdissant et paradoxal.

Assourdissant, si on le compare au tohu-bohu qu'ont suscité, en leurs temps, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription [22], conçu sous le parrainage de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française et dirigé par Pierre Catala, d'une part, le projet de réforme du droit des contrats conçu par la chancellerie [23], d'autre part. Articles, chroniques, colloques, ouvrages, ces deux projets ont, en effet, eu droit à toutes les variétés d'expression de la doctrine. En revanche, à l'exception de présentations rapides faites, dans la presse juridique, par François Terré lui-même, ses propositions de réforme n'ont pas encore retenu l'attention des fines lames du droit des contrats, si promptes pourtant en d'autres temps à prendre leurs plumes pour écrire tout le mal ou tout le bien qu'elles pensaient des deux projets susvisés. Certes, une certaine lassitude peut expliquer cette relative apathie doctrinale. Les projets semblent s'empiler les uns sur les autres [24] et, dans une certaine mesure au moins, se neutralisent. Sans compter que la chancellerie, après avoir fait rêver d'une réforme rapide, car urgente, nous fait languir ; les projets officieux succèdent aux projets officiels et ces tergiversations et circonvolutions sont quelque peu décourageantes, surtout que s'y ajoutent les rumeurs, qui semblent malheureusement fondées, selon lesquelles l'avenir du projet de réforme du droit des contrats dépend du bon vouloir d'organisations professionnelles politiquement influentes, ce qui ajoute une once d'exaspération à la lassitude, dans la mesure où l'on éprouve l'irritant sentiment que le droit des contrats de demain dépendra du bon vouloir d'autorités dont la compétence en matière contractuelle reste encore à démontrer.

2 – Paradoxal, ce silence doctrinal l'est aussi, car cette nouvelle rhapsodie contractuelle risque de faire du bruit. Elle comporte, en effet, toute une série d'harmonies et de sonorités nouvelles qui détonnent, c'est le moins qu'on puisse dire, avec la grande tradition contractuelle française. En une note comme en cent, la partition contractuelle composée par François Terré et son orchestre est, donc, autrement plus innovante que celles sur lesquelles les critiques contractuels ont tant et tant écrit ces dernières années et ces derniers mois.

Ainsi, selon les termes mêmes de son promoteur, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ne propose « pas un code de rupture, mais d'ajustement » [25]. Comme le révèle son étude, on peut considérer qu'il incarne la grande tradition contractuelle française, ainsi qu'en témoignent entre autres le maintien de la cause et le rejet de la révision judiciaire pour imprévision. Quant au projet conçu par le petit orchestre de chambre de la chancellerie, il peut être qualifié de projet d'ouverture. Ouverture sur l'Europe notamment puisque, de l'aveu même de la directrice des Affaires civiles et du Sceau, la modernisation du droit français des contrats suppose nécessairement que le droit nouveau s'inspire de symphonies contractuelles européennes, via les codifications récentes et les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats. Comparées à cet avant-projet académique et au projet gouvernemental, les propositions du groupe Terré préfigurent, nous semble-t-il, un véritable code de fracture. Fracture parce que la partition composée par ses auteurs, d'une part, fait table rase de certaines notions et règles contractuelles dont on pensait pourtant qu'elles étaient éternelles, d'autre part, accueille à bras ouverts certaines idées et valeurs qui étaient jusqu'alors tenues en respect, et ce sans doute au grand dam des gardiens du temple contractuel français.

3 – Reste que si ces propositions pour une réforme du droit des contrats emporteraient une évolution sensible de notre droit positif, il serait excessif de prédire qu'elles se solderaient par une révolution. En effet, l'examen, non exhaustif, des dispositions de cette nouvelle rhapsodie contractuelle permet, certes, de découvrir quelques mélodies nouvelles (II), mais aussi de retrouver certains airs connus (I) ; il conduit, par ailleurs, à prêter une particulière attention à certains accords dissonants (III) et à émettre quelques critiques en raison de quelques fausses notes repérées ici ou là (IV).

I – Airs connus

4 – Même si les innovations sont légions dans ces propositions, celles-ci ne larguent pas pour autant les amarres avec les règles emblématiques du modèle contractuel français.

En premier lieu, un hommage particulièrement appuyé est rendu à la liberté contractuelle, laquelle a les honneurs du texte d'ouverture du nouvel opus contractuel [26], dans lequel sont réaffirmées la liberté de choisir son partenaire, la liberté de la forme et la libre détermination du contenu contractuel. Outre cette disposition générale qui fait résonner la liberté contractuelle comme un… principe directeur, celle-ci fait l'objet de plusieurs rappels dans les règles spéciales. Ainsi, on retrouve, entre autres, l'idée classique selon laquelle le déséquilibre contractuel étant

22. La documentation française, 2006.
23. Sur ce projet, V., entre autres, les actes du colloque qui lui ont été consacrés *in RDC* 2009/1 (à paraître).
24. On peut d'ailleurs consulter un nouvel opus contractuel d'origine doctrinale, délibérément incomplet, composé par une équipe réunie par J. Ghestin, Observations sur le projet de réforme du droit des contrats, *LPA*, 12 févr. 2009.
25. P. Catala, *op. cit.*, spéc. p. 13.
26. Art. 3, du titre I, baptisé « Des « contrats ».

la rançon de la liberté, les contrats lésionnaires sont valables et intangibles [27], et l'erreur sur la valeur est indifférente [28]. Est, par ailleurs, consacrée la règle récemment énoncée par la Cour de cassation [29] en vertu de laquelle le dommage, consistant dans la perte des profits escomptés de l'exécution d'un contrat dont la négociation a été fautivement rompue, n'est pas réparable [30].

En second lieu, le principe moral du respect de la parole donnée et son corollaire, l'exécution forcée en nature, sont eux aussi à l'honneur. Certes, le label de principe directeur ne lui a pas été décerné, ce que l'on peut déplorer au regard de la spécificité qu'il confère à notre modèle contractuel, mais il est décliné dans plusieurs des propositions évoquées. D'abord, la formation forcée du contrat, unilatéralement offert ou contractuellement promis, constitue la sanction de la révocation abusive de l'offre [31], à condition qu'elle ait été adressée à personne déterminée, et de la rétractation fautive de la promesse unilatérale de contrats [32], et, ce, au rebours des solutions de notre droit positif. En revanche, et ensuite, la solution récemment retenue par la Cour de cassation en cas de violation d'un pacte de préférence [33] est consacrée : le bénéficiaire du pacte peut, lorsque le contrat envisagé a finalement été conclu avec un tiers, qui connaissait l'existence du pacte, agir en vue d'être judiciairement substitué à celui-ci « dans le contrat conclu » [34], ce qui suggère que son action tendra, en amont, à ce que ce contrat lui soit déclaré inopposable. Enfin, l'article 1142 du code civil, déjà réécrit pas la Cour de cassation, est officiellement abrogé : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, a le choix, selon les circonstances, de poursuivre contre l'autre l'exécution forcée en nature de l'engagement (…) », dispose l'article 97, alinéa 1er ; « Le créancier peut, après mise en demeure du débiteur, exiger l'exécution forcée d'une obligation chaque fois qu'elle est possible (…) », ajoute l'article 105.

5 – On ne sera pas dépaysé non plus par certains refrains qui sont, sans surprise, repris dans le livret conçu sous la houlette de François Terré. Pêle-mêle, on retrouvera entonnés, sur fond de justice contractuelle, soit des morceaux classiques, tels l'obligation précontractuelle d'information [35], la sanction de la réticence dolosive [36], le caractère excusable de l'erreur provoquée par un dol [37] et la révision des clauses pénales manifestement excessives [38], soit des rengaines jurisprudentielles plus récentes, comme la renégociation conventionnelle judiciairement imposée pour imprévision [39] ou la neutralisation des clauses de responsabilité qui contredisent la portée de l'engagement souscrit par le débiteur [40].

Dans un tout autre registre, les amateurs de musique contractuelle classique relèveront que la théorie dite « moderne » des nullités fait son entrée dans le code [41], de même que, assez timidement il est vrai, la règle de l'opposabilité du contrat au tiers [42] qui s'est rendu complice de l'inexécution contractuelle imputable au débiteur. En revanche, la responsabilité « quasi contractuelle » [43] imaginée par la Cour de cassation [44] est rangée au rayon des souvenirs. Pour obtenir l'indemnisation du dommage causé par l'inexécution des obligations contractuelles du débiteur, le tiers victime devra, dans le respect des principes qui gouvernent les effets du contrat à l'égard des tiers, précisément par application de la règle de la relativité de la faute contractuelle, apporter la preuve que son préjudice procède d'une faute extracontractuelle [45].

---

27. Art. 65.
28. Art. 41.
29. En dernier lieu, Com. 7 janv. 2009 : L'essentiel (droit des contrats), mars 2009.1, obs. O. Deshayes.
30. Art. 24, al. 3.
31. Art. 18, al. 2.
32. Art. 29, al. 2.
33. Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, *D*. 2006. 1861, notes P.-Y. Gautier et D. Mainguy ; *Defrénois* 2006. 1206, obs. E. Savaux ; *RDC* 2006. 1080, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ*. 2006. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Rev. sociétés* 2006. 808, obs. J.-F. Barbièri ; Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e éd., 2008, no 258.
34. Art. 31.
35. Art. 33.
36. Art. 44.
37. Art. 46.
38. Art. 123, al. 2.
39. Art. 92.
40. Art. 64.
41. Du moins, si les propositions se substituaient aux dispositions actuelles du code civil…
42. Art. 125, al. 1er.
43. En ce sens que les tiers victimes d'un dommage contractuel étaient, quant aux conditions de leur action en responsabilité extracontractuelle, soumis à un régime quasi identique à celui appliqué au créancier victime.
44. Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, *D*. 2006. 2825, note G. Viney ; Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 2008, no 177 ; *RTD civ*. 2007. 61, obs. P. Deumier, 115, obs. obs. J. Mestre et B. Fages, et 123, obs. P. Jourdain ; *RDI* 2006. 504, obs. P. Malinvaud ; *AJDI* 2007. 295, obs. N. Damas.
45. Art. 125, al. 2.

II – Mélodies nouvelles

6 – Au rayon des nouvelles mélodies contractuelles composées pour la circonstance, on retiendra que la partition commence par l'énoncé d'une série de règles qui n'ont pas stratégiquement été baptisées « principes directeurs du droit des contrats », mais dont il n'est guère difficile de comprendre qu'elles constituent le centre de gravité du modèle contractuel proposé. Outre la liberté contractuelle, sont intégrées, dans la gamme contractuelle majeure, la loyauté et la cohérence. Quant à la première, on peut simplement regretter que, quitte à consolider le droit positif en accordant à la bonne foi un champ qui dépasse la seule phase de l'exécution du contrat, dans lequel la lettre de l'article 1134, alinéa 3, l'avait confinée, les rédacteurs du texte n'aient pas jugé opportun de préciser que ce devoir devait se déployer aussi lors la rupture du contrat. Pour la seconde, on relèvera qu'avec l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui qu'elle édicte, l'opus contractuel commenté renforce très sensiblement le poids de la morale dans le droit des contrats, ce qui entraînera probablement un certain scepticisme chez ceux qui pensent que la liberté de changer d'avis et d'attitude dans la recherche de ses propres intérêts est une condition du dynamisme de l'activité économique.

7 – Pour les autres mélodies qui détonnent quelque peu dans notre univers contractuel, on s'arrêtera, dans un premier temps, sur des dispositions qui tempèrent la liberté contractuelle ou plutôt qui témoignent de ce que celle-ci ne peut plus être systématiquement brandie pour légitimer tous les déséquilibres contractuels. En clair, dans la petite musique contractuelle issue de ces propositions, les déséquilibres excessifs qui résultent de l'exploitation d'un rapport de forces inégalitaire au stade la conclusion du contrat ne peuvent plus être excusés au nom d'une prétendue liberté contractuelle dont ils révèlent au contraire que celle-ci n'était qu'un leurre. Ainsi, non seulement la lésion qualifiée est admise [46], mais encore les clauses abusives peuvent être révisées ou supprimées du contrat, quel que soit le statut de la victime [47]. Outre qu'elles renforcent l'impératif de justice contractuelle, ces deux règles brillent par leur inspiration européenne. De plus, la seconde d'entre elles présente l'indiscutable mérite d'énoncer une règle de protection qui relèvera du droit commun, là où aujourd'hui la lutte contre les clauses abusives relève du droit spécial et donne lieu à des dispositions éparpillées dans le code de la consommation et dans le code de commerce, et qui sera donc susceptible de profiter à tous les contractants, alors que le droit positif réserve la protection à certaines catégories d'entre eux seulement.

Ce qui détonne aussi dans ces propositions, et ce sur quoi il convient, dans un second temps, d'insister, c'est la façon extrêmement innovante dont la partition du juge est écrite dans ce nouvel opus contractuel. A cent lieux du principe rigide de non-ingérence dans le contrat qui demeure l'alpha et l'oméga de l'office du juge dans notre droit positif contractuel, les propositions du groupe Terré le dotent de pouvoirs importants. Cette entrée en fanfare du juge dans le contrat se traduit, crescendo, de deux manières. D'une part, par le pouvoir d'adaptation qui, par faveur pour le contrat, lui est reconnu lorsqu'un contractant, victime d'une erreur spontanée, a refusé la proposition émise par son cocontractant d'exécuter le contrat tel que celui-là l'avait initialement voulu [48]. D'autre part, par le pouvoir de révision qui, par solidarité à l'égard du contractant victime d'un bouleversement de l'équilibre contractuel provoqué par un changement imprévisible de circonstances, lui est accordé pour réviser le contrat dans le respect des attentes légitimes des parties [49]. On comprend alors que si le juge n'est plus cantonné dans son rôle traditionnel de serviteur de la volonté des parties et qu'il peut désormais œuvrer pour la pérennité du contrat, en évitant soit son annulation, soit sa résiliation, son pouvoir nouveau est clairement balisé par la volonté des contractants, telle qu'elle peut être induite de l'économie initiale du contrat. En d'autres termes, le juge n'est pas habilité à jouer en solo lorsqu'il s'immisce dans la sphère contractuelle, il doit, dans l'exercice de son pouvoir, s'inspirer de la partition contractuelle originelle, telle qu'elle avait été conçue par les parties.

III – Accords dissonants

8 – Si on les compare aux propositions qui ont été précédemment passées en revue, le contraste avec celles dont il va désormais être question est pour le moins saisissant, tant elles semblent animées par une idéologie radicalement différente, de même d'ailleurs qu'avec la philosophie de notre modèle contractuel.

En premier lieu, ce qui peut légitimement surprendre, voire inquiéter, c'est la part importante concédée par ces propositions à des règles qui semblent battre la mesure de l'analyse économique du droit. En ce sens, on relèvera, d'abord, que le « grand tournant libéral » [50] amorcé en 1995 par la Cour de cassation, en matière de

46. Art. 66.
47. Art. 67.
48. Art. 52.
49. Art. 92, al., 3.
50. B. Fages, Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la commission Lando, *D*. 2003. Chron. 2386, spéc. 2389.

détermination du prix, est consacré et même sensiblement accentué. Non seulement le domaine du pouvoir de la volonté unilatérale est accru puisque c'est l'objet de l'obligation, et donc pas uniquement le prix, qui peut être fixé unilatéralement, mais encore le contrôle de l'exercice de ce pouvoir unilatéral, et donc la protection du cocontractant, est réduit au strict minimum. Il suffit, en effet, pour que ce pouvoir solitaire dans la détermination du contenu du contrat (sans d'ailleurs qu'aucune distinction quant à la qualification de celui-ci ne soit opérée) se déploie efficacement que les modalités de cette détermination aient été « précisément fixées dans le contrat » et qu'il en ait été fait usage « de manière raisonnable » [51]. Avouons qu'on peut difficilement être moins exigeant pour encadrer cette première variation sur le pouvoir de la volonté unilatérale, dont le régime révèle que les compositeurs de ces propositions n'ont pas été insensibles à l'impératif d'efficacité économique du droit. En témoignent aussi le domaine et le régime de la résolution unilatérale d'un contrat inexécuté. Promue au titre de principe concurrent des autres modes de résolution, judiciaire et conventionnelle [52], elle peut, en outre, être notifiée par anticipation, « Si, dès avant l'échéance, il est certain que les conditions de la résolution sont acquises (…) » [53]. La promotion de la résolution unilatérale, synonyme de gain de temps et d'argent pour le créancier qui évite le passage par la « case juge » pour être délié du contrat et peut ainsi promptement réallouer ses ressources dans une autre fugue contractuelle, n'emporte cependant pas la disparition totale des atouts inhérents à la résolution judiciaire, maintenue à titre de principe en droit positif. Que le créancier choisisse de se faire justice à lui-même après ou avant que l'inexécution soit consommée, le débiteur peut toujours contester la légitimité de la décision prise par celui-là, et le juge, si la preuve de la gravité de l'inexécution n'est pas rapportée, peut « ordonner l'exécution du contrat en octroyant éventuellement un délai au débiteur » [54]. La dimension humaniste de la résolution « à la française » est donc préservée grâce au pouvoir du juge d'accorder un répit au débiteur en difficulté. Plus important, le pouvoir conféré au juge d'ordonner l'exécution du contrat illégitimement résolu sauvegarde le principe moral du respect de la parole donnée. En effet, le créancier, via son pouvoir de résolution unilatérale, n'est pas titulaire d'une option dont la première branche serait de respecter fidèlement son engagement et dont la seconde serait, sous prétexte d'une inexécution sans gravité, de reprendre sa parole en versant des dommages-intérêts à son cocontractant.

9 – Autre signe du poids de la loi du marché sur ces propositions de réforme, cette règle, que d'aucuns jugeront probablement assourdissante tant elle symbolise l'entrée en force de l'impératif d'efficacité économique dans notre modèle contractuel national, aux termes de laquelle l'exécution forcée en nature peut être exigée par le créancier « chaque fois que (…) son coût n'est pas manifestement disproportionné par rapport à l'intérêt que le créancier en retire [55]. Pour convenablement apprécier la portée de la fracture que cette proposition opère avec notre modèle contractuel, il convient de rappeler, d'une part, que notre droit positif ne connaît pas une telle exception irriguée par l'impératif d'efficacité économique du droit, d'autre part, de comparer sa rédaction à celle de l'article 162 du projet de réforme conçu par la chancellerie. Aux termes de ce texte, « Le créancier d'une obligation de faire peut en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable ». On comprend donc que la loi du marché emporte seulement une exception au principe ; il en va autrement avec la lettre de la proposition 105 qui appréhende, formellement au moins, la mesure économique du coût qu'elle emporte comme une condition de l'exécution forcée en nature. L'influence de l'impératif d'efficacité économique du droit apparaît enfin dans toute sa splendeur avec l'obligation de modérer le dommage, signe de « l'omniprésence du marché » [56] dans le contrat version common law et que rejette encore notre droit positif, parce que sa réception « détruirait (…) complètement l'équilibre de notre système de sanction ou de remèdes à l'inexécution du contrat (et) porterait un coup décisif à la conception que nous avons de l'engagement contractuel » [57]. Pourtant, le risque de cacophonie contractuelle est pris par l'orchestre Terré puisque l'une de ses propositions prévoit que le créancier n'a droit qu'à une indemnisation réduite s'il n'a pas pris « les mesures sûres et raisonnables, propres à éviter, à modérer ou à supprimer son préjudice » [58].

10 – Mais ce qui, en second lieu, heurtera sans doute le plus les amateurs de grande musique contractuelle classique, c'est la suppression, revendiquée par François Terré lui-même [59], de la cause. Symboliquement,

51. Art. 60, al. 3.
52. Art. 108.
53. Art. 111.
54. Art. 110, al. 3.
55. Art. 105.
56. H. Muir Watt, La modération des dommages en droit anglo-américain, *LPA*, 20 nov. 2002. 45 s., spéc. 47.
57. G. Viney, Rapport de synthèse, *in* Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?, *LPA*, 20 nov. 2002. 66 s., spéc. 69.
58. Art. 121, al. 2.
59. La cause est entendue, *JCP* 2008. Actu. 609.

stratégiquement et politiquement ce choix est évidemment lourd de conséquences pour notre modèle contractuel. Symboliquement, d'abord, parce que chacun sait l'attachement viscéral d'un très grand nombre de juristes français à cette notion subtile et féconde [60]. Pour rassurer les nostalgiques, on relèvera tout de même que la cause rôde toujours autour de ces propositions de réforme, comme en témoignent soit la lettre de certaines propositions, qui renvoient implicitement à la notion de cause du contrat [61], soit l'esprit de certaines autres, qui ont été conçues sur le support de la notion de cause de l'obligation [62]. Stratégiquement, ensuite, la désactivation de la notion de cause constitue à l'évidence un signe fort à l'égard de l'Europe contractuelle, étant entendu qu'aucune codification européenne récente, ni aucun projet d'harmonisation européenne du droit des contrats n'y font la moindre allusion. Politiquement enfin, ce choix d'en finir avec la cause est important. Il conduit, en effet, à se priver d'une notion dont la flexibilité, exploitée avec un dynamisme jurisprudentiel diversement apprécié, a permis à la Cour de cassation, dans un passé récent, d'emporter d'importantes victoires au nom de la justice contractuelle. Pourtant, ce requiem pour la cause ne se traduira sans doute pas par une régression de la justice contractuelle. La présence, dans ces propositions, d'une règle sanctionnant la lésion qualifiée [63], le statut nouveau accordé à la bonne foi et l'apparition d'un nouveau principe de cohérence devraient, dans cette perspective, pallier la disparition de la cause objective.

IV – Fausses notes

11 – La lecture de cet opus doctrinal inspire quelques regrets enfin.

On regrettera, d'abord, le plan général retenu pour héberger les propositions. Pour l'essentiel, celles-ci sont réparties dans deux chapitres, l'un consacré à la formation, l'autre aux effets du contrat [64]. Certes, ce plan est décliné dans la plupart des ouvrages et des cours relatifs au droit des contrats, mais il pèche par académisme. La réalité du processus contractuel ne peut, en effet, sans un certain artifice, être enfermée dans une telle subdivision. Par ailleurs, on ne comprend pas pourquoi les règles sur l'interprétation font chapitre à part, alors que tout conduit à les intégrer dans la subdivision qui énonce les règles qui gouvernent les effets du contrat.

Ensuite, en raison de leur importance pratique, on regrettera de ne pas trouver la moindre trace de règles sur les modalités des obligations, notamment sur les conditions et le terme. Certes, on nous répliquera que ces modalités peuvent affecter une obligation quelle que soit sa source et qu'elles n'ont donc pas leur place dans un opus consacré au seul droit des contrats. L'argument semble excessivement académique ; l'examen des décisions rendues à propos de ces modalités suffit à convaincre que les obligations conditionnelles ont pratiquement toujours une origine contractuelle. Dans le même ordre d'idées, on peut légitimement déplorer le silence assourdissant à propos de la durée des contrats, quand on sait les difficultés et les incertitudes qui règnent en matière de renouvellement, de prorogation et de tacite reconduction des contrats à durée déterminée.

Enfin, toujours dans cette perspective d'un droit des contrats en prise avec les réalités pratiques et les évolutions économiques, on peut regretter le classicisme qui irrigue la section sur les effets du contrat à l'égard des tiers. Section conçue autour de la figure dépassée du contrat isolé et du principe de l'effet relatif, impuissant à régir seul les relations extérieures du contrat. En effet, comme l'avait parfaitement compris le regretté Jean-Luc Aubert, l'article 1165 « est le texte d'un moment : celui de la formation du contrat » [65]. Dès lors, passé ce stade du processus contractuel, d'autres règles interfèrent, complètent ou se substituent au principe de l'effet relatif. Pour embrasser l'ensemble des effets que le contrat déploie à l'égard des tiers, il aurait donc été opportun d'énoncer des règles relatives au contrat conclu, en cours, inexécuté et anéanti, à l'égard des tiers. Par ailleurs, il aurait été judicieux, outre ceux d'un contrat isolé, de régir les effets du contrat lorsqu'il est intégré dans un ensemble contractuel plus vaste. Dans cette perspective, il est dommage que la notion de contrat interdépendant et les conséquences juridiques qui lui sont attachées ne soient pas intégrées dans la section dont il s'agit, mais seulement évoquées dans un paragraphe sur la caducité.

---

60. Pour un témoignage récent d'un tel attachement, V. P. Catala, Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats, *Defrénois* 2008. 2365.

61. En ce sens, V. l'art. 59, qui dispose que « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ni par son contenu ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non, par toutes les parties », ainsi que l'art. 63 qui énonce que « Les libéralités sont nulles, de nullité relative, en l'absence du motif qui a déterminé leur auteur à disposer ».

62. En ce sens, V. l'art. 61, aux termes duquel « Lorsque, dans un contrat synallagmatique, l'une des obligations est sans objet, l'obligation corrélative est nulle de nullité relative ».

63. *Contra*, F. Chénedé, L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif, *CCC* 2008, étude n° 11.

64. Ces chapitres constituent les chapitres 2 et 3, le premier enferme les dispositions générales.

65. J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, Les obligations, 1. L'acte juridique, Sirey, 2008, spéc. n° 423.

Annexe 3 – Boffa R., Juste cause et injuste clause. Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats, D. 2015. 335

L'essentiel

La réforme du droit des obligations est en marche. S'il est possible de se réjouir de la cure de jouvence dont va bénéficier la matière, il est aussi permis de penser que certains remèdes proposés par le projet ne sont pas satisfaisants. Afin de contribuer au débat, l'étude, limitée au droit des contrats, souligne que deux innovations sont contestables. Il s'agit de la suppression de la cause, qui apparaît injustifiée et dommageable, et de l'introduction généralisée de la clause abusive, qui semble excessive et dangereuse. Derrière ces deux questions techniques, c'est au fond une certaine conception du droit civil français qui est en jeu.

1 – Disons-le d'emblée : il n'est pas ici question de critiquer le principe même de la réforme du droit des obligations, ni même sa méthode – le recours à l'ordonnance –, et ce, pour deux raisons. Premièrement, la réalité commande de moderniser et de réformer un titre III qui ne reflète plus le droit des obligations du XXIe siècle, ni même du XXe. Or une telle œuvre peut difficilement être entreprise dans le cadre d'un débat parlementaire au long cours. Il faut donc se réjouir que la Chancellerie ait remis le travail sur le métier, après tant de tentatives avortées. Deuxièmement, il est malheureusement trop tard pour se plaindre de ce processus de marche forcée [66]. Que la doctrine le veuille ou non, si l'Assemblée nationale donne son habilitation au gouvernement malgré les résistances du Sénat, le gouvernement sera constitutionnellement autorisé à réformer, depuis un cabinet ministériel, notre droit des obligations [67]. Il paraît en revanche utile, pour contribuer au débat, de critiquer le contenu même du texte proposé par la Chancellerie [68].

2 – Si on se limite au droit des contrats [69], le projet, qui s'inscrit dans un objectif de simplification et de modernisation du droit des obligations, atteint parfaitement sa cible lorsqu'il consolide les solutions dégagées par la jurisprudence et la doctrine dans le silence du code de 1804 : liberté contractuelle, rencontre des volontés, détermination unilatérale du prix dans les contrats-cadres... Tout cela n'est pas nouveau, ce qui justifie d'ailleurs le recours à l'ordonnance pour inscrire dans le marbre de la loi des solutions que nul n'ignore aujourd'hui. De même, lorsque le projet propose de revenir sur des solutions jurisprudentielles comme sur la promesse unilatérale ou la révision pour imprévision, il s'agit, après tout, de choix de politique juridique qui n'ébranlent pas le coeur même de la matière. Les notions sont les mêmes, ce sont simplement les solutions qui changent. La structure même de notre droit des contrats n'est pas en cause.

3 – En revanche, le projet contient deux véritables révolutions dont on voudrait montrer qu'elles constituent une régression pour notre « inestimable code civil ». Il s'agit de la suppression sans réserve de la cause et de l'introduction sans réserve de la clause abusive. Les deux phénomènes sont d'ailleurs liés, puisqu'il s'agit, dans les deux cas, d'un processus d'acculturation du code civil français. On supprime ce qui est trop français, la cause (I), et on introduit pour tous les contrats ce qui n'a à première vue rien à voir avec le droit civil, la clause abusive (II). On voudrait montrer par les lignes qui suivent que, dans l'un et l'autre cas, c'est la culture même du droit civil français qui est en jeu.

I – De la suppression de la cause

4 – Le projet proposé par le Chancellerie est un requiem pour la cause. Si demain ce texte devait être adopté, trois conditions seraient nécessaires à la conclusion d'un contrat : « 1. Le consentement des parties ; 2. Leur capacité de contracter ; 3. Un contenu licite et certain ». L'objet et la cause fusionnent sous une bannière commune : le contenu.

5 – Regretter la suppression de la cause [70], n'est-ce pas se poser en juriste gaulois passéiste ? On entend déjà l'exaspération de ceux qui dénoncent l'incapacité des juristes français à regarder devant et au-delà des frontières hexagonales. Militer pour le maintien de la cause, n'est-ce pas un combat d'arrière-garde ? À ce stade, une remarque liminaire s'impose. Nul ne saurait supprimer sans conscience et sans débat d'un trait de plume une notion qui fait partie de notre culture millénaire. Si Portalis exhortait le législateur à avoir la main qui tremble au moment de réformer les lois, cette main doit trembler encore un peu plus s'agissant de la cause [71].

66. V., pour une critique du recours à l'ordonnance, J.-L. Harouel, G. Teboul et O. Tournafond, Le droit des contrats réformé par ordonnance, D. 2014. 1099.

67. On doit toutefois réserver l'exercice par le Conseil constitutionnel de son contrôle de constitutionnalité, notamment sous l'angle de la compétence du législateur.

68. Version du 23 oct. 2013.

69. Il y aurait également beaucoup à dire sur la réforme du régime des obligations et de la preuve. V. not., regrettant l'insuffisance de la réforme, E. Vergès, La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer, D. 2014. 617.

70. L'objet, lui, ne disparaît pas totalement. On le retrouve notamment à l'art. 70 : « l'obligation a pour objet une prestation présente ou future ».

71. V. déjà, pour des plaidoyers en faveur de la cause à l'occasion du précédent projet de la chancellerie, O. Tournafond, Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français, D. 2008. 2607 ; A. Ghozi et Y. Lequette, La réforme du droit des contrats, D. 2008. 2609.

6 – Pourquoi alors supprimer la cause ? L'antienne est connue. Il conviendrait de se débarrasser de la cause, cette notion insaisissable que les droits étrangers ignorent superbement. Surtout, les fonctions traditionnelles de la cause ont été consacrées dans le projet : nullité du contrat dépourvu de contrepartie, remise en cause des clauses limitatives qui contredisent la portée d'une obligation essentielle... La suppression de la cause ne serait pas préjudiciable, puisque les solutions dégagées par la jurisprudence sont consolidées. Malgré les services inestimables que cette notion a rendus à la justice et à la morale contractuelles, il est aujourd'hui temps de s'en séparer et de ne conserver que ses applications techniques.

7 – Mais ces deux arguments sont critiquables. À l'examen, la suppression de la cause, au nom de la simplification et de la modernisation du droit, n'est nullement nécessaire. Pire, la consécration de ses applications ne parvient pas à combler le vide qui serait laissé par la disparition de la cause. En d'autres termes, la suppression de la cause est à la fois injustifiée (A) et dommageable (B).

A – Une suppression injustifiée

8 – Le projet de réforme s'inscrit dans un objectif affiché de simplification et de modernisation du droit, ce qui justifierait la suppression de la cause. Notion complexe, impossible à appréhender, la cause ne résiste pas à la nécessité de simplifier le droit. Notion passéiste et ignorée d'autrui, la cause ne passe pas l'épreuve de la modernité. Il convient alors de rappeler que la cause est à la fois une notion technique et moderne, de sorte que ni la simplification, ni la modernisation ne justifient sa suppression.

9 – La cause est une notion technique, contrairement par exemple à la bonne foi, que les auteurs du projet entendent pourtant promouvoir au rang de principe directeur. Elle remplit deux fonctions distinctes. Protéger le contractant contre un engagement dépourvu de rationalité, et protéger la société contre des buts illicites. À ces deux fonctions de la cause répondent deux définitions, l'une objective, l'autre subjective. Au nom de la sécurité juridique, l'existence de la cause est appréciée de manière objective, tandis qu'au nom de l'ordre public, la licéité de la cause s'apprécie au regard des mobiles déterminants poursuivis par l'un des contractants, même s'ils ne sont pas entrés dans le champ contractuel [72]. En quoi un tel système est-il insaisissable ? Certes, on soulignera que, dans certains cas, la jurisprudence a retenu une conception subjective de la cause au plan de son existence, mais il s'agit, en réalité, soit de fausses exceptions [73], soit d'exceptions parfaitement bornées [74]. Dans ces conditions, on ne peut pas, de bonne foi, prétendre que cette conception dualiste de la cause n'est pas solidement ancrée dans notre droit et donc parfaitement intelligible et accessible. D'ailleurs, le projet révèle son embarras au moment de supprimer la cause. Ainsi, la sous-section 3 consacrée au « contenu du contrat » commence par un article 69, relatif à l'illicéité du contrat, rédigé en ces termes : « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but [75], que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Il est piquant d'observer que le « contenu du contrat » voit sa licéité contrôlée par référence au but qui n'est pas contenu dans le « contenu du contrat »... Il existe donc dans le projet un concept de but, extérieur au seul contenu du contrat, à partir duquel la licéité du contrat doit être appréciée. Mais le but, n'est-ce pas la cause ? Est-il donc vraiment plus simple de supprimer la cause ? La simplification est en trompe-l'oeil.

10 – Qu'en est-il de la modernité ? Là encore, les apparences sont trompeuses. La cause est une notion moderne. Si elle puise ses racines dans le droit canonique [76] – ce qui n'est d'ailleurs pas un défaut –, la cause est en phase avec les dernières évolutions du droit des obligations. À s'en tenir au contrat synallagmatique, la cause renvoie, dans sa

---

72. V. M. Grimaldi, Droit civil, Libéralités, Partage d'ascendants, Litec, 2000, n° 1250 : « la cause du contrat est, peut-on dire, extrinsèque à la convention, alors que la cause de l'obligation lui est intrinsèque : pour découvrir la première, il faut considérer l'environnement contractuel, les circonstances de l'affaire, alors que pour trouver la seconde, il suffit de scruter le contrat, les obligations qu'il fait naître ».

73. On songe notamment à la célèbre séquence Chronopost. Contrairement à ce qu'on a pu écrire parfois, il ne s'agit pas d'intégrer dans la cause des éléments extérieurs aux stipulations du contrat. Il s'agit simplement d'avoir une conception concrète de la contrepartie convenue, et d'éradiquer les clauses qui viennent priver de portée une telle contrepartie.

74. On pense aux libéralités, pour lesquelles la jurisprudence prend parfois en compte le mobile déterminant poursuivi par le disposant. Mais la solution s'explique par l'idée que l'acte repose fondamentalement sur la volonté du disposant, lequel souscrit un engagement qui l'appauvrit. Il en va encore ainsi dans les ensembles contractuels. La Cour de cassation s'est ainsi fondée sur la cause pour créer un lien d'indivisibilité entre deux conventions, ce qui implique de dépasser la recherche de la contrepartie propre à un contrat considéré (V. not. Civ. 1re, 4 avr. 2006, n° 02-18.277, D. 2006. 2656, note R. Boffa, et 2638, obs. S. Amrani-Mekki ; RTD civ. 2007. 105, obs. J. Mestre et B. Fages). Mais deux remarques peuvent être faites. En premier lieu, la Cour de cassation prend soin de ménager la sécurité des transactions, en exigeant que le but soit connu de l'autre partie. En second lieu, il ne s'agit pas de prendre en compte n'importe quel mobile, mais seulement ceux qui sont afférents à l'utilité même de la chose pour le contractant.

75. Nous soulignons.

76. La notion n'était pas inconnue du droit romain, mais elle était envisagée comme la cause efficiente du contrat, c'est-à-dire le fait générateur du contrat. Le droit romain des contrats, formaliste, ne s'intéresse que de manière secondaire à la cause finale. Ce sont les juristes de droit canon qui, rejetant le formalisme du droit romain, ont élaboré la notion de cause finale, au nom de l'équité (connexité des obligations dans les contrats synallagmatiques) et de la morale (licéité du but poursuivi). V., sur cette question, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Les obligations, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 335.

conception objective, à la contrepartie convenue [77]. La doctrine anti-causaliste ne manque alors pas de relever que la cause fait doublon avec l'objet, puisqu'il s'agit de vérifier que l'obligation réciproque a un contenu. Mais rien n'est moins sûr. Le grand mérite de la cause est d'envisager, sous l'angle de la contrepartie, l'obligation, non pas du point de vue du débiteur de l'obligation, mais du point de vue de son créancier. Quels sont les éléments sans lesquels un contractant normalement rationnel ne se serait pas engagé ? Quelle est l'importance de telle obligation pour l'autre partie ? Lorsqu'un contrat de vente comporte un prix dérisoire, l'acheteur s'engage bien à quelque chose. Le contrat a un contenu. Simplement, si la nullité est encourue, c'est parce qu'une telle contrepartie dérisoire ne correspond pas aux attentes légitimes d'un vendeur rationnel, créancier du prix. Inversement, un prix dérisoire peut être parfaitement rationnel, dès lors qu'il est compensé par d'autres éléments qui confèrent une raison d'être à l'engagement du vendeur [78].Lorsqu'une clause limitative porte sur une obligation, son invalidité n'est encourue que lorsque l'obligation vient contredire la portée d'une obligation essentielle, parce que l'engagement du créancier de l'obligation est alors dépourvu de rationalité. On pourrait multiplier les exemples. La cause est au coeur de ce mouvement contemporain de prise en compte des attentes légitimes du créancier d'une obligation. En cela, elle ne fait pas doublon avec la théorie des vices du consentement, et notamment l'erreur [79]. Il ne s'agit pas, en effet, d'éprouver la conformité du consentement donné par un contractant à la réalité, mais de contrôler la rationalité objective de l'acte [80]. La cause s'inscrit dans cette idée qu'il n'est pas socialement admissible qu'un engagement dépourvu de rationalité soit juridiquement obligatoire. Pour autant, la cause n'est pas attentatoire à la sécurité juridique ou à la liberté contractuelle [81], puisque ce n'est pas le déséquilibre des prestations qui est sanctionné, mais l'absence de cause. Par où l'on voit que la cause n'intervient que dans des cas exceptionnels, pour frapper les contrats privés de rationalité objective, au seul vu de leurs stipulations. En cela, la notion de cause, contrairement aux apparences, révèle une aspiration partagée par de nombreux systèmes juridiques, dont les pays anglo-saxons, sous l'angle de la notion de consideration [82].

11 – Le remplacement du concept de cause par celui de contenu marque, selon nous, une véritable régression du droit civil français. Le terme de contenu est, en effet, vide de sens [83]. Il n'exprime aucune idée, ne trace aucune perspective, puisque tout contrat a nécessairement un contenu. Il serait donc pour le moins regrettable que l'on n'ait plus, en droit français, de notion qui cristallise les grandes évolutions contemporaines du droit des contrats.

Mais il y a plus grave. Si le sacrifice de la cause sur l'autel de la simplification et de la modernité n'est nullement nécessaire, il est surtout dommageable.

B – Une suppression dommageable

12 – En opportunité, sur le strict terrain de l'attractivité du droit français, il n'est pas certain que la suppression de la cause fasse gagner des « parts de marché » au droit français. Cela a été montré, comment le droit français peut-il prétendre constituer une boussole dans le monde s'il se sépare des notions qui ont été reprises par nombre de pays étrangers [84]? Il faut donc nécessairement penser la disparition de la cause comme la fusion à venir des ordres juridiques nationaux en Europe [85]. De même, pour se limiter aux frontières hexagonales, il a été montré que la notion de cause contribuait à des échanges fructueux entre le droit privé et le droit public, dialogue qui n'aurait plus de vecteur si le projet était adopté en l'état [86]. Toutefois, c'est sur un terrain technique que l'on voudrait principalement se situer. Il s'agit de montrer que la suppression de la cause n'est pas neutre.

---

77. J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2008, spéc. nos 125 et 232.

78. V. not., Civ. 3e, 3 mars 1993, n° 91-15.613, RTD civ. 1994. 124, obs. P.-Y. Gautier; RTD com. 1993. 665, obs. C. Champaud et D. Danet, validant la vente d'un terrain pour un franc symbolique, motif pris que cette vente était une condition de réalisation d'une opération globale de cession d'entreprise, impliquant également une vente de bâtiments et une reprise des dettes. La contrepartie du terrain consistait alors non pas dans le franc symbolique, mais dans l'intérêt du vendeur à la réalisation de l'opération globale, « tant à titre personnel pour éviter les poursuites de ses créanciers, qu'à titre d'actionnaire de la société » transmise.

79.) Contra, X. Lagarde, Sur l'utilité de la théorie de la cause, D. 2007. 740. V., dans le même sens, L. Aynès, La cause, inutile et dangereuse, Dr. et patr. 2014, n° 240, p. 40.

80. V., pour une étude éclairante, T. Génicon, Dialogues entre la cause et la considération : à propos de la promesse rémunérée d'exécuter une prestation déjà due, in Mélanges Jauffret-Spinosi, Dalloz, 2013, p. 447 s.

81. Contra, L. Aynès, préc.

82. T. Genicon, art. prec., spéc. n° 38, avec la doctrine citée. V. égal., en droit allemand, la notion de fondement contractuel qui renvoie à la cause, G. Wicker, La réforme du droit français du contrat : de la cause à la causalité juridique, European Review of Contrat Law, 2009.

83. À tout prendre, la première version du projet de la Chancellerie de 2008, qui remplaçait la notion de cause par celle d'intérêt, présentait le mérite de conserver un contrôle général de la rationalité des actes juridiques.

84. V., en ce sens, A. Ghozi et Y. Lequette, art. préc.

85. V., favorables à la disparition de la cause au nom de la convergence des systèmes en Europe, F. Zenati et T. Revet, Cours de droit civil, Contrats, PUF, coll. Droit fondamental, 2014. Il est d'ailleurs patent que la cause brille par son absence dans les projets d'harmonisation en Europe. Mais cela n'est pas dirimant, l'objet des projets d'harmonisation étant de trouver un dénominateur commun, ce qui n'empêche pas les États de conserver des spécificités, liées à leur culture, leur tradition et leur histoire.

86. F. Chénedé, L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif, CCC 2008. Étude 11.

13 – Dans la sous-section 3 consacrée au « contenu du contrat », les rédacteurs du texte ont pris soin de consacrer les principales applications de la cause : nullité du contrat à titre onéreux lorsque, dès sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire (art. 75) ; invalidation de la clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur (art. 76). Pourquoi, dans ces conditions, se plaindre de la suppression de la cause ? À l'analyse, deux écueils sont prévisibles : celui de l'assèchement et celui de l'appauvrissement de notre droit des contrats.

14 – Il y a assèchement, parce que le texte conserve les applications, les ramifications, mais il les coupe de leur fondement, c'est-à-dire de la sève qui les abreuve. Le contrat devient un arbre mort, à tout le moins une momie figée. Quelle imagination pour le juge de demain face à l'apparition de nouveaux besoins nés de la pratique contractuelle ? Comme on a pu l'écrire, la grande vertu de la cause, c'est sa capacité d'adaptation : « il est, de surcroît, absolument certain que cette disparition privera, à l'avenir, le juge d'une notion flexible et performante à laquelle, au gré de l'apparition de nouveaux risques contractuels, il pourrait avoir recours pour les appréhender et les éradiquer » [87]. À l'inverse, le contenu du contrat renvoie à un catalogue de solutions particulières. Mais cela n'est pas la tradition du droit français, qui est de forger des grands principes et des grandes notions à partir desquels sont dégagées des solutions particulières. Il y a donc, incontestablement, un risque de glaciation du droit des contrats à travers la suppression de la cause. Une notion générale laisse sa place à une casuistique figée de solutions particulières, contraire à l'esprit du droit civil français [88]

15 – Mais ce n'est pas seulement le risque de glaciation qui est encouru. On peut encore craindre un appauvrissement de notre droit des obligations. En effet, la cause est remplacée dans le seul cadre des contrats onéreux, à travers la contrepartie convenue. Deux remarques s'imposent.

Premièrement, même si l'on se limite aux contrats onéreux, l'abandon de la cause se fait sentir. Déjà, tous les contrats onéreux ne sont pas nécessairement commutatifs, en ce qu'ils ne comportent pas tous une contrepartie envisagée comme l'équivalent de l'engagement du débiteur. La vaste catégorie des contrats aléatoires – contrats d'assurance, pacte tontinier, contrat de jeu, rente viagère... –, est structurée autour de cette idée fondamentale que l'engagement du contractant est causé par l'aléa. Ainsi, dans les contrats aléatoires, la nullité est encourue, non pas en raison du caractère dérisoire de l'une des obligations, puisque tel est le risque assumé par les parties, mais en raison de l'absence d'aléa réel lors de la formation du contrat [89]. Est-ce à dire qu'une telle jurisprudence devient caduque ? La caducité, justement, est une autre victime collatérale de la cause. On sait, en effet, qu'un acte juridique est susceptible d'être caduc lorsqu'il perd, en cours d'exécution, l'une de ses conditions de validité, et notamment sa cause [90]. Pourtant, si la caducité est consacrée par le projet, elle l'est en ces termes : « le contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments constitutifs disparaît » (art. 94). Si la cause est supprimée, il n'est plus possible que sa disparition en cours d'exécution entraîne la caducité du contrat, puisqu'il ne s'agit plus d'un élément constitutif. Dans ces conditions, la suppression de la cause met fin, sous réserve de l'hypothèse des contrats interdépendants qui est spécialement envisagée plus loin (art. 94, al. 2), à la caducité d'un acte juridique pour disparition de sa cause [91]. Enfin, la notion de contrepartie correspond au modèle du contrat-échange. Mais des études récentes ont montré que la cause ne renvoyait pas à la même réalité dans les contrats de coopération ou les contrats-organisation, structurés autour d'un projet commun [92].

16 – Deuxièmement, l'univers des actes juridiques ne se réduit pas, loin s'en faut, aux contrats onéreux. La cause est une notion présente dans les contrats gratuits. On songe à la cause du cautionnement, ou encore de la donation. Mais la cause n'est pas même propre au contrat : que dire des actes ou engagements unilatéraux ? Là encore, le remplacement de la cause par des solutions particulières propres aux contrats onéreux se traduit par un assèchement du droit commun. De ce point de vue, le projet ne contient pas un droit commun des actes juridiques, mais un droit spécial des contrats onéreux. L'intérêt majeur de la cause était de rassembler, sous une notion commune, l'ensemble des engagements juridiques. Parce que l'être humain agit dans la perspective d'un but, il était légitime d'introduire un contrôle de la rationalité de l'acte sous l'angle de la cause. C'est, en quelque sorte, l'esprit français – un principe général de rationalité applicable à tous les actes juridiques – qui s'évanouit subitement.

---

87. D. Mazeaud, Droit des contrats, réforme à l'horizon, D. 2014. 291, n° 8.

88. V., en ce sens, M. Cottet, L'abandon de la cause : quels outils pour contrôler l'équilibre contractuel ?, colloque, Lille, 2 juill. 2014, à paraître in RJ com.

89. V., par ex., pour la rente viagère, Civ. 1re, 16 avr. 1996, n° 93-19.661, D. 1996. 584, note Y. Dagorne-Labbe ; 5 mai 1982, n° 81-11.821 (revenus du bien aliéné moyennant versement d'une rente viagère supérieurs aux arrérages) ; Civ. 3e, 2 févr. 2000, n° 98-10.714 (connaissance par le débirentier de la gravité de l'état de santé du vendeur), AJDI 2001. 170, et 171, obs. F. Cohet-Cordey ; RDI 2000. 196, obs. J.-C. Groslière ; 12 juin 1996, n° 94-16.988 (certitude du débirentier d'obtenir un bénéfice très au-delà de l'espérance de vie des crédirentiers). C'est pourquoi, d'ailleurs, l'avant-projet Catala réservait les contrats aléatoires (art. 1125-3).

90. Une telle caducité ne peut être encourue en présence d'une inexécution de l'obligation contractuelle. V., en ce sens, R. Chaaban, La caducité des actes juridiques, préf. Y. Lequette, LGDJ, t. 445, 2006, p. 121 s.

91. Toutefois, la Cour de cassation refuse de tenir compte, à raison selon nous, de l'absence de rentabilité de l'opération au cours de l'exécution du contrat : Com. 18 mars 2014, n° 12-29.453, D. 2014. 1915, note D. Mazeaud ; AJCA 2014. 78, obs. J. Dubarry; RTD civ. 2014. 884, obs. H. Barbier; RDC 2014. 345, obs. Y.-M. Laithier. Mais la caducité pour disparition de la cause peut exceptionnellement intervenir, notamment dans les libéralités (R. Chaaban, op. cit.).

92. S. Lequette, Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, th. Paris II, 2012 ; F. Chénedé, Les communications en droit privé, Contribution à la théorie générale de l'obligation, préf. A. Ghozi, Economica, 2008.

La suppression de la cause ne peut qu'être regrettée. Mais les regrets deviendront très vite des remords si demain le projet devait, dans le même temps, introduire dans notre code civil la clause abusive.

II – De l'introduction de la clause abusive

17 – L'introduction de la clause abusive, telle est la deuxième révolution annoncée de notre droit des contrats. Un article 77 est rédigé en ces termes : « une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ». Il s'agit du phénomène inverse de celui qui a présidé à la disparition de la cause. C'est ici l'induction qui a les honneurs de la loi. Après avoir supprimé une notion générale qui éclairait des applications particulières, le projet entend consacrer en droit commun la notion de clause abusive qui n'existait alors que dans des législations spécialisées.

À l'examen, une telle introduction de la clause abusive dans le code civil est non seulement excessive (A), mais aussi dangereuse (B) [93].

A – Une introduction excessive

18 – L'article 77 révèle combien, par la technique des petits pas, une institution dérogatoire se répand par contamination dans l'ensemble du droit privé jusqu'à devenir une notion fondamentale. Chacun sait que la législation sur les clauses abusives est née en droit de la consommation, par la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978. Le caractère abusif de la clause était alors entendu strictement, puisqu'il supposait, outre l'existence d'un avantage excessif – élément objectif –, l'existence d'un abus de puissance économique – élément subjectif. Il s'agissait ainsi d'instaurer dans les rapports entre le professionnel et le consommateur une justice minimale, en évitant que le professionnel tire profit de sa supériorité économique pour imposer au consommateur un avantage excessif. En d'autres termes, la clause abusive ne visait pas à corriger un déséquilibre contractuel, mais à châtier un abus de domination, ce qui explique que seuls les contrats d'adhésion aient été visés. Mais la loi n° 95-96 du 1er février 1995, reprenant la nouvelle définition de la directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993, a totalement changé la perspective. Désormais, la clause abusive est, aux termes de l'article L. 132-1 du code de la consommation, celle qui a pour objet ou pour effet « de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». On le voit, le déséquilibre s'apprécie au regard du contenu du contrat – même si la lésion est exclue – et peut être sanctionné dans les contrats de gré à gré conclus entre un professionnel et un consommateur. Parallèlement, la Cour de cassation, réalisant un véritable « coup d'État jurisprudentiel [94], a permis au juge de sanctionner des clauses abusives en l'absence de tout décret [95]. La prohibition des clauses abusives, qui devait s'apparenter à un catalogue réglementaire, est devenue un principe innervant tout le droit de la consommation.

19 – Ainsi élargies, les clauses abusives se sentaient sans doute trop à l'étroit dans le droit de la consommation. C'est pourquoi le législateur a ensuite cru bon de consacrer la notion de déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels, sous l'angle de la responsabilité. Ainsi, l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce, issu de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, prévoit qu'engage la responsabilité de son auteur le fait par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Une telle extension repose sur le constat que les professionnels peuvent, tout comme les consommateurs, être placés dans une situation de dépendance ou d'infériorité (sous-traitants, franchisés). Pour autant, le législateur n'a ni limité la protection aux contrats de dépendance, ni réservé les contrats d'affaires négociés entre les parties, pour lesquels il est très souvent illusoire de rechercher une clause abusive [96]. L'introduction de la clause abusive dans le code civil serait donc la dernière étape de cette évolution. Il conviendrait de consacrer, en droit commun, un principe d'interdiction des clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

20 – Qu'il soit permis de penser que la clause abusive n'a pas sa place dans le code civil, du moins pas en des termes si généraux. On ne peut, en effet, faire coexister, comme le fait le projet, le principe de la liberté contractuelle

93. V., favorable à cette introduction, N. Dissaux, Les clauses abusives, pour une extension du domaine de la lutte, Dr. et patr. 2014, n° 240, p. 53 ; contra, P. Stoffel-Munck, Les clauses abusives, on attendait Grouchy, Dr. et patr. 2014, n° 240, p. 56.

94. J. Carbonnier, Droit civil, t. 4, PUF, 22e éd., 2000, n° 83.

95. Civ. 1re, 14 mai 1991, n° 89-20.999, D. 1991. 449, note J. Ghestin, et 320, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1991. 526, obs. J. Mestre; RTD com. 1992. 227, obs. B. Bouloc; JCP 1991. II. 21673, note G. Paisant.

96. V. J. Mestre, Rapport de synthèse, in Les clauses abusives entre professionnels, p. 161-162, qui relève que ces contrats sont constitués « d'un enchevêtrement de droits et d'obligations tel qu'il est dangereux d'isoler une clause de son contexte général, de procéder au dépeçage du contrat. Souvent une clause a priori abusive trouvera son explication et sa justification dans une clause qui sera son opposé ».

et le principe d'interdiction des clauses abusives. Comme on a pu l'écrire, « le déséquilibre est la rançon de la liberté » [97]. Classiquement, le contrat se structure autour de la rencontre libre entre deux volontés éclairées. Il n'appartient pas, dans ces conditions, au juge de parvenir à un équilibre, lequel constitue une chimère inatteignable, mais de faire produire effet à la volonté des parties, dès lors qu'aucun principe d'ordre public n'est menacé. Ainsi, la législation sur les clauses abusives en droit de la consommation tire sa légitimité de ce que précisément le contrat conclu entre un professionnel et un consommateur n'est pas le fruit de la libre volonté des parties : « ce qui fonde la protection du consommateur, c'est que lors de la conclusion du contrat, il ne peut pas, en raison de sa situation économique, sociale, voire intellectuelle, négocier librement le contenu du contrat, celui-ci étant unilatéralement déterminé par le professionnel » [98]. Le droit de la consommation est un mécanisme de compensation de l'infériorité présupposée du consommateur. Et, de fait, les clauses déclarées abusives par le pouvoir réglementaire – liste noire ou liste grise – ne sont pas en elles-mêmes abusives : c'est parce qu'elles sont défavorables au consommateur que ces clauses sont éradiquées. De même, s'agissant de l'article L. 442-6, I, 2°, il ne s'agit pas d'introduire une police des clauses, mais de sanctionner, par le biais de la responsabilité, un comportement anticoncurrentiel [99]. Une telle responsabilité repose sur une faute, entendue comme le fait de « soumettre » son partenaire à un déséquilibre significatif. Finalement, dans les deux cas, la loi intervient pour réintroduire une once de liberté dans une relation contractuelle au sein de laquelle s'est instauré un rapport de domination.

21 – Par hypothèse, une telle justification fait totalement défaut en présence d'un contrat structurellement équilibré. Dans ce cas, il n'y a aucune raison de corriger un déséquilibre significatif entre deux contractants anonymes, placés sur un pied d'égalité. Et ce, d'autant plus que, dans le même temps, l'article 50 du projet consacre l'abus de faiblesse en tant que vice de violence : « il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse ». Il est alors parfaitement légitime, sous l'angle de la protection du consentement, de permettre l'intervention du juge. Mais, en dehors de cette hypothèse particulière, au nom de quel principe supérieur le juge peut-il substituer sa vision de l'équilibre contractuel à celle des contractants, dès lors que ceux-ci ont exprimé un consentement libre et éclairé ? Il apparaît donc fondamental de limiter la portée de l'article 77 aux seuls contrats d'adhésion [100]. C'est au fond là que réside la légitimité de l'intervention du juge : ce dernier ne peut substituer son appréciation à celle des parties lorsque celle-ci n'a pas véritablement eu lieu, faute de pouvoir symétrique de négociation de l'accord. On retrouverait alors une distinction fondamentale entre les contrats structurellement équilibrés et les contrats structurellement déséquilibrés [101]. C'est ce que font d'ailleurs les projets d'harmonisation en Europe, tandis que le projet français l'applique à tous les contrats [102]. Sans cette nécessaire limite, les dangers de l'introduction de la clause abusive dans le code civil sont patents.

B – Une introduction dangereuse

22 – Introduire en ces termes la clause abusive dans le code civil, c'est assumer que tous les contrats conclus par tous les contractants sont susceptibles d'être rééquilibrés par le juge en présence d'un déséquilibre significatif : de la convention d'indivision familiale, au prêt entre deux banques, en passant par le contrat de société. Qu'il s'agisse d'un contrat commutatif, distributif, organisation, échange, alliance, nommé, innommé, gratuit, onéreux, aléatoire, négocié ou non, la clause abusive pourra être guettée par l'une des parties en mal de litige contractuel. Cette perspective prend des allures de vertige. Le risque d'atteinte à la sécurité des transactions et à la force obligatoire des contrats est en outre décuplé par les zones d'ombre qui entourent la notion de clause abusive. On peut alors craindre deux dangers majeurs, celui de l'incertitude, et celui du désordre.

23 – Le risque de l'aléa judiciaire est patent. En droit de la consommation, le juge est confronté à une pratique contractuelle standardisée, où fleurissent les clauses types qui viennent se greffer sur des opérations économiques assez simples, consistant dans des ventes de biens ou de services. Dès lors, il est possible pour le pouvoir réglementaire d'introduire des listes de clauses abusives, en fonction de la gravité de l'atteinte au droit des consommateurs. De même, lorsque la jurisprudence est amenée à se prononcer sur une clause en dehors des prévisions réglementaires, la solution posée peut être transposée à des conventions types de même nature. On est alors en présence

97. D. Mazeaud (dialogue avec T. Genicon), Protection des professionnels contre les clauses abusives, RDC 2012. 276.
98. D. Mazeaud, art. préc.
99. Il n'en va ainsi que pour certaines clauses particulières, visées à l'art. L. 442-6, II, et frappées de nullité.
100. V., en ce sens, l'art. 1122-2 de l'avant-projet Catala, qui réserve la clause non négociée.
101. Sur cette distinction, V. F. Zenati et T. Revet, op. cit., n° 4.
102. Ainsi, les projets européens envisagent l'inefficacité des seules clauses particulières n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle, dans le cas où celles-ci instilleraient dans le contrat « un déséquilibre significatif des droits et obligations des parties » (art. 4.110 PDEC ; art. 30-4 avant-projet de code européen des contrats ; art. II-9 :409 DCFR).

d'arrêts de règlement [103]. Il existe au fond un parti pris – l'intérêt du consommateur – et un terreau – une pratique contractuelle standardisée – qui permettent de conférer à la clause abusive une certaine prévisibilité. Mais une telle logique de masse fait défaut en droit commun. Une même clause, relative par exemple à l'inversion de la charge de la preuve, ou au pouvoir de résiliation du contrat, ne crée pas, en elle-même, un déséquilibre significatif. Tout dépend, au fond, de la nature du contrat, des autres stipulations contractuelles et de la qualité des parties. Dès lors, il est structurellement impossible d'identifier en amont les critères du déséquilibre significatif. Certes, le juge pourra s'appuyer sur des indices, comme le degré de négociation du contrat, la réciprocité du pouvoir contractuel, mais sa solution sera nécessairement enfermée dans les limites contingentes d'un litige particulier. Il est dès lors à craindre que la Cour de cassation ne puisse, en présence d'une notion floue – le déséquilibre significatif – et de conventions sur mesure, exercer un réel pouvoir de contrôle sur les juges du fond. C'est ainsi la sécurité juridique des transactions qui est menacée, celle-là même qui justifierait la suppression de la cause...

24 – Mais c'est aussi la menace du désordre qui est bien réelle. Comment articuler la clause abusive du code civil avec les autres mécanismes protecteurs issus des législations particulières ? On songe aussitôt à invoquer la célèbre règle specialia generalibus derogant. Dès lors que les parties se trouvent dans le domaine d'application de la loi spéciale, le recours au droit commun sera exclu. Ce n'est pas certain. Il a été montré que l'éviction du droit commun n'était encourue que lorsque les finalités des règles étaient incompatibles [104]. Or le recours au droit commun est parfois plus protecteur que ne l'est la loi spéciale. Que l'on songe aux conditions potestatives, à la clause compromissoire ou à la clause pénale, qui sont simplement présumées abusives en droit de la consommation [105], alors qu'elles sont interdites ou très encadrées en droit commun. Pourra-t-on, dans ces conditions, recourir à l'article 77 du projet de réforme, pour désactiver la possibilité pour le professionnel de rapporter la preuve contraire, laquelle n'est pas prévue par le texte ? Qu'en est-il par ailleurs de l'office du juge en la matière ? On sait que, depuis la loi Hamon n° 2014-344 du 17 mars 2014, l'article L. 141-4, alinéa 2, du code de la consommation, se pliant aux exigences de la Cour de justice de l'Union européenne, énonce que le juge « écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat ». Il en ressort deux conceptions de l'office du juge : en droit commun, la clause abusive est désactivée à la demande du contractant lésé, tandis qu'elle doit être éradiquée d'office par le juge en droit de la consommation. Une telle dualité est-elle satisfaisante, alors même que les définitions de la clause abusive sont censées être communes ? En outre, là où le code de la consommation répute non écrite une clause abusive, celle-ci est « supprimée » en droit commun. Or, pour supprimer une clause, encore faut-il qu'elle ait déjà existé... Enfin, le professionnel qui se situe dans le domaine d'application de l'article L. 442-6, I, 2°, pourra-t-il cumuler la mise en œuvre de la responsabilité de son partenaire avec l'éradication de la clause ? Ce serait permettre une forme de nullité partielle assortie de dommages-intérêts, comme il en existe en matière de dol ou de violence, alors même que le consentement n'a pas été vicié. On le voit, le texte créerait de nombreux désordres, qui risquent de nuire à l'attractivité du droit français [106].

25 – En définitive, il faut espérer que le législateur revienne sur ces deux profonds bouleversements de notre droit des contrats. La cause, qui incarne une justice minimale mais prévisible, devrait être une notion générale, tandis que la clause abusive, qui s'inscrit dans une justice contingente et moins sûre, devrait être cantonnée à certaines hypothèses particulières. Ainsi, il est encore temps de sauver la cause, et avec elle, une certaine conception du droit civil des contrats.

103. V., pour cette expression, P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Les obligations, 6e éd., Defrénois, 2013, n° 754.

104. C. Goldie-Genicon, Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, préf. Y. Lequette, LGDJ, t. 509, 2009, n° 393, qui s'appuie sur une règle de conflit fondée sur l'antinomie : « les contrats, lorsqu'ils sont soumis à des règles particulières, demeurent soumis aux règles communes gouvernant les contrats, pourvu qu'il n'y ait pas d'antinomie entre ces règles communes et ces règles particulières ».

105. Art. R. 132-2 c. consom.

106. V., en ce sens, P. Stoffel-Munck, préc.

Index alphabétique

Bonne foi : 10 s.

Droit européen : 17 s.

Fondements contrat : 5 s.

Justice contractuelle : 8

Liberté contractuelle : 6 s.

Notion de contrat : 2 s.

Réforme : 5, 11, 19 s.

Solidarisme contractuel : 12
Sources contrats : 13 s.