

REGARDS (BIENVEILLANTS) SUR LE PROJET DE RÉFORME DU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS

NÉCESSAIRE ET ATTENDUE DEPUIS PLUS D'UNE DÉCENNIE, LA RÉFORME DU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS EST ENFIN ENGAGÉE : UN PROJET D'ORDONNANCE DU 25 FÉVRIER 2015 PRÉFIGURE LE DROIT NOUVEAU. DES AMÉLIORATIONS POURRONT Y ÊTRE APPORTÉES À LA SUITE DE LA CONSULTATION LANCÉE PAR LA CHANCELLERIE. MAIS L'ESSENTIEL EST AILLEURS : MÊME EMPREINT D'UNE EXIGENCE D'ÉQUILIBRE CHÈRE AUX DROITS DE TRADITION CIVILISTE, LE DROIT FUTUR SERA TOUT À LA FOIS PLUS ACCESSIBLE ET PLUS EFFICIENT (1).



PAR PHILIPPE DUPICHOT, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PARIS 1 (PANTHÉON-SORBONNE), SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE

Nécessité d'une réforme. – L'obsolescence du titre III («*Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*») du Code civil de 1804 n'est plus à démontrer. Construit en contemplation d'une France des champs et préindustrielle, notre code plie sous le poids des ans; il se devait d'être modernisé et adapté à une France des villes, largement postindustrielle et tertiaire. L'heure n'est plus à la nostalgie envers cette œuvre majeure; le législateur doit désormais y toucher d'une main assurée!

Les tares de notre code s'accumulent, en effet.

Viellissement, d'abord. Qui prétendra que les deux réformes qui lui ont été

apportées en plus de 210 ans auront suffi à le préserver des ravages du temps? La modération des clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires, en 1975 et 1985(2), et la réception des contrats sous forme électronique, en 2004 et 2005(3), n'auront pu à l'évidence répondre à la richesse des enjeux.

Ignorance, ensuite. Ainsi, des moments clés de la vie du contrat sont passés sous silence: le couple de l'offre et de l'acceptation n'a jamais eu dans le Code civil les égards dus à son rang, les avant-contracts n'y sont pas même définis(4) et la période précontractuelle n'intéresse guère... Nulle trace de la formation du contrat par punctuation dans notre

NOTES

(1) Cette conférence a d'abord été délivrée dans le cadre de l'Association Henri Capitant à Athènes (Groupe grec, 11 juin 2014, Institut hellénique de droit international et étranger) puis au Caire (Groupe égyptien, 23 juin 2014, Institut de droit des affaires internationales de Paris 1 au Caire). Également donnée à l'université Paris-Est Créteil (UPEC) le 18 décembre 2014, elle a été actualisée à la suite de la parution du projet d'ordonnance en date du 25 février 2015.

(2) L. n° 75-597, 9 juill. 1975, JO 10 juill., et L. n° 85-1097, 11 oct., 1985, JO 15 oct. (C. civ., art. 1152).

(3) L. n° 2004-575, 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique

(LCEN), JO 22 juin (C. civ., art. 1108-1 et 1108-2); Ord. n° 2005-674, 16 juin 2005, JO 17 juin (C. civ., art. 1369-1 et s.).

Les dispositions des articles 1108-1 et 1108-2 sont reprises aux articles 1174 et 1175 du projet d'ordonnance; celles des articles 1369-1 et suivants sont reprises dans une sous-section 4 («*Le contrat conclu par voie électronique*») aux articles 1126 à 1126-8 du même projet.

(4) L'article 1589 du Code civil n'y suffit pas. Outre qu'il ne concerne que la vente et pas les promesses synallagmatiques de contracter, il peine lui-même à distinguer la promesse de la vente définitive (à terme suspensif et/ou sous condition suspensive).

Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats

code! Pourtant, excepté l'achat effectué au quotidien chez un commerçant ou la commande d'un bien sur Internet, rares sont les contrats qui se concluent aujourd'hui sans négociation préalable... Cette ignorance du facteur temps dans la construction contractuelle n'est pas indifférente au développement d'une pratique anglo-saxonne des contrats d'affaires. Pourtant, son vocabulaire est riche en aberrations pour le civiliste. Y pullulent en effet des « offers » (« preliminary », « non binding ») qui ne sont pas des offres, faute de volonté de leur auteur d'être tenu en cas d'acceptation : l'offre « non binding » fait perdre aux juristes leur latin... À qui la faute? À un législateur qui n'a pas jugé utile d'investir le terrain de la définition de la pollicitation...

Renversement, encore. Notre droit des contrats s'est progressivement retourné contre les pères fondateurs du Code civil; au terme d'un curieux changement de paradigme, il n'est plus aujourd'hui un droit de tradition civiliste mais un droit prétorien. A ce titre, il cumule les inconvénients de la *civil law* (rigidité prétendue du fond à raison d'une forme codifiée) et de la *common law* (imprévisibilité et inaccessibilité). En effet, qui peut prétendre aujourd'hui avoir une vision du droit des contrats vivant à la lecture des quelque 296 articles qui, actuellement, composent la matière des contrats, de la preuve et du régime général des obligations? Personne! Magnifique ouvrage, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* est l'indispensable boussole sans laquelle le novice se perd dans les allées de dispositions dont le sens évolue sans cesse... Qui oserait s'aventurer dans la jungle contractuelle sans ce phare de la doctrine à ses côtés et sans l'appui de codes éditoriaux gagnant, année après année, en embonpoint à force de suivre les méandres des décisions de justice? Quelques spécialistes se comptant sur les doigts des deux mains... Voici que le droit des contrats est, après deux siècles, devenu une discipline de « sachsants », au rebours de la tradition démocratique continentale. Elle est devenue le DIP du droit interne, croulant sous des subtilités qui la rendent imprévisible.

Éclatement, enfin. Rongé de l'intérieur par une jurisprudence omniprésente,

notre code subit également des assauts de l'extérieur. Le droit commun des contrats est bousculé par l'importance croissante prise par les contrats spéciaux dont le contrat de vente, fertile en innovations, et les codes satellites de la consommation (prohibition des clauses abusives des articles L. 132-1 et suivants, et plus généralement protection du consommateur), de commerce (responsabilité pour soumission d'un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties de l'article L. 442-6, I, 2°), ou encore monétaire et financier (cessions simplifiées de créances). Le droit commun souffre tandis que les droits spéciaux soufflent le chaud et le froid; le titre III du Code civil se meurt...

Pour résorber ces inconvénients, le changement, ce doit être maintenant! Aussi, il importe que le droit français des contrats se modernise et qu'il puisse enfin se découvrir, de France et d'ailleurs, à la lecture d'un code rénové. Porte-étendard du droit privé, le droit des obligations contractuelles doit regagner l'attractivité qu'il a perdue au profit d'autres grandes nations de droit continental; on songe ici notamment à l'exemple du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) allemand, dont le Livre II relatif aux obligations a été profondément réformé en 2002 à la faveur notamment d'une consolidation de solutions prétoriennes et d'une remontée au droit commun des lois spéciales. L'impact de cette refonte sur le rayonnement du droit allemand milite en faveur d'un Code civil français 2.0 qui, seul, pourra lui rendre ses lettres de noblesse.

Genèse et sources d'inspiration de la réforme. – C'est pourquoi on saluera la détermination dont a fait preuve la Chancellerie pour remettre sur le métier un ouvrage qui faisait désormais figure d'Arlésienne. La réforme du droit des contrats n'était-elle pas devenue un authentique serpent de mer? On a tant crié « À la réforme, à la réforme! » depuis plus de dix années que l'on peine à se convaincre que le temps de celle-ci est à présent venu! Dès 2003, l'Association Henri Capitant exprima son souhait auprès du ministère de la Justice que les célébrations à

venir du bicentenaire du Code civil – qu'elle avait pour mission d'organiser avec la Cour de cassation – soient l'occasion de se tourner vers l'avenir et pas vers le seul passé, même glorieux, du Code civil. Et le président Jacques Chirac investit d'ailleurs officiellement Pierre Catala de sa confiance, le 11 mars 2004, lors des célébrations du bicentenaire en Sorbonne, à l'effet de réformer le droit des contrats.

Le législateur aurait-il été désemparé par la multiplication des initiatives concurrentes? Longtemps, il ne sut pas choisir entre l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription du 22 septembre 2005 (projet dit « Catala ») (5) et les projets de réforme du droit des contrats puis du régime général de l'obligation élaborés en 2008 et 2013 sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques (projets dit « Terré ») (6). Il est vrai que leurs philosophies ne sont pas les mêmes, le classicisme du premier contrastant avec l'audace du second (7)...

Il importait également que l'on s'ouvrit aux nombreux travaux européens et internationaux : Principes UNIDROIT, élaborés par l'Institut international pour l'unification du droit privé, publiés en 1994 et 2004; Principes du droit européen des contrats (PDEC), rédigés par la commission pour le droit européen des contrats (dite commission « Lando »), de 1995 à 2003; projet de Code européen des contrats (dit code « Gandolfi »), publié en 2000; ou encore Principes contractuels communs, élaborés par la Société de législation comparée et l'Association Henri Capitant, publiés en 2008.

La Chancellerie mit donc à plusieurs reprises son ouvrage sur le métier pour proposer une synthèse de ces

NOTES

- (5) En ligne sur www.henricapitant.org.
 (6) F. Terré (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », déc. 2008; F. Terré (dir.), Pour une réforme du régime général des obligations, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », avr. 2013.
 (7) V. D. Mazeaud, La réforme du droit français des contrats : trois projets en concurrence, in *Liber amicorum* Christian Larroumet, Economica, 2009, p. 329 et s.

diverses sources d'inspiration. Un premier projet élaboré en juillet 2008 fut largement diffusé et soumis à consultation, avant d'être amendé en mai 2009, amputé de « principes directeurs » ayant pu susciter l'émotion. Et c'est finalement à son corps défendant qu'un nouvel avant-projet daté du 23 octobre 2013, élaboré en interne par la Direction des affaires civiles et du Sceau, à l'initiative des magistrats François Ancel et Guillaume Meunier, fuita sur le site Internet des *Échos*, tronqué d'une page... Travail d'assemblage entre (beaucoup) de « Terré » et (un peu moins) de « Catala », assaisonné d'un zeste d'UNIDROIT et d'une pincée de PDEC, l'avant-projet du 23 octobre 2013 a été largement débattu. Les gazettes contractuelles tournèrent aussitôt à plein régime, la machine réformatrice se mit effectivement en branle et le calendrier législatif s'accéléra.

Remèdes prescrits sur ordonnance.

– Sensible à la dimension culturelle du droit des contrats, Mme Christiane Taubira, Garde des sceaux, déposa au Sénat le 27 novembre 2013 un projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, dont l'article 3 sollicitait une habilitation à légiférer par voie d'ordonnances en matière contractuelle, probatoire et de régime général des obligations. Car, en vertu de l'article 34 de la Constitution, c'est à la loi qu'il revient de déterminer les principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales.

Fallait-il s'émouvoir que l'on tentât ainsi de réformer l'ADN du droit privé sans passer par la voie parlementaire ? Nous ne le croyons pas. Lorsque la matière est techniquement ardue et peu « vendable » politiquement, le Parlement français remet volontiers son pouvoir de légiférer entre les mains du gouvernement... Cette relative démission du Parlement ne signifie nullement que les textes soient de piètre qualité : dans l'ensemble, la qualité formelle des ordonnances relatives à la filiation (4 juillet 2005), aux sûretés (23 mars 2006), à la saisie immobilière (21 avril 2006) ou encore à la fiducie (30 janvier 2009) a été saluée. Après

tout, le Code Napoléon, paradoxalement cité en exemple par les « anti-ordonnance », fut-il jamais le fruit d'une procédure parlementaire classique ? Certes pas. Il convenait donc de soigner les maux de la partie contractuelle de notre Code civil par prescription d'une ordonnance !

La résistance du Sénat n'en fut pas néanmoins féroce. Le 23 janvier 2014, M. Thani Mohamed Soilihi, rapporteur au Sénat du projet, refusa qu'une réforme de cette ampleur puisse se faire par ordonnance. À l'Assemblée nationale, au contraire, Mme Colette Capdevielle, batailla pour une habilitation rapide et donnée en première lecture le 16 avril 2014. Une commission mixte paritaire dut constater, le 13 mai 2014, que les positions des chambres haute et basse étaient inconciliables. Après une nouvelle lecture et le Sénat ayant confirmé le 22 janvier 2015 son refus d'habilitation, le gouvernement demanda, en vertu de l'article 45 de la Constitution, à l'Assemblée nationale de statuer définitivement. Aussi le gouvernement fut-il habilité, après quinze mois de discussion, à réformer le droit des obligations contractuelles par voie d'ordonnance aux termes de l'article 8 de la 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 (8). Saisi, le Conseil constitutionnel jugea cette habilitation conforme à la Constitution (9). La voie que l'on disait volontiers semée d'embûches était alors libre et la Chancellerie ne tarda pas à lancer officiellement, le 25 février 2015, une consultation sur un projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (10). Or, à quelques rares exceptions près, le projet d'ordonnance est identique à l'avant-projet du 23 octobre 2013 (11). Cette période de consultation s'est ouverte à l'attention des professions juridiques, des universitaires et praticiens jusqu'au 30 avril 2015 ; elle sera suivie de réunions interministérielles et d'une consultation du Conseil d'État. L'ordonnance devra toutefois être prise dans les douze mois (12) suivant la publication de la loi d'habilitation, survenue au *Journal officiel* du 17 février 2015. Sur près de 320 articles que

compte le projet d'ordonnance, une dizaine d'entre eux concentreront attention et passions. Déjà, des plumes acerbes s'affutent contre une réforme qui manquerait d'allure, sacrifierait la parole donnée sur l'autel du contrôle judiciaire ou encore érigerait la bonne foi (horreur suprême !) en valeur refuge... On abordera ces questions fondamentales chemin faisant. Qu'il nous soit permis toutefois de dessiner ici ce que pourrait être notre futur droit des contrats (13), sans nous arrêter aux seuls sujets de controverses (14) : l'arbre ne saurait cacher la forêt ! Présentons donc à grands traits la teneur et la philosophie du projet d'ordonnance en portant sur celui-ci des regards bienveillants...

Plan. – La réforme engagée poursuit trois objectifs cardinaux. Ce sont les composantes d'une fragile harmonie des intérêts qui fait tout le sel de notre droit continental. Ils nous serviront ici de guides :

- l'accessibilité (I) ;
- l'efficacité (II) ;
- l'équilibre (III).

I - L'ACCESSIBILITÉ

Plan. – Le nouveau droit français des contrats sera plus accessible que l'ancien ou il ne sera pas ! On le vérifiera aux plans formel (A) et substantiel (B).

NOTES

(8) Invitation est faite au lecteur de se reporter à cette disposition très instructive quant aux objectifs poursuivis par le législateur.

(9) Cons. const., 12 févr. 2015, n° 2015-710 DC (de conformité de l'article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015).

(10) [Http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/reforme-du-droit-des-contrats-27897.html](http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/reforme-du-droit-des-contrats-27897.html).

(11) Pour l'essentiel, ont simplement disparu les intitulés d'articles à usage interne à la Chancellerie. Ont également été reçus quelques commentaires du soussigné concernant la partie relative au régime général de l'obligation.

(12) L. n° 2015-177, 16 févr. 2015, art. 27.

(13) Sur l'avant-projet du 23 octobre 2013, lequel a été repris presque à l'identique par le projet d'ordonnance, v. D. Mazeaud, *Droit des contrats : réforme à l'horizon !* D. 2014, p. 291 et s. ; La réforme du droit des contrats, *Journ. sociétés*, avr. 2014, Dossier spécial, p. 8 et s.

Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats

A - ACCESSIBILITÉ FORMELLE

Au plan formel, le législateur souhaite renforcer l'accessibilité des dispositions relatives aux obligations, à la preuve et au régime général de l'obligation.

1°/ Des obligations en trois titres

Il est impérieux que le droit des obligations renoue avec les qualités propres aux droits de tradition civiliste que les rapports *Doing Business* de la Banque mondiale ont déployé tant d'efforts pour méconnaître : un droit sûr, la sécurité étant essentielle aux échanges; un droit prévisible qui prévient la chicane; un droit intelligible qui n'oblige pas l'agent économique à saisir le juge aux fins que lui soit révélé le contenu de son droit.

C'est pourquoi la structure duale et les intitulés des actuels titre III («*Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*») et IV («*Des engagements qui se forment sans convention*») du Livre III du Code civil («*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*») seraient profondément affectés. Une valse à trois temps de titres formerait dorénavant l'ossature du droit des obligations : les sources d'obligations, d'abord; le régime général des obligations indépendamment de leur source, ensuite; la preuve des obligations, enfin.

Un titre III («*Des sources d'obligations*») refondu distinguerait ainsi utilement entre les différentes sources d'obligations. Partant, il serait subdivisé conformément à la distinction qui a toujours animé la matière en trois sous-titres (Projet, art. 1101 à 1231-7) : volumineux, le premier serait dédié aux obligations de source contractuelle (Sous-titre I : «*Le contrat*»); repris à droit constant – dans un premier temps du moins (15) – des actuels articles 1382 à 1386-18, le deuxième porterait sur les obligations extracontractuelles (Sous-titre II : «*La responsabilité extracontractuelle*»); le troisième ferait figure de sous-titre «*balai*», dévolu aux autres sources et, pratiquement, aux obligations quasi-contractuelles (Sous-titre III : «*Les autres sources d'obligations*»), organisé en trois chapitres correspondant aux trois quasi-contrats).

Le titre IV serait lui-même profondément nouveau, qui rassemblerait désormais

les règles éparses intéressant le régime général des obligations en un titre dédié («*Durégime général des obligations*»), titre substantiel là encore (Projet, art. 1304 à 1353-8). Prenant ainsi du galon dans le plan du code, le «*régime général des obligations*» atteindrait ainsi opportunément la canopée du droit des obligations; la lumière ne serait plus réservée aux seuls contrats. Ce serait là une avancée certaine et conforme aux canons de l'enseignement de la matière. On sera, au contraire, plus réservé quant au plan interne de ce titre IV : si le choix d'un chapitre premier, consacré aux modalités de l'obligation (terme, condition, solidarité, indivisibilité, etc.), ne souffre pas plus la critique que celui d'un chapitre deuxième traitant de leur extinction (paiement, subrogation, etc.) ou d'un cinquième relatif aux restitutions, il en va différemment de deux autres. C'est ainsi que l'intitulé du chapitre III («*Les actions ouvertes au créancier*») induira en erreur quiconque croira y trouver les actions tendant à l'exécution des obligations; ne s'y trouvent que les actions oblique, paulienne et directe... Plus fondamentalement, il serait regrettable que le chapitre IV s'intitule «*La modification du rapport d'obligation*» alors qu'il s'ouvre sur des opérations sur obligations de nature translatrice (cessions de créance, dette et contrat) qui, précisément, sont marquées par un principe de conservation des droits et ne sont pas modificatives (16). Espérons que la consultation permettra d'avoir raison de cette scorie.

Et, faute de place, un titre IV bis serait inséré à la suite des deux précédents, lequel rassemblerait les textes consacrés à la preuve («*De la preuve des obligations*»). Il serait, pour une large part, la reprise de l'actuel chapitre VI («*De la preuve des obligations et de celle du paiement*») dans des articles 1354 à 1386-1 nouveaux du projet, organisés en trois temps : dispositions générales relatives à la charge de la preuve, d'abord (section I : «*Dispositions générales*»); admissibilité des modes de preuve, ensuite (Section 2); différents modes de preuve, enfin (Section 3).

2°/ Trois quarts de consolidations, un quart d'innovations

Le droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations serait rendu plus accessible par la double consolidation d'une sédimentation

prétorienne bicentenaire et de distinctions doctrinales éprouvées. Nombreux sont les étudiants qui révisent leur droit des obligations avec l'avant-projet du 23 octobre 2013 et, désormais, le projet d'ordonnance : c'est dire déjà ce que ce nouveau droit gagnerait en facilité d'accès! Car la réforme paraît, en l'état, constituée aux trois quarts de consolidations et, pour un quart au plus, de véritables innovations (17). «*Vrai supplément de la législation*» d'après Portalis (18), la jurisprudence rentrera dans le rang d'un droit écrit qu'elle aura vivifié deux siècles durant : cruelle destinée! En terres de tradition civiliste, le législateur a le dernier mot, qu'il brise les solutions prétorienne ou même qu'il les consacre...

Le regroupement de ces textes en trois titres facilitera en effet la consultation matérielle, gratuite sur le service public de diffusion du droit (<http://www.legifrance.gouv.fr/>), et surtout la compréhension d'un droit vivant des obligations, réécrit dans un français moderne fort de 320 articles environ. La règle sera aussi plus intelligible pour le justiciable, et ce conformément aux objectifs à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi dégagés par le Conseil constitutionnel dans une décision du 16 décembre 1999 (19).

NOTES

(14) Pour une discussion féconde des sujets les plus polémiques, v. déjà Réforme du droit des contrats : le débat. Dr & patr. 2014, n° 240, Dossier spécial, p. 37 et s.; adde, Projet de réforme du droit des contrats. Premières réactions de la pratique des affaires, Colloque Chambre de commerce de Paris, 8 avr. 2015.

(15) Ce déplacement à droit constant préfigure sans doute une refonte profonde du droit de la responsabilité civile dans un second temps; la Chancellerie travaillerait déjà à un avant-projet de réforme gros de plus d'une soixantaine d'articles...

(16) V. également, sur une critique de cette architecture, Ph. Dupichot, Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations, Dr & patr. 2015, n° 246, p. 20.

(17) Cependant et même opérées à droit constant, les codifications ont parfois des effets perturbateurs difficiles à quantifier...

(18) J.-E.-M. Portalis, Discours préliminaire sur le premier projet de Code civil, 1^{er} pluviôse an IX.

(19) Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC.

Beaucoup de juristes de France et d'ailleurs seront attristés par la disparition annoncée d'une numérotation qui ne pourra survivre à la réforme. Ainsi, un nouveau trio d'articles se substituera aux fameux articles 1134, 1165, 1382, etc. Du travail d'adaptation en perspective! Mais un travail nécessaire : il n'est pas de rénovation sans changement...

Plus, à la faveur de cette réforme, le Code civil devrait redevenir le siège du droit commun des contrats et tempérer les tares antérieures. Un rapide survol du nouveau sous-titre 1 («*Le contrat*») du nouveau titre III («*Les sources d'obligations*») permet de s'en convaincre.

La formation du contrat serait dorénavant replacée au cœur du droit des contrats dans un chapitre II spécifique («*La formation du contrat*») : projet, art. 1111 à 1187) s'ouvrant sur une section 1, dédiée enfin à la conclusion du contrat («*La conclusion du contrat*») : projet, art. 1111 à 1126-8); on y trouvera la négociation précontractuelle, l'offre et l'acceptation et les avant-contrats; opportunément, la punctuation, la sollicitation et le droit d'option ne seront plus absents de notre code. Les sanctions accèderaient pareillement à une meilleure lisibilité, rassemblées en une section 4 («*Les sanctions*»), là encore totalement nouvelle en la forme. Les conditions de forme (Section 3 : «*La forme du contrat*») seraient mieux dissociées des conditions de fond, qui ne seraient plus qu'au nombre de trois (Section 2 : «*La validité*»), laissant la fameuse cause sur le bord du chemin... Une meilleure articulation avec les codes spéciaux résulterait notamment : d'une distinction des contrats de gré à gré et d'adhésion – ces derniers étant ceux «*dont les stipulations essentielles, sous-traitées à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties*» (Projet, art. 1108) –; d'une définition des délais de réflexion et de rétractation (art. 1123) dont sont férus les Codes de la consommation, des assurances ou encore de la construction et de l'habitation; d'une distinction des contrats-cadres et des contrats d'application (art. 1109) – les premiers étant ceux qui «*conviennent des caractéristiques essentielles de leurs relations contractuelles futures*» et les seconds «*précisent les modalités d'exécution*» –, utile cette fois en contemplation du Code de commerce.

Le «*petit guide-âne*» (20) des actuels articles 1156 et suivants serait ensuite mis à jour en un chapitre III («*L'interprétation du contrat*») : projet, art. 1188 à 1193).

Les effets des contrats, enfin, seraient abordés d'une façon plus pédagogique, proche de celle d'un plan de manuel des obligations dans un chapitre IV («*Les effets du contrat*»). L'étendue du rayonnement du lien contractuel serait précisée à la faveur de la distinction classique entre les effets *inter partes* (section 1) et *erga omnes* (Section 2) des contrats. Ce chapitre essentiel ouvrirait désormais ses colonnes à la durée des contrats dans une section nouvelle (Section 3 : «*La durée du contrat*») et recevrait dans un droit commun, profondément re-fondu, certaines sanctions de l'inexécution bien connues du droit spécial de la vente (Section 4 : «*L'inexécution des contrats*») : projet, art. 1194 à 1231-7).

B - ACCESSIBILITÉ SUBSTANTIELLE

Au plan substantiel cette fois, la réforme a visé à clarifier les notions essentielles et, plus généralement, la teneur même du droit des obligations. Il ne saurait être question d'aborder l'ensemble de ces aspects dans cette contribution; on se limitera dans un inventaire à la Prévert à donner quelques illustrations marquantes, en les puisant dans le droit des contrats (1°), dans celui des quasi-contrats (2°), dans le régime général des obligations (3°), ainsi que dans la preuve des obligations (4°), soit dans les titres III (Sous-titre I), IV et IV bis nouveaux.

NOTES

(20) J. Dupichot, Pour un retour aux textes : défense et illustration du «*petit guide-âne*» des articles 1156 à 1164 du Code civil, in *Études offertes à Jacques Flour*, Defrénois, 1979, p. 179 et s.

(21) J.-L. Aubert, Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, LGDJ, coll. «*Bibliothèque de droit privé*», 1970.

(22) Comp. en faveur d'une analyse implicite de l'offre en un engagement unilatéral de volonté, Cass. 3^e civ., 7 mai 2008, n° 07-11.690, Bull. civ. III, n° 79 : «*si une offre d'achat ou de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est engagé à*

1°/ Titre III, sous-titre I : «*Le contrat*»

Formation du contrat. – Une nouvelle convention d'ordre terminologique voudra que l'on substitue le vocable de «*contrat*», autrefois réservé aux seules conventions créatrices d'obligations, à celui de «*convention*», plus général et s'étendant jusqu'alors aux conventions modificatives ou extinctives. Il y aura fusion-absorption de la convention par un contrat, défini classiquement comme un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit (Projet, art. 1107)... Et un accord dont la formation requiert la rencontre d'une offre et d'une acceptation (Projet, art. 1113), toutes deux manifestant la volonté – ferme – de s'engager de chacune des parties, expresse (déclaration) ou tacite (comportement).

On reste encore en terrain connu avec la distinction de la simple «*invitation à entrer en négociation*», qui se situe en amont de l'offre (parce que «*non binding*»), diront les praticiens), et de l'offre elle-même qui doit – outre son caractère intrinsèquement «*binding*» – comprendre les éléments essentiels du contrat envisagé (Projet, art. 1114), donc nécessaires à la qualification du contrat proposé, et ce qu'elle soit faite à personne déterminée ou indéterminée.

Toutefois, il est un point sur lequel le projet innoverait, en l'état, par un retour à la solution classique : c'est le rejet de la thèse de l'offre/engagement unilatéral de volonté qui, chère à Jean-Luc Aubert (21), a percé en jurisprudence au cours de la décennie passée (22). En

ne pas la retirer avant une certaine époque» (visa de l'article 1134); Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2014, n° 13-16.529, Bull. civ. I, n° 117 : «*l'offre qui n'est pas assortie d'un délai est caduque par le décès de celui dont elle émane avant qu'elle ait été acceptée; qu'ayant relevé qu'aucun délai de validité de l'offre n'avait été fixé la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée, en a, à bon droit déduit, que l'offre était caduque en raison du décès de Philippe X...*»; a contrario, l'offre assortie d'un délai (et à personne dénommée comme ici) survit au décès de l'offrant et oblige ses héritiers.

Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats

effet, point d'exécution forcée de l'offre avec délai exprès ou raisonnable dans la réforme. «*La révocation de l'offre, en violation de l'obligation de maintien prévue à l'article 1116, n'engage que la responsabilité extracontractuelle de son auteur sans l'obliger à compenser la perte des bénéficiaires attendus du contrat*», serait-il ainsi affirmé à l'article 1117 du projet.

Mais une consolidation serait au contraire opérée quant à l'effet du silence circonstancié, lequel pourra valoir acceptation, par exception, lorsqu'il en résultera ainsi de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières (Projet, art. 1121).

Avant-contrats. – Les avant-contrats feraient, à l'exception regrettable de la promesse synallagmatique de contracter(23), leur entrée dans le Code civil dans une sous-section 3 («*La promesse unilatérale et le pacte de préférence*») de la section I dévolue à la conclusion du contrat.

«*Contrat par lequel une partie, le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, le droit, pendant un certain temps, d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés*», la promesse unilatérale consacrerait l'originalité de l'option; celle-ci n'est ni un droit personnel ni à l'évidence un droit réel mais un droit de vie et de mort du bénéficiaire sur le contrat projeté(24). Surtout, conformément au vœu d'une doctrine quasi unanime, le législateur sonnerait utilement le glas de la jurisprudence scélérate initiée par l'arrêt «*Consorts Cruz*» de la troisième chambre civile du 15 décembre 1993(25) et réaffirmée en 2011(26). «*La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ne peut empêcher la formation du contrat promis*», serait-il indiqué dans l'article 1123 nouveau. L'expédient d'une clause d'exécution forcée en nature, reconnu en jurisprudence(27), ne serait donc plus nécessaire, ce dont on se réjouira vivement.

Quant au pacte de préférence, il serait défini à l'article suivant(28) comme «*le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle se déciderait de contracter*», tandis

que serait consacrée et même précisée la solution rendue en Chambre mixte le 26 mai 2006(29). Le juge pourrait donc prononcer non seulement la nullité mais encore la substitution du bénéficiaire du pacte dans les droits du tiers de mauvaise foi, sans que soit exigée la caractérisation si difficile de la connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte. Plus, un dispositif ingénieux – mais à la rédaction perfectible – prévoit une action interrogatoire du tiers qui, lorsqu'il «*présume l'existence d'un pacte de préférence, (...) peut en (30) demander confirmation par écrit au bénéficiaire dans un délai raisonnable*», ledit écrit mentionnant «*en termes apparents qu'à défaut de réponse, le bénéficiaire du pacte de préférence ne*

pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers, ni la nullité du contrat».

On se demandera toutefois si un souci de cohérence ne devrait pas conduire à étendre au bénéficiaire d'une option cette même faculté de substitution, en cas de mauvaise foi du tiers acquéreur. La jurisprudence n'admet en effet traditionnellement en cette matière que l'annulation(31). Or, la substitution peut être intéressante lorsque la nullité est constatée tardivement et en un temps où l'option ne peut plus être exercée.

Sanctions : nullités et caducités. – La nouvelle section consacrée aux sanctions des conditions de formation des contrats ne devrait guère dérouter le

NOTES

(23) Invitation sera faite au ministère de la Justice d'y remédier dans le cadre de la consultation. L'article 1589 ne suffit pas, loin s'en faut, à arrêter la notion et le régime de la promesse synallagmatique de contracter en général (de bail, d'entreprise, etc.).

(24) Comp. I. Najjar, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, préface P. Raynaud, LGDJ, coll. «*Bibliothèque de droit privé*, t. 85, 1967, spécialement nos 17 à 24 : «*L'objet du droit d'option en matière de promesse de contrat vise à modifier une situation juridique préexistante par la prérogative reconnue à son titulaire de conclure le contrat définitif. Il est un droit actuel et non point éventuel*».

(25) Cass. 3^e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199, Consorts Cruz, Bull. civ. III, n° 174 : «*Mais attendu que la cour d'appel, ayant exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquiescer, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer, le moyen n'est pas fondé*».

(26) Cass. 3^e civ., 11 mai 2011, n° 10-12.875, Bull. civ. III, n° 77 : «*que la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée*»; Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-19.526 : extension aux promesses de cession de droits sociaux.

(27) Cass. 3^e civ., 27 mars 2008, n° 07-11.721; CA Paris, 3 déc. 2008, n° 07/19523 : «*les parties à une promesse*

unilatérale de vente sont libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pourrait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente et que le bénéficiaire pourrait prétendre à l'exécution forcée de la vente».

(28) Suggestion sera faite de placer le pacte de préférence avant la promesse unilatérale et cette dernière avant une éventuelle promesse synallagmatique afin de respecter une gradation des engagements ante-contractuels : pacte de préférence (priorité sans engagement de contracter), promesse unilatérale (un engagement de contracter et une option), promesse synallagmatique (deux engagements réciproques de contracter).

(29) Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, Bull. civ. ch. mixte, n° 4 : «*si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir*». F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n° 258.

(30) Il serait heureux que le législateur précisât l'objet de ladite confirmation demandée au bénéficiaire du pacte. Porte-t-elle sur l'existence du pacte seulement ainsi que le suggère la rédaction actuelle? Ou également sur l'intention du bénéficiaire de réserver le droit de s'en prévaloir?

(31) Cass. 3^e civ., 10 nov. 1982, n° 81-13.408. Le projet précise à l'article 1124 al. 3 que «*le contrat conclu en violation de la promesse avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul*».

juriste. La distinction cardinale des nullités absolue (« la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général ») et relative (« la règle violée a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé ») figurerait en effet en bonne place dans la matière (Projet, art. 1179). Elle présiderait logiquement à leurs régimes respectifs : exclusion de toute confirmation et action ouverte à tout intéressé au cas de nullité absolue ; admission de la confirmation et action réservée à la personne protégée au cas de nullité relative (Projet, art. 1180 et 1181).

Autrement innovante serait la réception de la caducité dans le Code civil, laquelle met en principe fin au contrat entre les parties (Projet, art. 1187), et ce sans rétroactivité. Car ce sont en réalité trois hypothèses de caducité que le législateur, à l'article 1186 du projet, propose de retenir dans un paragraphe 2 dédié : caducité d'abord lorsque « l'un de ses éléments constitutifs disparaît » ; caducité encore « lorsque vient à faire défaut un élément extérieur au contrat mais nécessaire à son efficacité » ; caducité enfin « lorsque des contrats ont été conclus en vue d'une opération d'ensemble et que la disparition de l'un d'eux rend impossible ou sans intérêt l'exécution d'un autre ». Certes utile, la prise en considération de cette sanction profondément originale traduit néanmoins un zèle excessif. Singulièrement, le troisième cas de caducité pourrait être vecteur de chicane (32) et la prudence commanderait de lui préférer une référence à la notion d'indivisibilité entre les contrats, tout en réservant le caractère supplétif de la disposition ! Gare à l'effet domino d'un tel texte dans les groupes de contrats les plus lâches...

Rayonnement du lien contractuel. – La clarification de notre droit des obligations apparaît plus nettement encore sur la question fondamentale du rayonnement du lien contractuel.

Un nouvel article préciserait l'effet relatif des conventions en retenant que « le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties contractantes. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter (...) » (Projet, art. 1200). La disposition est autrement plus précise que l'article 1165 dont la lettre (« Les conventions

n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ») peut induire en erreur.

Grâce à l'apport inestimable de la réflexion d'Alex Weill (33), on sait depuis près de quatre-vingts ans que les conventions sont opposables aux tiers dans leurs effets externes et non obligationnels. Le contrat passé entre A et B constitue un fait social à l'égard de C et, au-delà, de la société tout entière ; nul ne saurait prétendre se comporter comme si un tel contrat n'existait pas au seul motif qu'il n'y a pas été partie... Et c'est tout l'intérêt de l'article 1201 du projet d'ordonnance que de rendre hommage à Weill en même temps qu'à Roubier, père de la notion de situation juridique (34), en énonçant très exactement que « les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait (...) ». C'est là une avancée incontestable pour l'accessibilité du droit des contrats : acte juridique entre les parties (soumis à ce titre aux exigences d'administration de la preuve correspondantes), la situation de contractant est un fait social pour les tiers (relevant partant de la libre preuve des faits juridiques).

Durée des contrats. – La durée des contrats ferait également une entrée remarquée dans le Code civil dans une section spécifique, prolongeant la classification préliminaire des contrats à exécution instantanée et successive (Projet, art. 1110). Les premiers « peuvent s'exécuter en une prestation unique », à terme le cas échéant (35), tandis que dans les seconds « les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelon-

nées dans le temps ». Cette division s'ouvrirait utilement sur le principe selon lequel « les engagements perpétuels sont prohibés », remontant ainsi des articles 1709 et 1780, alinéa 1^{er}, du Code civil vers le droit commun.

Surtout, deux règles supplétives et identiques propices à la sécurité des transactions seraient instituées en matière de renouvellement (Projet, art. 1215) et de tacite reconduction (Projet, art. 1216) des contrats. Ces deux cas donneraient naissance à un nouveau contrat, de durée indéterminée cette fois, mais dont le contenu serait identique au contrat initial renouvelé ou reconduit... Consolidations qui seront de nature à résoudre, sauf disposition ou clause contraire, un certain nombre d'interrogations (36).

Interprétation des contrats. – La nostalgie gagnera sans doute le lecteur à la profonde rénovation des fameuses directives d'interprétation adressées au juge. On signalera ici trois évolutions. Le principe d'interprétation subjective selon la commune intention des parties (Projet, art. 1188, al. 1^{er}) serait certes conservé. Toutefois, lorsqu'une telle intention commune « ne peut être décelée », une interprétation objective du contrat se fera « selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation » (Projet, art. 1188, al. 2). La sanction de la dénaturation dégagee dans l'arrêt « Veuve Foucauld et Coulombe c. Pringault » du 15 avril 1872 (37) serait consolidée en un article 1189 nouveau, lequel disposerait utilement qu'« on ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation ». Enfin, ferait écho à la définition précitée des contrats d'adhésion

NOTES

(32) Et d'autant plus incohérent que la disparition de la cause devrait inciter à ne pas employer l'expression concurrente d'« intérêt au contrat », si subtilement dégagee par J. Rochfeld, in Cause et type de contrat, préface J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 311, 1999.

(33) A. Weill, Le principe de la relativité des conventions en droit privé français, Dalloz, 1938.

(34) P. Roubier, Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs, Archives de philosophie du droit, 1957, p. 1 et s.

(35) Nous ajoutons.

(36) V. notamment sur la question, Durées et contrats (Colloque), RDC 2004, numéro spécial, avec en particulier la contribution d'A. Bénabent, La prolongation du contrat, p. 117 et s.

(37) Cass. civ., 15 avr. 1872, DP 1872, I, p. 176, S. 1872, 1, p. 232 : « il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent, et de modifier les stipulations qu'elles renferment ». Adde F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n° 161.

Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats

un principe d'interprétation favorable à la partie qui n'a pas négocié les stipulations litigieuses, aux termes duquel «*en cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat d'adhésion s'interprètent à l'encontre de la partie qui les a proposées*» (Projet, art. 1193).

2°/ Titre III, sous-titre III : «*Les autres sources d'obligations*»

Les mêmes louanges ne s'adresseront pas au volet quasi-contractuel de la réforme. Pourtant inspirée de la plume du doyen Cornu (38), la définition des quasi-contrats proposée à l'article 1300 du projet a quelque chose d'hermétique : «*Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui*» (39). L'embarras du législateur est patent en une matière qu'il peine du reste à désigner de «*quasi-contractuelle*», préférant la classer dans les «*autres sources d'obligations*», ni contractuelles, ni extra-contractuelles.

La compréhension des trois quasi-contrats sera toutefois là encore renforcée par leur consolidation dans trois chapitres distincts et, singulièrement, par la réception de l'action *de in rem verso* dégagée dans l'arrêt «*Patureau-Miran c/ Boudier*» rendu par la Chambre des requêtes le 15 juin 1892 (40) dans un chapitre nouveau dédié («*L'enrichissement injustifié*»), et dont la subsidiarité serait consacrée (Projet, art. 1303-3). C'est ainsi par exemple que, aux termes de l'article 1300 du projet, «*celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement*».

3°/ Titre IV : «*Du régime général des obligations*»

Modalités de l'obligation. – L'accessibilité du régime général des obligations serait grandement améliorée grâce à une révision de ses notions clés. Tout entier dévolu aux modalités de l'obligation (Chapitre I) – qui seront seules évoquées ici (41) –, le premier chapitre du nouveau titre IV en fournit une illustration.

D'abord en ce qu'il actualise la distinction entre l'obligation conditionnelle (Projet, art. 1304), laquelle «*dépend d'un événement futur et incertain*», suspensive («*son accomplissement rend l'obligation pure et simple*») ou résolutoire («*son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation*»), d'une part, et l'obligation à terme, d'autre part, dont l'«*exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date en soit incertaine*» (Projet, art. 1305). Le projet clarifie par exemple le mal compris «*terme à échéance incertaine*» dont l'exemple type est le décès, certain dans sa survenance mais de date inconnue.

Ensuite en ce qu'il traite plus finement des obligations plures (Section 3), en consacrant des sous-catégories qui éclairent une matière aride.

Au titre des obligations plures à raison de la «*pluralité d'objets*» (Sous-section 1), on retrouvera la distinction subtile des obligations cumulative («*elle a pour objet plusieurs prestations et [...] seule l'exécution de la totalité de celles-ci libère le débiteur*»), alternative («*elle a pour objet plusieurs prestations et [...] l'exécution de l'une d'elles libère le débiteur*») et facultative («*elle a pour objet une certaine prestation mais le débiteur a la faculté, pour se libérer, d'en fournir une autre*») aux articles 1306 à 1308 du projet. Or, seules les obligations alternatives apparaissent aux actuels articles 1189 et suivants du Code civil (Section 3 : «*Des obligations alternatives*»).

Au titre des obligations plures à raison cette fois de la «*pluralité de sujets*» (Sous-section 2), on disposera dorénavant de définitions simplifiées des solidarités entre créanciers (qui «*permet à chacun d'eux d'exiger et de recevoir le paiement de toute la créance. Le paiement fait à l'un d'eux, qui en doit compte aux autres, libère le débiteur à l'égard de tous*») ou entre débiteurs (qui «*contraint chacun d'eux à répondre de toute la dette. Le paiement fait par l'un d'eux les libère tous envers le créancier*»), d'une part, et de l'obligation à prestation indivisible («*chacun des créanciers d'une obligation à prestation indivisible, par nature ou par contrat, peut en exiger et en recevoir le paiement intégral, sauf à rendre*

compte aux autres»), d'autre part, et ce aux articles 1309 à 1319 du projet.

4°/ Titre IV bis : «*De la preuve des obligations*»

On refermera ce panorama en indiquant que, si la réforme du droit de la preuve se ferait *a minima*, elle n'en serait pas moins utile au plan de l'amélioration de son accessibilité. C'est ainsi que serait consacrée opportunément la liberté des conventions sur la preuve portant sur des droits dont les parties ont la libre disposition (Projet, art. 1357) (42). Plus, la distinction cardinale entre la libre preuve des faits par tous moyens (Projet, art. 1359) et celle, réglementée, des actes juridiques (Projet, art. 1360) serait logiquement mise en exergue.

II – L'EFFICIENCE

«*Faire des affaires...*» – Plus accessible dans ses dispositions et ses notions, le nouveau droit des obligations contractuelles sera également plus efficace. Il importe en effet – et peut-être même avant tout –, suivant une belle formule de Denis Mazeaud, que le droit des contrats permette de «*faire des affaires*» (43)... Cette efficacité de-

NOTES

(38) V. la définition de l'article 1327 de l'avant-projet «*Catala*».

(39) Sans doute faudrait-il préférer une formule du type : «*Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires qui obligent le bénéficiaire de ces faits envers leur auteur et, parfois, ce dernier réciproquement*».

(40) Cass. req., 15 juin 1892, S. 1893, 1, p. 281, note X. Labbé. Adde F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n° 239.

(41) V. pour de plus amples développements, Ph. Dupichot, Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations, précité.

(42) V. déjà, sur la licéité des conventions sur la preuve en jurisprudence, Y. Flour et A. Ghozi, Les conventions sur la forme, in Le formalisme, Journée en l'honneur de Jacques Flour, Association Henri Capitant, Defrénois 15 août 2000, n° 15-16, p. 911 et s.

(43) D. Mazeaud, Droit des obligations : d'une réforme, l'autre, Conférence délivrée au Cabinet Gide Loyrette Nouel, 23 déc. 2013.

vrait en effet être accrue au triple plan de la conclusion des contrats (A), de leur exécution (B) et de la circulation des obligations (C).

A - EFFICIENCE DE LA CONCLUSION

Au stade de la conclusion des contrats, le législateur s'est attaché à formuler des solutions économiquement efficaces qu'il s'agisse des conditions de fond (1°) ou de forme (2°) régissant la validité des conventions.

1°/ Conditions de fond

Liberté contractuelle. – Le projet d'ordonnance est marqué du sceau d'un libéralisme de bon aloi qui se traduit par une confiance renouvelée envers la liberté des parties et un renforcement des objectifs de prévisibilité, sécurité, simplicité et rapidité en matière contractuelle.

Aussi, on ne se laissera pas abuser par l'abandon du qualificatif de «*principe directeur*» qui désignait la liberté contractuelle dans le projet de la Chancellerie daté de juillet 2008. Sans doute n'apparaît-elle désormais que dans de simples «*dispositions préliminaires*» à l'intitulé plus sobre (section I). Il n'en reste pas moins que la deuxième position reconnue à la liberté contractuelle dans le titre III – immédiatement codifiée après la définition du contrat – illustre la déférence d'un législateur conscient de sa valeur constitutionnelle (44).

L'article 1102, alinéa 1^{er} affirmerait dorénavant que «*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*». La liberté de création de contrats innomés n'y est toutefois pas expressément affirmée : elle a semblé comprise dans celle, plus générale, de détermination du contenu du contrat. Il serait utile toutefois que le législateur ressuscite l'actuel article 1107 du Code civil, garant d'une saine articulation entre droit commun des contrats et droits spéciaux des contrats. Les amateurs de règles concises seront au contraire un peu dépités par l'alinéa 2 de l'article 1102. Ce texte pataud énoncerait dans un vibrant hommage aux juges

européens de Strasbourg que, «*toute-fois, 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*»... Ces «tests» de nécessité, de proportionnalité et de légitimité sont une greffe venue d'ailleurs.

Prévisibilité et sécurité : feu la cause! – L'efficacité économique et la recherche d'une meilleure place dans la compétition des droits auront eu pour première victime la cause (45), sacrifiée au nom de l'exigence de prévisibilité. Trop malléable, celle-ci est devenue excessivement subtile. On peine à en dénombrer les applications qui, réelles ou supposées, ont largement débordé la distinction éprouvée des causes objective et subjective appréciées au jour de la conclusion du contrat : subjectivisation de la cause objective, jeu de la cause au stade de l'exécution, absence partielle de cause, notion d'économie de l'opération, indivisibilité des conventions, groupes de contrats, atteinte à l'obligation essentielle, dates de valeur, cohérence contractuelle, etc. La boutade est bien connue dans les universités : «*Si vous avez compris la cause, c'est qu'on vous l'a mal expliquée!*». Trop de subtilité tue la prévisibilité! Il fallait une victime expiatoire, ce sera la cause. L'anticausaliste Planiol se réjouira ici d'une victoire posthume, lui dont les propositions les plus fameuses (abus, obligation passive universelle) ont été rejetées de son vivant. Aussi, trois conditions – au lieu des quatre de l'actuel article 1108 – seraient-elles expressément exigées pour la validité des conventions à l'article 1127 du projet. Seuls seraient nécessaires à la validité du contrat : «*1° Le consentement des parties; 2° Leur capacité de contracter; 3° Un contenu licite et certain*». L'objet se mue en contenu du contrat, lequel phagocyte d'emblée la cause! L'exigence d'un «contenu licite» renferme l'ancien contrôle de l'illicéité de la cause : on s'en convaincra à la lecture du projet d'article 1161 suivant lequel «*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». Bannie du droit vivant des contrats, la cause y rôde déjà telle une âme en peine.

C'est une même quête de sécurité qui conduit à réaffirmer très opportunément le rejet par le droit français de toute lésion, même qualifiée. L'apport de l'article 1170 est essentiel de ce point et il constitue un «marqueur» de la philosophie libérale de la réforme : «*Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des obligations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement*» (46). Qui dit «contractuel» dit encore «juste»! Il revient aux parties seules d'arrêter l'équivalence de leurs prestations réciproques toutes les fois qu'un texte spécial, donc d'interprétation stricte, ne renverse pas cette règle d'airain. L'arbre de l'équilibre contractuel (47) ne saurait cacher la forêt de liberté qui anime la réforme.

Simplicité et unilatéralisme dans la détermination du prix. – La liberté est aussi celle de la volonté d'un seul homme. Une dimension fondamentale du projet consiste dans la confiance qu'il place dans la volonté unilatérale *a priori*, et ce sous réserve d'un contrôle judiciaire *a posteriori*.

Un impératif de simplicité conduirait non seulement à consacrer mais même à étendre la fameuse solution dégagée par les arrêts d'Assemblée plénière du

NOTES

(44) Cons. const., 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC, consid. n° 37; sur une reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle par cette décision, v. Y. Gahdoun, Le Conseil constitutionnel et le contrat, *Nouv. Cah. Cons. const.* 2011, p. 51.

(45) V. sur cette question plus précisément, D. Mazeaud, Pour que survive la cause, en dépit de la réforme! in *Réforme du droit des contrats : le débat*, précité, p. 38, et L. Aynès, La cause, inutile et dangereuse, in *Réforme du droit des contrats : le débat*, précité, p. 40; R. Boffa, Juste cause (et injuste clause), D. 2015, p. 335.

(46) Seule la place du texte pourrait faire débat; ce texte de «principe» mériterait de précéder l'article 1167 du projet posant l'«exception» de la nullité pour contrepartie illusoire ou dérisoire.

(47) V. *infra*, III.

Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats

1^{er} décembre 1995. Quant au domaine de cette liberté unilatérale, d'abord. En vertu de l'article 1163, ce sont non seulement les contrats-cadres mais également les contrats à exécution successive – catégories toutes deux fraîchement définies (48) – qui s'ouvriraient à une possible détermination unilatérale, pourvu toutefois que les parties se soient accordées sur une telle modalité de fixation du prix de la prestation : « Dans les contrats-cadres et les contrats à exécution successive, il peut être convenu que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation »; le fardeau de la preuve du juste prix pèsera, en cas de contestation, sur l'auteur de la fixation unilatérale qui devra démontrer qu'il n'a pas fixé le prix arbitrairement, déloyalement ou en ayant égard à ses seuls intérêts. Cette solution devrait notamment confirmer que, si le principe d'un loyer est une condition de validité du bail, l'exigence d'un « certain prix » de l'article 1709 n'implique pas celle d'une prédétermination du loyer dans les baux relevant du Code civil (49). Quant au traitement de l'abus, ensuite. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge pourrait « être saisi d'une demande tendant à voir réviser le prix en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties, ou à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat »; partant, une révision directe du prix sera permise au juge sans que ce dernier ait à emprunter le détour d'une indemnisation.

Un même impératif inspire l'article 1164 du projet relativement cette fois aux contrats d'entreprise. En l'absence d'accord des parties avant leur exécution, le prix pourra en « être fixé par le créancier à charge pour lui d'en justifier le montant. À défaut d'accord, le débiteur peut saisir le juge afin qu'il fixe le prix en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties ». La solution est déjà connue du droit positif.

Rapidité et action interrogatoire unilatérale. – Plus remarquable encore serait la consécration d'une action interrogatoire unilatérale dans le nouveau droit des nullités relatives. Un

astucieux article 1183 recueillerait sur ce point l'héritage de certains pays européens. Une partie pourra interpellé par écrit une autre qui serait susceptible de se prévaloir d'une cause de nullité. Il s'agira de lui demander « soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion » et, le cas échéant, « d'opter pour l'exécution du contrat dans les termes qu'elle avait compris lors de sa conclusion » au cas d'erreur vice du consentement. Ce nouveau « confirmer ou annuler » tend à réduire utilement la période d'exposition du cocontractant à une insécurité juridique. « Time is money ! ». Il seconde un article 1178 du projet permettant la constatation d'une nullité d'un commun accord (50) : ce serait là une intéressante consécration d'une pratique de dispense de tout prononcé judiciaire.

2°/ Conditions de forme

Consensualisme et parallélisme. – La liberté quant au fond se double d'une liberté quant à la forme qui puise sa source dans le texte fondateur de la liberté contractuelle (Projet, art. 1102, al. 1^{er} : « Chacun est libre de [...] déterminer [...] la forme du contrat [...] ») et s'épanouit dans un article 1171, lequel assoit l'empire du consensualisme : « Le contrat est parfait par le seul échange des consentements des parties. Par exception, la validité d'un contrat peut être subordonnée à l'observation de formalités déterminées par la loi ou par les parties, ou à la remise d'une chose ». Le consensualisme de la vente (C. civ., art. 1583) innerve ici élégamment le droit commun des contrats. Tout contrat est en principe formé *solo consensu*, à moins qu'il ne soit solennel (de plus en plus fréquent) ou réel (de plus en plus rare), conformément à la classification retenue à l'article 1107 du projet. Quelle efficacité que celle d'un contrat parfait par le seul accord de l'offrant et de l'acceptant ! Et c'est de façon opportune également que les types de formalisme, lesquels ont en commun de subordonner l'efficacité du contrat à une forme d'après François Génay, seraient distingués. Le formalisme direct, *ad validitatem*, est nettement dissocié du formalisme indirect ou atténué, lequel n'affecte pas la validité

du contrat mais est requis *ad probationem* ou *ad opposabilitatem*; partant, il serait dorénavant énoncé que « les formes exigées aux fins de preuve ou d'opposabilité sont sans effet sur la validité des contrats » (Projet, art. 1172). La seule réelle innovation paraît résulter de l'article 1173 qui, consacrant en apparence le principe classique du parallélisme des formes (51), est de nature à en accroître la portée : « Les contrats qui ont pour objet de modifier un contrat antérieur ou d'y mettre fin sont soumis aux mêmes règles de forme que celui-ci, à moins qu'il n'en soit autrement disposé ou convenu ». Il en résulterait notamment l'obligation d'avenants notariés aux fins d'amendement de contrats instrumentés par voie notariale; d'où l'utilité en pareil cas d'une clause dérogatoire de style.

B - EFFICIENCE DE L'EXÉCUTION

La quête d'efficacité économique se poursuit au stade de l'exécution des contrats. La liberté contractuelle appelle l'exécution et donc la sécurité contractuelle (1°) et, au cas d'inexécution, des remèdes diversifiés et souvent unilatéraux (2°).

1°/ Sécurité du contrat et de son avenant

Force obligatoire des effets obligatoires. – Les esprits chagrins pleureront l'inévitable renumérotation de l'article 1134 et le léger « lifting législatif » (52) dont il sera l'objet. Mais l'essentiel est sauf ! La parole donnée reste la loi des parties puisque « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à

NOTES

(48) Projet, art. 1109 et 1110.

(49) V. déjà en ce sens, Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Defrénois, 7^e éd., 2014, n° 649 : « La prédétermination du prix n'est plus en droit commun une condition de validité du bail ».

(50) Au contraire de l'annulation unilatérale aux risques et périls qui n'a pas été reçue dans le projet.

(51) Sur lequel, v. en particulier S. Becqué-Ickowicz, Le parallélisme des formes en droit privé, Éditions Panthéon-Assas, 2004.

(52) L'emploi du masculin s'explique par l'absorption de la convention dans le contrat.

ceux qui les ont faits. Ils ne peuvent être modifiés ou révoqués que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise» (Projet, art. 1194). On se félicitera que cette disposition fasse plus grand cas de l'avenant au contrat (53). En effet, à l'instar du contrat initial, l'avenant ne saurait résulter de la volonté d'un seul. Une plus grande place accordée à l'unilatéralisme ne s'accompagne nullement d'une reconnaissance de l'engagement unilatéral de volonté (54) ou, au cas d'espèce, d'un droit de modification unilatérale d'un contrat conclu. Au parallélisme des formes correspond un parallélisme du fond, autrement essentiel; ce que la volonté de plusieurs a fait, seule la volonté commune peut le refaire ou le défaire.

Effets translatifs. – La sécurité contractuelle n'intéresse pas les seuls effets obligationnels du contrat. Elle s'étend aux effets translatifs de propriété des contrats éponymes (55). Première pierre de l'édifice – restant largement à construire – du régime primaire de ces contrats translatifs en droit français, l'article 1197 du projet énonce que «dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit, le transfert s'opère dès la conclusion du contrat». La règle est d'importance, qui intéresse, au-delà de la vente, l'échange, la donation, l'apport en société ou encore la fiducie. Partant, il consacrerait la règle du caractère translatif automatique de la propriété et des autres droits (réels et personnels, semble-t-il) dès la conclusion du contrat, c'est-à-dire, en définitive et par combinaison avec l'article 1171 précité, un transfert *solo consensu*. Automatique et consensuel, le transfert serait en principe immédiat, quoiqu'il puisse naturellement être différé par la volonté des parties (réserve de propriété), la nature des choses (de genre ou futures) ou une disposition de la loi (inscription sur un registre de transfert). À nouveau, l'article 1583 et le droit spécial de la vente enrichissent le droit commun de fort belle manière : le consensualisme est roi tandis que l'insaisissable obligation de donner s'incline devant celle, bien réelle, de délivrer (Projet, art. 1198). Quant aux risques de la chose, ils resteront un fardeau (supplétif) de la propriété. «*Res perit domino*».

2°/ Inexécution

Pluralité des remèdes, souvent unilatéraux. – Le droit de l'inexécution contractuelle serait profondément affecté par la réforme, en la forme comme au fond.

En la forme, le législateur a fait le choix d'élaborer à l'article 1217 un mémento des remèdes à l'inexécution contractuelle, lequel ouvre la nouvelle section 4 qui lui est consacrée. Véritable carte pour un créancier qui, s'il est gourmand, pourra goûter plusieurs remèdes pour épancher sa soif d'exécution. Jugeons plutôt : le créancier peut «suspendre l'exécution de sa propre obligation; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'engagement; solliciter une réduction du prix; provoquer la résolution du contrat; demander réparation du préjudice causé par l'inexécution». Or, lesdits «remèdes» sont par principe cumulables sous la seule réserve de leur compatibilité; l'octroi de dommages-intérêts est lui toujours possible en sus. Ce corps de règles se ressent plus que les autres de son inspiration à la fois internationale (56), européenne et de *common law*. Notre législateur n'était jusqu'ici guère coutumier de l'emploi du terme de «remède», qui renvoie aux «*remedies*» du droit anglo-américain...

Au fond, ces remèdes oscillent entre consolidation, généralisation et innovation.

Consolidation d'abord de la jurisprudence relative à l'exception *non adimpleti contractus* à l'article 1219 du projet : «Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même qu'elle est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave»; celle-ci ferait écho au droit de rétention, institution cousine qui a fait elle-même l'objet d'une théorie générale à l'article 2286 du Code civil (57). Consolidation encore de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, dégagée par l'arrêt «Tocqueville» du 13 octobre 1998 (58), dans l'article 1226 du projet disposant que «le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification». Il s'agit là d'un nouvel hommage à la volonté unilatérale du créancier de ne pas gaspiller un temps

précieux avec la résolution judiciaire. Toutefois, pareille résolution unilatérale serait encadrée par l'exigence, *a priori*, «d'une mise en demeure du débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable» et, *a posteriori*, par un contrôle judiciaire dans lequel la charge de la preuve de la gravité de l'inexécution pèsera sur le créancier.

Généralisation ensuite de la réfaction du contrat, née là encore dans le droit spécial de la vente commerciale, et qui se trouverait étendue à tout créancier, lequel pourra «accepter une exécution imparfaite du contrat et réduire proportionnellement le prix» (Projet, art. 1223).

Innovation enfin avec, d'une part, l'admission remarquable d'une exception d'inexécution opposée par anticipation par une partie (unilatéralement et à ses risques et périls) «dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle» (Projet, art. 1220) et, d'autre part, l'introduction regrettable d'un tempérament à la primauté du droit à l'exécution forcée en nature. Il est en effet proposé en l'état que le «coût manifestement déraisonnable» d'une exécution en nature en neutralise une primauté pourtant durement acquise. Il a

NOTES

(53) S. Pellet, L'avenant au contrat, préface Ph. Stoffel-Munck, IRJS Éditions, coll. «Bibliothèque André Tunc», t. 24, 2010.

(54) V. *supra* sur le régime de l'offre avec délai.

(55) Pour une contestation de la catégorie même des contrats translatifs, v. toutefois O. Gout, Le mythe des conventions constitutives et translatives de droits réels, thèse Paris 1, soutenue le 6 mars 2015.

(56) CVIM, 11 avr. 1980.

(57) Ord. n° 2006-346, 23 mars 2006, relative aux sûretés, JO 24 mars.

(58) Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, n° 96-21.485, Bull. civ. I, n° 300 : «la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et que cette gravité, dont l'appréciation qui en est donnée par une autorité ordinaire ne lie pas les tribunaux, n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis».

Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats

en effet fallu que la jurisprudence s'affranchisse progressivement de l'article 1142 du Code civil et lui préfère l'article 1184(59). Pareille greffe de *common law* serait amorale et vecteur de chicane. La parole donnée a, en droit français, une valeur propre et non un prix; la sécurité contractuelle commande que le créancier ait un droit inconditionnel à la prestation même qui a été convenue et non à sa seule contre-valeur; le débiteur ne doit pas s'abriter derrière un coût prétendument déraisonnable pour monétiser une dette qui n'est pas un «*bargain*»... Il reste que le législateur souhaite combattre ici des excès auxquels le droit positif a pu donner lieu (60); partant, il sera préférable qu'il s'en remette à la sanction classique et civiliste de l'abus du droit de demander l'exécution forcée en nature. Sous cette réserve notable, on saluera la codification de remèdes énergiques, diversifiés et souvent unilatéraux à l'inexécution des obligations.

C - EFFICIENCE DE LA CIRCULATION DES OBLIGATIONS

Renvoi – opérations sur obligations.

– La recherche d'une plus grande efficacité se traduira également par une meilleure circulation des obligations à la faveur du titre IV («*Du régime général des obligations*»). La créance n'y est plus seulement envisagée comme un lien mais aussi comme un bien ayant vocation à circuler. On renverra sur ce point à une contribution antérieure dans laquelle nous soutenions l'utilité de distinguer entre les différentes fonctions des opérations sur obligations : extinctive (paiement, compensation, etc.), translatrice (cession, subrogation) substitutive (novation) ou adjonctive (délégation imparfaite) (61).

On se limitera par conséquent dans le présent cadre à mentionner, pour simple mémoire, les principales innovations du projet d'ordonnance intéressant la circulation des obligations et donc les seules opérations translatrices (62).

On saluera d'abord une modernisation de la cession de créance civile (Projet, art. 1332 et s.), laquelle serait tout à la fois détachée du droit de la vente (pas d'exigence d'un prix, le

transfert pouvant avoir une autre contrepartie) mais rapprochée du droit spécial de la cession «*Dally*» comme du nantissement réformé par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Un formalisme de validité et une simple notification au débiteur cédé se substitueront utilement à l'ancienne exigence d'une signification par exploit d'huissier tandis que la cession portera sur des créances présentes ou futures, en tout ou en partie. Un principe d'opposabilité immédiate quasi *erga omnes* à la date de la cession lui confèrera une efficacité renforcée tandis que seraient consacrés un principe d'opposabilité des exceptions, caractéristique des opérations translatrices, et une règle de conflit entre cessionnaires successifs, dérivée de l'adage «*Prior tempore, potior jure*».

On aura également égard à la consécration nouvelle de la cession de dette aux termes d'un article 1338, alinéa 1^{er}, qui disposerait désormais qu'«*un débiteur peut céder sa dette à une autre personne*». Que le créancier se rassure toutefois, le cédant de dette ne sera évidemment «*libéré que si le créancier y consent expressément*» et, à défaut, il restera garant des dettes du cessionnaire (Projet, art. 1338, al. 2) de sorte que le créancier cédé jouira de la sécurité conférée par deux débiteurs pour le prix d'un seul!

Et on ne sera pas surpris que la possible cession d'une créance (rapport actif) autant que d'une dette (rapport passif) ait créé les conditions d'une cession du contrat lui-même (qualité de partie), possible, suivant les articles 1340 et suivants du projet, avec l'accord du cocontractant cédé.

On sera au contraire circonspect sur la suppression, en l'état du projet d'ordonnance, de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* que la généralisation d'un principe de subrogation légale inféré de la jurisprudence (Projet, art. 1324 : «*La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette*») ne saurait aucunement justifier. Il importe de conserver un mode conventionnel de paiement translatif de créance et de ses acces-

soires largement utilisés dans le refinancement ou l'affacturage.

III - L'ÉQUILIBRE

«... pas à n'importe quel prix!» –

Quoique plus efficient, le droit français n'a pas entendu sombrer dans le déséquilibre ou l'hybris; il ne cèdera pas aux sirènes d'une analyse économique du droit qui a davantage d'égard pour le fort que pour le faible... Et si le droit des contrats doit permettre de «*faire des affaires*», ce n'est précisément «*pas à n'importe quel prix!*», pour poursuivre le mot de Denis Mazeaud (63). Cette tradition d'équilibre est ancienne en droit français. Portalis affirmait lui-même qu'«*en matière civile comme en matière commerciale, il faut de la bonne foi, de la réciprocité et de l'égalité dans les contrats*» (64). La bonne foi innervait des droits de tradition civiliste qui refusaient que leur subtilité soit réduite au tout «*business friendly*»... Un vent d'équilibre – que d'aucuns trouvent déjà glacial! – souffle sur le nouveau droit des contrats. Une double lutte du législateur s'est engagée par soif de justice contractuelle : pour la bonne foi (A) et contre les déséquilibres (B).

A - POUR LA BONNE FOI

La consécration de la bonne foi aux côtés de la liberté contractuelle comme

NOTES

(59) V. sur la question, La primauté de l'exécution en nature, Henri Capitant *Law Review*, 30 déc. 2011, n° 3.

(60) Cass. 3^e civ., 11 mai 2005, n° 03-21.136, *Bull. civ. III*, n° 103 : démolition et reconstruction d'une maison individuelle à raison d'une simple différence de niveau de 33 cm par rapport aux stipulations contractuelles...

(61) Ph. Dupichot, Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations, précité.

(62) D'autres innovations remarquables intéressent notamment les opérations substitutives d'obligations. Ainsi par exemple de l'admission d'une novation par changement de créancier par anticipation (Projet, art. 1345) et d'une novation-confirmerie d'une créance viciée (Projet, art. 1343 *in fine*).

(63) D. Mazeaud, *Droit des obligations* : d'une réforme, l'autre, précité.

(64) J.-E.M. Portalis, *Discours préliminaire sur le premier projet de Code civil*, précité.

l'un des « principes généraux du droit des contrats » (65) (1°) se manifesterait par plusieurs applications spéciales (2°).

1°/ « De bonne foi, tu contracteras »

Troisième article du futur titre III du Code civil par ordre de bienséance, l'article 1103 énoncerait désormais que « les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi ». Nouvelle au plan formel, la référence à un devoir de former les contrats de bonne foi fait peur. Le droit anglais est aussitôt cité en exemple, qui présenterait, dit-on, l'insigne avantage de faire un moindre cas du « good faith » ! Curieuse apologie du droit réputé le moins-disant en matière de loyauté contractuelle... Doit-on pour autant redouter un séisme dans le nouveau paysage contractuel ? C'est très improbable. Ce commandement de loyauté à l'attention des futurs contractants n'est guère nouveau, que des décennies de jurisprudence relative à la réticence dolosive, au devoir de conseil ou de mise en garde ont forgé. Il reflète la rectification tardive (et quasi déclarative) d'une omission volontaire des rédacteurs du Code civil qui tinrent le devoir de contracter de bonne foi pour si évident qu'ils jugèrent (à tort ?) inutile de le mentionner, à la différence de celui d'exécution de bonne foi (66)...

2°/ Applications

Pourparlers. – Deux applications spéciales de ce principe général de bonne foi rayonnent sur la phase précontractuelle.

C'est au premier chef le cas des pourparlers dont le régime procède d'un subtil équilibre entre les principes de liberté et de loyauté contractuelles. Aussi les négociations précontractuelles, dont « l'initiative, le déroulement et la rupture (...) sont libres » (liberté de contracter ou de ne pas contracter), doivent-elles « satisfaire aux exigences de la bonne foi » (loyauté), aux termes de l'article 1111, alinéa 1^{er}, du projet d'ordonnance. Consolidation d'une règle qui inspire de longue date une jurisprudence tout en nuances mais dont l'une des lignes de force réside dans le temps des pourparlers ; plus les négociations seront longues, et plus l'auteur de la rupture

devra, à peine de ne plus « satisfaire aux exigences de la bonne foi » et verser dans la faute, s'expliquer sur les motifs de sa volte-face. Par ailleurs, la réforme confirmerait le refus classique de la thèse de Jhering de la *culpa in contrahendo* au profit d'une responsabilité de nature extracontractuelle (Projet, art. 1111, al. 2 : « La conduite ou la rupture fautive de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle ») ainsi que le refus d'indemnisation de la « perte des bénéfices attendus du contrat non conclu » : indemnisation du seul *damnum emergens* donc, constitué le plus souvent des frais d'études et de conseils déployés en vue de la conclusion du contrat projeté, et exclusion du *lucrum cessans* autant - semble-t-il au vu de l'intention du législateur de consolider la solution dégagée par l'arrêt « Manoukian » (67) - que de la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat (68).

Devoir d'information précontractuelle. – La seconde application du principe de loyauté contractuelle n'appelle pas, en l'état, les mêmes louanges. L'essor d'un devoir d'information précontractuelle (69) est un phénomène parfaitement connu qu'un Code civil rénové ne saurait ignorer. Toutefois, dans sa rédaction actuelle, le domaine que lui assigne l'article 1129 du projet dans son alinéa 1^{er} serait vecteur de l'insécurité juridique même que le législateur s'attache justement à combattre. On ne saurait énoncer trop généralement que « celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ». Les sanctions de la responsabilité extracontractuelle et de la nullité – en cas de vice du contentement occasionné par le défaut d'information – sont trop graves pour que puisse s'en réclamer quiconque « fait confiance à son cocontractant » (70)... Oui au devoir général de contracter de bonne foi, non à un devoir spécial invoqué par des contractants se drapant dans une « confiance trompée » envers leur cocontractant pour faire chanter ce dernier ! N'oublions pas, au nom d'une vi-

sion manichéenne (et marxiste ?) des rapports contractuels, que la partie de mauvaise foi est souvent celle que l'on dit faible... La crise actuelle d'un droit du cautionnement ravagé par la mise en garde et la mention manuscrite en est un exemple édifiant.

B - CONTRE LES DÉSÉQUILIBRES

La lutte contre les déséquilibres contractuels se mène sur des fronts ancien (1°) mais aussi nouveau (2°).

1°/ Le front ancien

Un phénix nommé cause. – La cause, tel le phénix, renaîtra inmanquablement de ses cendres : l'exigence d'un contenu licite et certain le suggérait déjà (71). Or, le législateur sanctuarise celles des fonctions de la cause qu'il entend préserver nonobstant l'abandon de la notion, la prévisibilité des échanges étant, semble-t-il, à ce prix.

Or, la fonction première de la cause (objective) consiste en la vérification

NOTES

(65) V. en ce sens l'art. 8 1° de la loi d'habilitation précitée du 16 février 2015.

(66) V. les remarques éclairantes de J. Mestre, obs. *RTD civ.* 1988, p. 336 et s., spéc. p. 340 « c'est uniquement pour des raisons de forme que la version définitive de l'article 1134 a été ramenée au seul terrain de l'exécution » et obs. *RTD civ.* 1989, p. 736 et s., spéc. p. 739.

(67) Cass. com., 26 nov. 2003, n°s 00-10.243 et 00-10.949, Bull. civ. III, n° 186 : « les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat ».

(68) Il serait sans doute utile, afin d'éviter toute discussion, que l'exclusion de la perte de chance soit également visée à l'alinéa 3, car seule, en l'état, est expressément écartée l'indemnisation du gain manqué.

(69) Sur laquelle v. en particulier l'ouvrage fondateur de M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, thèse, préface J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 221, 1992.

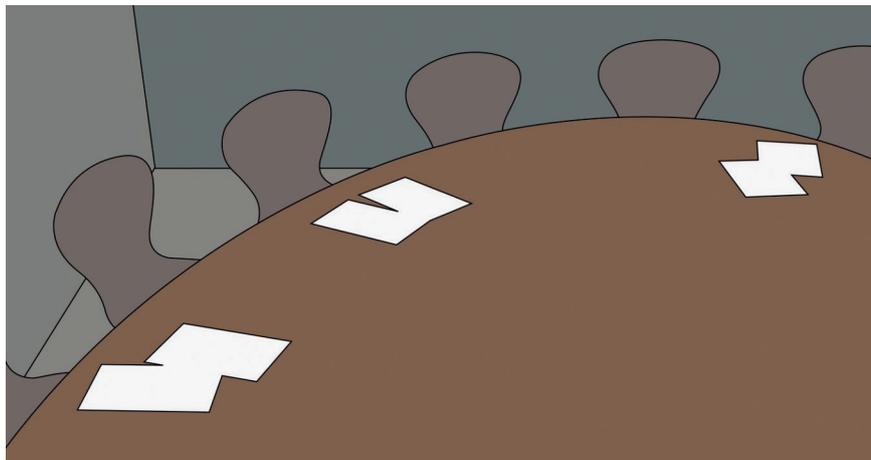
(70) Invitation est faite à la Chancellerie de supprimer ce dernier membre de phrase.

(71) V. *supra*.

Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats

d'une réelle commutativité des engagements réciproques; c'est le pourquoi de la parole donnée. Aussi l'article 1167 annulerait-il très justement le contrat à titre onéreux dont « au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire », et a fortiori absente. Véritable hommage aux canonistes, cette disposition illustre à nouveau l'enrichissement du droit commun par le droit spécial : la vente à prix illusoire ou dérisoire est nulle, d'après une jurisprudence constante rendue sur le fondement de l'article 1591 du Code civil. Et elle prévient a contrario utilement toute velléité d'utilisation de l'ancienne cause au stade de l'exécution du contrat (72). La seule question en suspens tient à l'identification de la nature de cette nullité; la filiation avec la vente orienterait vers une nullité absolue (73) mais la survivance de la fonction protectrice de la cause milite nettement en faveur d'une nullité relative car d'intérêt privé (74).

Une fonction seconde de la cause, et autrement récente, se trouverait gravée dans le marbre d'un nouvel article 1168 du projet, lequel énonce que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». On reconnaîtra ici une solution directement inspirée des arrêts « Chronopost » du 22 octobre 1996 (75) et « Faurecia II » du 29 juin 2010 (76). Mais à une différence rédactionnelle près, ce n'est pas ici la clause « contredisant la portée » de l'engagement (aff. « Chronopost ») ou de l'obligation essentielle (aff. « Faurecia II ») qui serait réputée non écrite mais toute clause qui « prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ». Partant, l'accent n'est pas tant mis sur la contradiction qu'apporte une clause limitative de responsabilité à une obligation essentielle mais sur l'impossible neutralisation de la substance d'une obligation essentielle du débiteur par la volonté des parties. Il ne faudrait donc pas qu'une telle rédaction débordât la matière des clauses limitatives de responsabilité pour attenter au pouvoir des parties d'influer sur les qualifications contractuelles et spécialement d'hybrider et d'aménager des obligations essentielles ou caractéristiques dérivant de contrats nom-



més (77)... Il doit s'agir de lutter contre des déséquilibres contractuels et des limitations de responsabilité indues, non de geler une liberté de contracter érigée en principe général.

Admission de la violence économique. – Un autre front de cette lutte contre les déséquilibres contractuels résulte de la demande expresse du Parlement de prévoir « des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre » et à laquelle répond l'article 1142 du projet suivant lequel « 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 ». La règle

proposée n'est pas totalement nouvelle, ses racines plongeant là encore dans les droits pénaux (C. pén., art. 223-15-2 : abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse), du marché (C. com., art. L. 420-2, al. 2 : exploitation abusive de l'état de dépendance économique) et de la consommation (C. consom., art. L. 122-8 : abus de faiblesse ou de l'ignorance). Et pour ce qui intéresse directement le droit civil, la première chambre civile avait ciselé des critères (exigeants) d'une telle violence économique dans un arrêt « Larousse-Bordas » du 3 avril 2002 (78), mais sans la caractériser au cas d'espèce.

Le débat ne saurait porter sur le principe même d'une violence économique viciant le consentement. L'actuelle consultation ne saurait conduire à rejeter en bloc une institution que le

NOTES

(72) Comp. toutefois *supra* sur le troisième cas de caducité.

(73) V. dernièrement, Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-13.979, Bull. civ. IV, n° 226 : « la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue soumise à la prescription trentenaire de droit commun ».

(74) L'absence de cause est en effet généralement sanctionnée par une nullité relative depuis 1999. V. Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 1999, nos 97-16.306 et 97-16.800, Bull. civ. I, n° 293; Cass. 3^e civ., 21 sept. 2011, n° 10-21.900, Bull. civ. III, n° 152. De plus, la nullité absolue pour défaut de prix réel et sérieux tient largement au caractère essentiel du prix dans la vente et non à sa simple onérosité, seule envisagée dans le projet d'article 1167.

(75) Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, Bull. civ. IV, n° 261. F. Terré et Y. Lequette,

Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n° 157.

(76) Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, Bull. civ. IV, n° 115.

(77) Il serait donc opportun que le législateur précisât que l'article 1168 du projet n'intéresse que la question des clauses élusives et limitatives de responsabilité.

(78) Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932, Bull. civ. I, n° 108 : « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement ». Comp. Cass. 1^{re} civ., 4 fév. 2015, n° 14-10.920, retenant que l'exploitation d'une contrainte économique pour obtenir une indemnité transactionnelle très élevée peut vicier une transaction.

Parlement a voulue (79). Surtout, il y a quelque paradoxe à brandir la menace d'une atteinte à la force obligatoire des conventions à l'encontre d'une volonté qui, par hypothèse, aura été obtenue sous la contrainte. Le libéralisme véritable donne effet aux volontés éclairées et informées, non aux volontés contraintes... Aussi est-ce plutôt sur la rédaction de ce vice qu'il convient d'être vigilant afin de ne pas encourager les ergotages. Trop imprécise et subjective, la référence à l'état de nécessité devrait certainement être abandonnée. À des degrés divers, tout homme est en effet dans la nécessité de contracter (80)! De même, on se demandera s'il ne conviendrait pas de conditionner l'annulation au cas où un avantage excessif a été obtenu par l'exploitation d'un état de dépendance économique. Ce serait un moyen de contrebalancer l'abandon dans le projet d'article 1142 du garde-fou qui résultait de la condition d'un «mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne» dans l'arrêt «Larousse-Bordas».

2°/ Le front nouveau

Prohibition généralisée des clauses abusives. – Largement médiatisé, le premier front nouveau procède de l'article 1169 du projet d'ordonnance qui prévoit ni plus ni moins la généralisation de la prohibition des clauses abusives à l'ensemble des rapports contractuels : «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», y est-il indiqué dans un premier alinéa. On ne pourrait trouver illustration plus emblématique de l'influence des droits de la consommation et du marché sur le droit commun des contrats... Le ver consommériste était déjà dans le fruit, observera-t-on, et il est largement d'origine communautaire. Ainsi, la directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 (JOCE 21 avr., n° L 95), transposée par la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 (JO 2 févr.; C. consom., art. L. 132-1), a modelé l'actuelle définition des clauses abusives dans les contrats de consommation. Une «justice fine mais difficilement prévisible» fut alors substituée à la «justice frustrée mais sûre» résultant

de la définition antérieure issue de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 (JO 11 janv.) (81). Puis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 (JO 5 août), dite «LME», fit de la soumission – et même de sa tentative – du partenaire commercial «à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties» un nouveau vecteur de responsabilité civile dans le célèbre article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce. Il n'en reste pas moins que pareille généralisation serait une «poison pill» pour la réforme, suivant le mot de Philippe Stoffel-Munck (82). Sans doute ne saurait-il s'agir de réintroduire par ce biais le contrôle banni de la lésion (83). L'alinéa 2 rassure en réaffirmant le principe (C. consom., art. L. 132-1, al. 7) suivant lequel «l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation». Mais une telle distinction est passablement artificielle. Un déséquilibre des pouvoirs trouve souvent sa justification dans le moindre prix payé par l'un des contractants ou dans d'autres aspects d'une négociation plus vaste (84). Partant, la généralisation d'une justice fine mais aussi imprévisible irait à rebours des objectifs de prévisibilité poursuivis par le législateur; elle serait, en l'état, un épouvantail pour l'attractivité nouvelle du droit français des contrats vis-à-vis en particulier des professionnels du financement ou encore de la construction. Les clauses de pouvoir et de responsabilité sont déjà passées au crible du contrôle

de la préservation de la substance de l'obligation essentielle et l'on ne saurait méconnaître impunément l'avertissement de Portalis : «On gouverne mal quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme doit être attentif et sage; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité; et cette surveillance dégénérerait elle-même en inquisition» (85). Et ce d'autant que l'habilitation commande simplement de consacrer «la notion de clause abusive» (86). Il importe donc que cette protection contre les clauses abusives ne profite qu'à ceux que le législateur a entendu effectivement protéger, c'est-à-dire ceux qui n'ont pu librement négocier les stipulations en cause. Aussi convient-il de limiter la prohibition des clauses abusives aux seuls contrats d'adhésion au sens de l'article 1108, alinéa 2, du projet ou aux stipulations non librement négociées.

Résiliation judiciaire pour imprévision. – Le second front nouveau résulte d'une consécration d'une résiliation judiciaire pour imprévision à l'article 1196 du projet. Le projet y retient une troisième voie, équilibrée, entre le refus de toute révision (arrêt «Canal de Craponne» (87); Avant-projet Catala,

NOTES

(79) I. n° 2015-177, 16 févr. 2015, d'habilitation, art. 8, 2° appelant à «des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre».

(80) Et à la limite, le cocontractant qui subit l'imprévision ne prétendra-t-il pas être dans un état de nécessité de consentir à la renégociation, par peur de la nouvelle résiliation judiciaire? On voit que les solutions susceptibles de résulter de la prise en compte de l'état de nécessité sont souvent absurdes et inconciliables avec les objectifs poursuivis par le législateur.

(81) V. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 324.

(82) Ph. Stoffel-Munck, Les clauses abusives : on attendait Grouchy..., in Réforme du droit des contrats : le débat, précité, p. 56 et s., spécialement p. 59.

(83) V. *supra*.

(84) Comp. l'important arrêt rendu par Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, à paraître au Bulletin : le déséquilibre significatif au sens de L. 442-6, I, 2° C. com. s'apprécie concrètement et globalement, «sans se limiter à la seule clause en litige», et ce afin de voir si la modification des autres clauses a pu permettre de rééquilibrer le contrat.

(85) J.-E.-M. Portalis, Discours préliminaire sur le premier projet de Code civil, précité.

(86) I. n° 2015-177, 16 févr. 2015, d'habilitation, art. 8, 2°.

(87) Cass. civ., 6 mars 1876 : «aucune considération de temps ou d'équité ne peut permettre au juge de modifier la convention licite et librement acceptée par les parties». F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n° 165.

Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats

art. 1135-1 et s.) et l'admission d'une adaptation judiciaire (Projet Terré art. 92, inspiré de PDEC, art. 6-111).

Positivement, l'imprévu contractuel y est défini à l'alinéa 1^{er} comme un «*changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat*» et qui «*rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie*». La définition est large. Elle embrasse des circonstances économiques (augmentation du prix des matières premières) mais encore financières (effondrement d'une monnaie), juridiques (modification de l'environnement réglementaire) ou technologiques (obsolescence d'une ancienne technologie). Nul «bouleversement» des circonstances n'est requis, ledit changement pouvant être lent et progressif : il est seulement exigé que celui-ci n'ait pas pu être prévu à la date du contrat. Il importe au contraire qu'il entraîne une excessive onérosité d'exécution⁽⁸⁸⁾ pour celui qui l'invoque⁽⁸⁹⁾ et que le déséquilibre en résultant soit survenu postérieurement⁽⁹⁰⁾ à la conclusion du contrat.

Négativement, le dispositif nouveau implique que la partie subissant le changement «*n'avait pas accepté d'en assumer le risque*», ce qui lui retire une portée considérable. Les parties pourront donc, *a contrario*, accepter d'assumer le risque d'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat. Partant, la nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision a, opportunément, une nature purement supplétive de volonté. La ou les parties couvrant le risque d'un tel changement concluraient alors, semble-t-il, un contrat aléatoire, au moins pour partie.

Il reste que si un tel imprévu devait survenir en l'absence d'une telle convention contraire, la partie le subissant pourrait «*demandeur une renégociation du contrat à son cocontractant*». Or, pareille règle résulte déjà du droit commun de l'avenant... Elle s'avère d'autant plus inutile que le cocontractant paraît fondé à refuser toute renégociation⁽⁹¹⁾ ! Elle ne s'explique que par la faveur du législateur pour la renégociation amiable. Et, dans une perspective libérale, un avenant ne saurait être arraché par une pression exercée

indûment au nom d'une quelconque exception d'imprévision : c'est pourquoi on saluera l'obligation faite au demandeur de continuer «*à exécuter ses obligations durant la renégociation*», seule garante de la liberté de ne pas consentir à la renégociation. La véritable contrainte est ailleurs : elle procède de la crainte d'une mise à mort judiciaire du contrat. L'échec et le refus de toute renégociation ouvriront en effet une phase judiciaire de traitement de l'imprévu. En effet, aux termes de l'article 1196, alinéa 2, «*les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe*». Partant, si aucune adaptation judiciaire n'est envisageable en l'absence d'accord des parties pour conférer cette mission – inédite⁽⁹²⁾ – au juge, la résiliation judiciaire pourra, elle, être prononcée à la demande unilatérale d'une seule partie ; c'est là une puissante incitation à renégocier ! L'article 1196 a donc une mission essentiellement prophylactique. Supplétif, il incite les parties à prendre leurs responsabilités par des clauses idoines de *hardship*. Incitatif, il encourage à la renégociation et ne tolère pas

l'adaptation judiciaire du contrat à l'encontre de la volonté des parties : c'est là le dernier refuge de la solution dégagée par l'arrêt «*Canal de Craponne*».

Formé depuis plus d'une décennie déjà, le vœu d'une profonde rénovation d'un droit des contrats bicentenaire est en passe d'être exaucé. Saluons la volonté gouvernementale qui aura permis de porter la réforme sur les fonts baptismaux. Il importe en effet que le droit des obligations contractuelles retrouve une lisibilité perdue de longue date. Certes perfectible sur plusieurs points⁽⁹³⁾, le projet d'ordonnance en date du 25 février 2015 n'en présente pas moins de nombreux atouts. Il renforce l'accessibilité du droit sans pour autant sacrifier une tradition continentale d'équilibre sur l'autel d'une efficacité économique par ailleurs accrue. Or, seule une poignée d'articles sur plus de trois cents suscitent de légitimes inquiétudes. Il serait dommage que la communauté des juristes verse dans le «*mal français*» du pessimisme et de la défiance, si finement dénoncé par Alain Peyrefitte⁽⁹⁴⁾. L'occasion de réussir la réforme d'une France contractuelle bloquée est trop belle. Saisissons-la ! ■

NOTES

(88) Soit un fardeau excessif lié à l'augmentation du coût de l'exécution ou, à l'inverse, à la diminution de la valeur de la contrepartie (comp. PDEC, art. 6-111, 1).

(89) Excessive onérosité et non impossibilité d'exécution, l'imprévision n'est pas la force majeure.

(90) L'imprévision n'est pas non plus la lésion.

(91) C'est ce que suggère la référence au «*refus*» de la renégociation distinct de son «*échec*». Curieusement, le devoir de contracter de bonne foi et l'exigence de pourparlers satisfaisant aux exigences de la bonne foi semblent en net retrait ici. Il n'y a dans le projet aucune obligation de renégociation de bonne foi de la convention à la charge du cocontractant qui ne subit pas le changement, à la différence par exemple de la solution préconisée dans le projet «*Terré*».

(92) Le juge semble avoir la mission ici d'un mandataire commun des parties au sens de «*l'arbitrage*» du tiers estimateur de l'article 1592 du Code civil ; sa décision pourrait donc s'imposer aux parties sous réserve d'une absence d'erreur grossière et du jeu des voies de recours. Beaucoup de questions restent toutefois en suspens : par exemple, le juge qui adapte

devra-t-il rétablir l'équilibre initial ou pourra-t-il conserver un avantage à celui qui subit la révision ?

(93) V. pour mémoire les propositions de modification portant sur les aspects suivants et que nous porterons à la connaissance de la Chancellerie dans le cadre de la consultation : introduction d'une promesse synallagmatique de contracter ; réintroduction de l'article 1107 actuel du Code civil ; suppression de la référence à la confiance faite au cocontractant dans le devoir précontractuel d'information ; exclusion de la réserve tenant au coût manifestement déraisonnable au profit de l'abus du droit d'exécution forcée en nature ; réintroduction de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* ; violence économique impliquant un état de dépendance (et non de nécessité) et l'obtention d'un avantage excessif ; limitation de la sanction des clauses réputées non écrites pour privation de la substance de l'obligation essentielle aux clauses de pouvoirs et de responsabilités ; généralisation des clauses abusives aux seuls contrats d'adhésion.

(94) A. Peyrefitte, *Le mal français*, Plon, 1976.