

# LSE Research Online

**Solène Rowan**

## **Le nouveau droit français des contrats**

**Article (version acceptée)  
(référéncé)**

**Citation originale :**

Rowan, Solène (2017) *Le nouveau droit français des contrats*. [Revue trimestrielle de droit international et comparé](#). ISSN0020-5893

© 2017 [Institut britannique de droit international et comparé](#)

Cette version disponible sur : <http://eprints.lse.ac.uk/75815/>

Disponible dans LSE Research Online : mai 2017

LSE a développé LSE Research Online afin que les utilisateurs puissent accéder aux résultats de recherche de l'école. Les droits d'auteur © et les droits moraux pour les articles de ce site sont conservés par les auteurs individuels et/ou d'autres titulaires de droits d'auteur. Les utilisateurs peuvent télécharger et/ou imprimer une copie de tout article(s) de LSE Research Online pour faciliter leur étude privée ou pour une recherche non commerciale. Vous ne pouvez pas vous engager dans une distribution ultérieure du matériel ni l'utiliser à des fins lucratives ou de gain commercial. Vous pouvez librement diffuser l'URL (<http://eprints.lse.ac.uk>) du site Web LSE Research Online.

Ce document est la version finale acceptée par l'auteur de l'article de revue. Il peut y avoir des différences entre cette version et la version publiée. Il est conseillé de consulter la version de l'éditeur si vous souhaitez en citer un extrait.

# LE NOUVEAU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS

Solène Rowan\*

**Abstract:** L'article analyse la récente réforme du droit des contrats en France. L'article du Code civil relatif au droit des contrats a été modifié et restructuré dans son intégralité l'année dernière. La section révisée est entrée en vigueur le 1er octobre 2016. L'article considère ses principales innovations et les compare avec les principes correspondants du droit anglais et certains instruments internationaux de droit des contrats, principalement les Principes d'UNIDROIT et les Principes du droit européen des contrats. L'article évalue également si les nouvelles dispositions atteignent leur objectif déclaré, à savoir rendre le droit français des contrats plus accessible, plus prévisible, plus influent à l'étranger et plus attractif sur le plan commercial.

**Mots clés:** Droit des contrats, France, Réforme, Code Civil, Innovations

## INTRODUCTION

« Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles : Waterloo effacera le souvenir de toutes ces victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil.<sup>1</sup> La déclaration de Napoléon Bonaparte semble aujourd'hui prophétique. Le Code civil français a résisté à l'épreuve du temps. Plus de deux siècles après sa promulgation en 1804, elle reste le principal instrument de droit privé en France.

Certaines parties ont cependant été modernisées pour suivre l'évolution des temps. Ce document porte sur la modernisation de l'article du Code relatif au droit des contrats, qui a été modifié et restructuré en totalité l'année dernière. L'article révisé est entré en vigueur le 1er octobre 2016.<sup>2</sup> Cela marque la fin des articles du Code de 1804 familiers à de nombreuses générations de praticiens et d'érudits et le début d'une nouvelle ère des 150 articles.<sup>3</sup> qui les ont remplacés et représentent un énoncé plus complet du droit français des contrats.

C'est un événement majeur en France. Les articles codifiés sur le droit des contrats étaient restés intacts, ou presque, depuis 1804. Il s'agit donc de la première refonte du droit français des contrats depuis plus de 200 ans. C'est également l'aboutissement de plusieurs tentatives de réforme entamées il y a plus de cent ans et qui se sont considérablement intensifiées au cours des quinze dernières années.

Sa pertinence dépasse largement les frontières françaises. De nombreuses entreprises internationales ont des intérêts commerciaux en France. Son régime de droit des contrats est important pour la manière dont ils organisent leurs affaires. Il est également important pour les réformateurs du droit des nombreux pays étrangers qui ont utilisé le Code comme modèle ou source d'inspiration pour forger leurs propres lois. Une de ces juridictions,

---

\* Professeur agrégé de droit, London School of Economics and Political Science, [s.rowan@lse.ac.uk](mailto:s.rowan@lse.ac.uk). Mes remerciements vont à Gregg Rowan pour ses commentaires et suggestions sur une version antérieure.

<sup>1</sup> CF de Montholon, *Récits de la captivité de l'Empereur Napoléon à Sainte-Hélène* (Paulin, Paris 1847) 401.

<sup>2</sup> *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF n° 0035 du 11 février 2016. L'Ordonnance a été traduite par John Cartwright, Bénédicte Fauvarque-Cosson et Simon Whittaker : [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf). La plupart des traductions des nouveaux articles utilisées dans cet article sont basées sur leur excellent travail.

<sup>3</sup> Les articles 1101-1231-7 réglementent directement les contrats mais des réformes ont également eu lieu dans d'autres domaines (le « régime juridique général des obligations » et la « preuve des obligations ») et au total 353 nouveaux articles ont été introduits. Cet article se concentre uniquement sur les nouvelles règles du droit des contrats.

Le Pérou a récemment annoncé qu'il réformerait son code civil. Le moment choisi, peu après les réformes françaises, n'est pas une coïncidence.<sup>4</sup>

Cet article cherche à expliquer la genèse des réformes et à analyser leurs principales innovations. Il le fait d'abord en expliquant les raisons pour lesquelles les réformes ont été mises en œuvre. On montrera que le Code de 1804 avait cessé d'être un énoncé précis du droit des contrats appliqué par les tribunaux français. L'interprétation judiciaire approfondie de ses articles au cours de 200 ans a abouti à un décalage croissant avec le texte du Code, qui a été quelque peu laissé de côté. Cette déconnexion est en partie imputée à la perte d'influence du Code à l'étranger. Le droit français des contrats était également perçu comme moins attrayant que certains régimes de common law en tant que loi régissant les contrats commerciaux internationaux. La modernisation visait à la rendre plus compétitive dans un monde globalisé.

L'analyse passe ensuite au contenu des réformes. À bien des égards, elles codifient simplement les règles antérieures élaborées et appliquées au cours des deux derniers siècles ; dans d'autres, ils innovent. Le document explore les principales innovations. Pour ce faire, il explique les changements apportés par les réformes et compare les nouveaux articles avec les anciens. Les nouvelles dispositions sont également examinées dans une perspective comparative. Des comparaisons sont établies avec les principes correspondants du droit anglais et certains instruments du droit international des contrats, en particulier les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international et les Principes du droit européen des contrats.

L'article conclut en évaluant si les nouvelles dispositions atteignent leur objectif déclaré de rendre le droit français des contrats plus accessible, plus prévisible, plus influent à l'étranger et commercialement attractif. On objectera qu'ils le font dans une certaine mesure. Le nouveau régime est plus intelligible, plus sûr et, à certains égards, orienté vers le commerce. Toutefois, dans d'autres, les incertitudes existantes se perpétuent et de nouvelles sont créées. Des exemples notables sont les pouvoirs étendus encore conférés aux tribunaux français pour interférer avec les clauses contractuelles convenues et l'absence inutile de toute définition de certains concepts clés.

## **II. LA GENÈSE DES RÉFORMES**

L'article du Code sur le droit des contrats était resté quasiment inchangé depuis 1804. Si certains y voyaient une source de stabilité, et donc une force, la plupart reconnaissaient qu'un code contenant des principes obsolètes et devenu incomplet était une faiblesse.

### ***A. Les raisons des réformes***

#### ***1. Un article obsolète et incomplet du Code civil sur le droit des contrats***

Jusqu'aux réformes, la plupart des articles du Code du droit des contrats étaient restés inchangés, même si la société et la technologie évoluaient presque au point de devenir méconnaissables. Au lieu de cela, les tribunaux ont progressivement réinterprété les articles, qui, en tant que propositions ou déclarations de principe généralement de haut niveau, se prêtaient ainsi à une adaptation.

En soi, cela n'avait rien de remarquable. Les rédacteurs avaient prévu que les tribunaux joueraient un rôle important dans l'adaptation et le développement du droit. Comme le notait Portalis, « la tâche du législateur est de déterminer les principes les plus propices au bien commun... La compétence du juge est de mettre ces principes en pratique, de les développer et de les étendre à des circonstances particulières par une application sage et raisonnée ». <sup>5</sup>

---

<sup>4</sup>Résolution ministérielle n° 0300-2016-JUS du 17 octobre 2016.

<sup>5</sup>JEM Portalis, "Discours préliminaire du premier projet de Code civil", dans PA Fenet, *Recueil complet de travaux préparatoires du Code civil* (Vidocq, Paris 1836).

Cependant, au cours de deux siècles, la réinterprétation est devenue trop poussée. La plupart des articles ont été considérablement développés, étendus ou limités. Beaucoup ont été interprétés par analogie, *a contrario* ou même *contre legem*. Ils sont devenus dénués de sens en eux-mêmes et sans explication quant à leur interprétation judiciaire. Dans certains domaines, les tribunaux ont façonné des lois presque entièrement nouvelles.<sup>6</sup>

La lecture du Code civil ne donne donc pas une image claire et précise du droit français des contrats. Cela se retrouvait en grande partie dans les affaires plutôt que dans le Code, ce qui était perçu comme ironique et insatisfaisant dans une juridiction dotée d'une tradition de droit codifié dans laquelle la législation a plus de légitimité que la jurisprudence.

La jurisprudence croissante interprétant le Code signifiait également que la connaissance et la compréhension du droit des contrats devenaient l'apanage des avocats. Cela était contraire à l'objectif initial du Code, qui était d'être un ensemble de règles écrites dans un style clair et intelligibles aussi bien par les juristes que par les non-juristes. Sa complexité a été aggravée par le fait que de nouvelles parties du droit des contrats ont été élaborées en dehors du Code. Par exemple, les réglementations relatives au droit de la consommation et au droit des assurances ont été édictées par une législation spécifique, sans jamais être intégrées dans le Code.<sup>7</sup> Il a donc cessé d'être un instrument législatif complet, cohérent et autonome et a de plus en plus besoin d'être modernisé.

## 2. Perte d'influence internationale

Une autre raison en faveur de la réforme était la prise de conscience du déclin de l'influence du Code civil à l'étranger. Durant le 19<sup>ème</sup> et 20<sup>ème</sup> siècles, sa portée internationale fut extraordinaire. Le Code a servi de source d'inspiration, voire de modèle, dans de nombreux pays d'Europe, d'Afrique, d'Asie, d'Amérique centrale et du Sud, ainsi que dans certaines régions d'Amérique du Nord.<sup>8</sup> La France est devenue « l'un des rares systèmes juridiques à exercer une telle influence dominante sur d'autres juridictions que le pays est généralement considéré comme la « juridiction principale » de toute une famille juridique qui s'étend du Chili au Vietnam ».<sup>9</sup> Sa portée internationale phénoménale a suscité la fierté des avocats français, pour qui le Code était un « symbole d'identité nationale ».<sup>10</sup> et un « ambassadeur »<sup>11</sup> du droit français dans le monde.

L'affaiblissement de cette influence fut particulièrement ressenti au tournant du 21<sup>st</sup> siècle, au milieu des préparatifs de la 200<sup>e</sup> édition du Code à son anniversaire. Les pays qui s'inspiraient autrefois du Code de 1804, comme les Pays-Bas, le Québec et l'Allemagne, s'en sont écartés lors de la réforme de leur propre code civil. C'est également à cette époque que l'on s'oriente vers une forme d'harmonisation des contrats au sein de l'Union européenne allant au-delà de la protection des consommateurs. Le Parlement européen a encouragé les travaux en faveur d'un code civil européen ou d'un code des contrats<sup>12</sup> et, par sa communication de 2001, la Commission européenne a lancé un débat sur l'avenir de

---

<sup>6</sup>Un exemple en est l'extension par les tribunaux du principe de l'article 1134 du Code de 1804 selon lequel les contrats doivent être exécutés de bonne foi jusqu'aux étapes précontractuelles de négociation, de formation et de résiliation. Une autre raison est la primauté accordée par les tribunaux à l'exécution en nature et leur interprétation restrictive de l'article 1142 du Code de 1804, qui mettait l'accent sur les dommages et intérêts à l'exclusion d'autres recours. Les tribunaux ont également été particulièrement créatifs en utilisant « la cause » pour intervenir dans les contrats et promouvoir ce qu'ils considéraient comme équitable.

<sup>7</sup>Pour un compte rendu détaillé du processus de « codification, décodification et recodification » du droit privé français, voir S Vogenauer, « The Avant-projet de ré pour moi: un aperçu » dans J Cartwright, S Vogenauer et S Whittaker (éd.), *Réformer le droit français des obligations, réflexions comparées sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (Hart, Oxford 2009) 4-7.

<sup>8</sup>Sur « l'influence extraordinaire » du Code civil dans le monde, voir K Zweigert et H Kötz, *Une introduction au droit comparé* (3<sup>rd</sup> éd. OUP, Oxford 1998) 98-118.

<sup>9</sup>Vogenauer (n° 7) 7.

<sup>10</sup>*ibid.*

<sup>11</sup>B Fauvarque-Cosson et S Patris-Godechot, *Le code civil face à son destin* (La Documentation Française, Paris 2006) 8-9.

<sup>12</sup>Voir la résolution A2-157/89 et la résolution A3-0329/94 du Parlement européen.

Droit européen des contrats.<sup>13</sup> Ces projets ont suscité de l'inquiétude, voire de l'hostilité en France, d'une part parce qu'ils étaient élaborés avec relativement peu de participation des juristes français, et d'autre part parce qu'ils menaçaient de créer un rival au Code civil.<sup>14</sup>

Jusqu'à présent, aucun code civil ou des contrats européen n'a été édicté.<sup>15</sup> Mais ces propositions d'harmonisation ont néanmoins fait prendre conscience aux juristes français que le Code civil n'aurait que peu de poids dans les projets européens tant qu'il y aurait un tel décalage entre ses articles et l'état du droit actuel. Pour qu'elle puisse à nouveau servir de modèle ou exercer une réelle influence sur, voire contrecarrer les futures propositions d'harmonisation, elle devra être modernisée.

### *3. Une loi peu attractive pour les affaires internationales*

Une dernière raison importante à l'origine de la réforme était la reconnaissance du fait que le droit français n'était pas aussi attractif pour les entreprises internationales que le droit de certains pays de common law. Dans de nombreux contrats internationaux, les lois d'Angleterre ou de New York sont choisies par les parties comme loi applicable. Le droit français présente moins d'attrait. Il est perçu comme moins commercial et se compare défavorablement à des mesures telles que le pragmatisme et la promotion de la certitude transactionnelle. On estime que les règles contractuelles de common law ont une plus grande valeur commerciale et sont plus adaptées à la question de savoir si des résultats particuliers ont un sens économique. En France, cela a moins d'importance et est le plus souvent contrebalancé par des considérations d'équité matérielle (*justice contractuelle*). Les pouvoirs des tribunaux d'interférer avec les termes du contrat sont importants et peuvent être une source d'incertitude, à laquelle les entreprises sont généralement opposées.

La perception selon laquelle le droit français des contrats manquait en matière commerciale a été renforcée par les rapports « Doing Business » publiés par la Banque mondiale entre 2004 et 2006.<sup>16</sup> Ils ont classé la France au 44<sup>ème</sup> rang<sup>ème</sup> place pour la facilité de faire des affaires, derrière des pays moins développés comme le Botswana et la Jamaïque, entre autres. Les rapports étaient particulièrement critiques à l'égard de la « tradition civiliste française » et de ses effets sur les entreprises. Ils présentaient le droit français comme étant économiquement inefficace, complexe, imprévisible et peu attrayant. Au lieu de cela, ils prônaient les mérites et la supériorité des systèmes de common law.

Bien que ces conclusions soient tendancieuses et que la méthodologie des rapports soit critiquée,<sup>17</sup> ils constituaient encore un clou dans le cercueil du droit français des contrats dans sa forme actuelle. Décrit comme des « électrochocs »,<sup>18</sup> ces rapports ont fait prendre conscience que le droit français, et en particulier le droit des contrats, aurait besoin d'être modernisé pour devenir une option sérieuse et crédible pour les affaires internationales.

### ***B. Le long chemin vers la réforme***

C'est dans ce contexte de retard du droit français des contrats par rapport à ses concurrents internationaux que les efforts de réforme ont commencé à prendre de l'ampleur. Le bicentenaire de la promulgation du Code civil en 2004 et les célébrations qui l'ont accompagné ont marqué le début de ce qui est devenu une sérieuse avancée vers la modernisation. Cependant, il a fallu près de 15 ans pour que cela se concrétise et que des réformes soient mises en œuvre. À cette époque, plusieurs propositions ont été publiées, pour ensuite tomber.

---

<sup>13</sup>COM (2001) 398 final.

<sup>14</sup>Fauvarque-Cosson et Patris-Godechot (n 11).

<sup>15</sup>Voir la publication du projet de cadre commun de référence en 2008 et les propositions COM/2011.0635 sur le droit commun européen de la vente qui ont été abandonnées par la Commission européenne.

<sup>16</sup>« Faire des affaires en 2004 : Comprendre la réglementation » (Washington DC : Banque mondiale et OUP 2003), « Faire des affaires en 2005 : Supprimer les obstacles à la croissance » (Washington DC : Banque mondiale et OUP 2004), « Faire des affaires en 2006 : Créer des emplois » (Washington DC : Banque mondiale et OUP 2005).

<sup>17</sup>Voir Fauvarque-Cosson et Patris-Godechot (n 11) 152-157.

<sup>18</sup>ibid.

Le premier projet de réforme de cette période, communément appelé les « propositions Catala »,<sup>19</sup> a été rédigé principalement par des universitaires et publié en 2005. Il visait à réformer non seulement le droit des contrats mais tous les domaines essentiels du droit privé français. Bien qu'il ait suscité beaucoup d'intérêt, il n'a jamais été inscrit dans les statuts, en grande partie à cause d'un manque de volonté politique.<sup>20</sup> Les propositions Catala ont été suivies en 2008 et 2009 par deux autres projets de réforme soutenus par le ministère de la Justice.<sup>21</sup> Ils ont développé bon nombre des mêmes idées. Bien que les propositions contenues dans les trois projets n'aient jamais été adoptées, elles ont servi, ainsi que leurs commentaires, de base sur laquelle les articles nouvellement promulgués ont ensuite été construits.

L'enthousiasme politique nécessaire à la réforme du droit des contrats s'est manifesté entre 2010 et 2016, malgré un changement de couleur politique dominante après l'élection présidentielle française de 2012, remportée par François Hollande. Les deux ministres de la Justice en poste durant cette période ont créé des groupes de travail comprenant des avocats, des représentants du monde des affaires et des ministres pour rédiger ce qui allait devenir les propositions de réforme finales.

Craignant que des débats parlementaires complets n'entraînent des retards, voire l'échec des propositions, le gouvernement français a demandé au Parlement l'autorité législative pour les promulguer par décret gouvernemental. Cela signifiait que le processus parlementaire normal pouvait être contourné et que les propositions pouvaient devenir loi sans examen parlementaire approfondi. Les arguments avancés par le ministère de la Justice devant le Parlement en faveur de cette voie étaient que la loi avait un besoin urgent d'être réformée, que les objectifs des réformes proposées ne prêtaient pas à controverse et que les principes fondamentaux sur lesquels reposait le droit des contrats resteraient inchangés. De plus, le texte proposé était basé sur plusieurs propositions de réforme publiées au cours des dix années précédentes, qui avaient toutes fait l'objet d'un examen minutieux.<sup>22</sup>

Après un long débat parlementaire et une opposition au motif que la réforme d'un domaine aussi important du droit privé ne se prête pas à un décret,<sup>23</sup> le gouvernement a été autorisé à procéder. Les projets de propositions ont été publiés en février 2015.<sup>24</sup> Une courte période de consultation a alors été initiée. À l'issue de cette période, le texte a été révisé par le ministère de la Justice et publié sous sa forme définitive en février 2016.<sup>25</sup> Il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016.

### III. LE CONTENU SUBSTANTIEL DES RÉFORMES : CODIFICATIONS ET INNOVATIONS

---

<sup>19</sup> *Avant-Projet de Réforme du Droit des Obligations (Art 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la Prescription (Art 2234 à 2281 du Code Civil) sous la direction de P Catala, 22 septembre 2005* (Paris, Documentation française, 2006) traduit en anglais par John Cartwright et Simon Whittaker : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/rapportcatatla0905-anglais.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapportcatatla0905-anglais.pdf).

<sup>20</sup> Vogenauer (n° 7) 17.

<sup>21</sup> Ministère de la Justice, *Projet de réforme du droit des contrats*, juillet 2008. Une nouvelle version a été rédigée en 2009. Voir aussi F Terré, *Pour une réforme du droit des contrats* (Dalloz, Paris 2008).

<sup>22</sup> Voir l'intervention de Christiane Taubira au Parlement <https://www.youtube.com/watch?v=OFrpvFh-I4s> sur 16 Avril 2014 :

<sup>23</sup> Le *Conseil Constitutionnel* a été demandé par des membres du Sénat d'examiner la constitutionnalité de l'octroi au gouvernement du pouvoir de légiférer sur un sujet aussi important sans débat parlementaire. Le *Conseil Constitutionnel* a jugé que l'autorité respectait l'article 38 de la Constitution, qui permet au gouvernement de légiférer par décret dans certaines circonstances ; elle était limitée et avait des objectifs clairs et précis. Voir sa Décision n° 2015-510 DC du 12 février 2015.

<sup>24</sup> *Projet d'Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* publié le 25 février 2015.

<sup>25</sup> *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF n° 0035 du 11 février 2016.

Les réformes ont pour l'essentiel codifié des principes précédemment développés dans la jurisprudence française au fil des années. Ils ont cependant innové à certains égards. Après une brève discussion générale des objectifs des réformes, cet article se penchera sur ces innovations.

### **A. Présentation générale**

L'un des objectifs déclarés des réformes était de rendre le droit des contrats plus actuel, plus accessible et plus intelligible.<sup>26</sup> Les rédacteurs ont cherché à y parvenir de différentes manières.

Premièrement, ils ont essayé d'utiliser un langage plus simple et plus moderne que celui que l'on pouvait trouver dans le Code de 1804. Le principe était que les règles devaient pouvoir être comprises par un profane peu familier avec le jargon juridique. Les citoyens doivent pouvoir voir comment la justice est rendue.<sup>27</sup>

Deuxièmement, les principes juridiques développés dans une jurisprudence devenue partie intégrante du droit français Le paysage a été codifié. La plupart des nouveaux articles consacrent simplement ces principes et n'innovent donc pas. On pensait également que cela contribuerait dans une certaine mesure à atteindre un autre objectif déclaré des réformes, à savoir renforcer l'attractivité du droit français des contrats pour les législateurs et les entreprises étrangers. Un ensemble codifié de lois prévisibles, présentées de manière claire, plus facile à lire et plus accessible, a été considéré comme un véritable facteur d'attraction.<sup>28</sup>

Troisièmement, la structure du Code de 1804 a été révisée afin de donner à chaque article une portée et une clarté plus définies.<sup>29</sup> Le Code distingue désormais clairement les sources des obligations,<sup>30</sup> le régime juridique des obligations,<sup>31</sup> et la preuve des obligations (*preuve des obligations*).<sup>32</sup> Les articles relatifs au droit des contrats sont ordonnés dans un ordre qui correspond au cycle de vie d'un contrat. Ils traitent d'abord de la formation du contrat, suivis de la validité, de l'interprétation, de l'effet entre les parties, du lien privé et enfin des recours en cas de rupture.

La codification de la jurisprudence et l'adoption de cette nouvelle structure ont abouti au contrat les dispositions législatives du Code deviennent plus complètes et substantielles. Cela a également conduit à une renumérotation importante des articles. Certains articles emblématiques du Code de 1804 ont disparu. Par exemple, l'ancien article 1382, qui était la pierre angulaire de la responsabilité délictuelle, est devenu le nouvel article 1240. De même, l'ancien article 1134 sur la force obligatoire des contrats a été scindé entre les articles 1103 et 1104. Beaucoup ont réagi à cette renumérotation en une teinte de chagrin et certains se sont tournés vers les réseaux sociaux pour partager leur nostalgie. Divers hashtags tels que #rip1382 ont été créés sur Twitter peu de temps après la publication de la version finale des nouveaux articles. Les internautes ont pleuré avec humour la disparition de l'article 1382, certains l'assimilant au remplacement du tant déploré franc français par l'euro.

### **B. Le contenu des nouveaux articles**

La discussion dans ce document des principales modifications apportées au Code suit sa nouvelle structure. Les premières dispositions sont les dispositions introductives. L'accent est ensuite mis sur ses innovations en matière de formation de contrats, de clauses abusives, de circonstances imprévues et de recours en cas de rupture. Certaines de ces innovations ne sont que la reconnaissance formelle de solutions connues mais, lorsqu'elles portent sur des principes importants, elles méritent néanmoins d'être notées ; d'autres sont plus substantiels.

---

<sup>26</sup>Rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016.

<sup>27</sup>ibid.

<sup>28</sup>ibid.

<sup>29</sup>ibid.

<sup>30</sup>Art 1100 à art 1303-4 du Code civil.

<sup>31</sup>Art 1304 à art 1352-9 du Code civil.

<sup>32</sup>Art 1353 à 1386-1 du Code civil.

## 1. Dispositions introductives : liberté contractuelle, force obligatoire du contrat et bonne foi

Le nouveau Code contient une première section intitulée « Dispositions introductives » dans laquelle sont exposés les principes fondamentaux du droit français des contrats. Ces principes sont destinés à donner « des orientations générales... et visent à faciliter l'interprétation des principes du droit des contrats et à combler les lacunes si nécessaire ».<sup>33</sup> Trois de ces principes sont de première importance : la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat et la bonne foi.

Le nouvel article 1102 énonce le principe de la liberté contractuelle. Elle prévoit que chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir la personne avec laquelle contracter et de déterminer le contenu et la forme du contrat, dans les limites imposées par la loi. Elle ajoute que les parties ne peuvent déroger aux règles impératives.

La liberté contractuelle est un principe ancien et incontesté du droit français. Elle ne figurait cependant pas dans le Code de 1804.<sup>34</sup> Le nouveau Code le reconnaît explicitement pour la première fois. Elle est symboliquement placée au début, comme la toute première règle immédiatement après la définition du contrat, pour en marquer la signification.

Le principe de la force obligatoire des contrats est également formellement reconnu et occupe une place importante dans le nouveau Code. L'article 1103 réutilise presque à l'identique<sup>35</sup> la formulation quasi sacro-sainte de l'ancien article 1134, paragraphe 1, selon laquelle les accords légalement formés ont force de loi entre les parties. Cela signifie que les contrats doivent être appliqués et respectés : *pacta sunt servanda*, il faut accomplir ce qu'on a promis. Il s'agit d'un principe qui est perçu comme favorisant la sécurité juridique et justifiant le caractère central de l'exécution concrète comme remède en cas de violation.<sup>36</sup>

Plus innovante est la nouvelle importance accordée au principe de bonne foi. Outre sa nouvelle place parmi les principes clés qui régissent les contrats, son champ d'application a été élargi. L'article 1104 prévoit que les contrats doivent être « négociés, formés et exécutés de bonne foi » ; ceci est décrit comme « une question de politique publique ». Alors que le Code de 1804 affirmait simplement que les contrats devaient être exécutés de bonne foi, les réformes ont codifié une jurisprudence qui avait étendu ce principe aux étapes de négociation et de formation précontractuelles.

Les rédacteurs auraient pu aller plus loin et codifier également le principe selon lequel la résiliation d'un contrat doit être de bonne foi. Il n'est pas controversé que le tribunal puisse refuser d'ordonner la résiliation lorsque la réparation est demandée de mauvaise foi.<sup>37</sup> ou d'une manière qui « peut être qualifiée de spéculation déloyale ».<sup>38</sup> De même, les clauses résolutoires invoquées de mauvaise foi n'ont historiquement pas été appliquées.<sup>39</sup> La jurisprudence sur l'interaction entre la bonne foi et la résiliation est bien établie et devrait rester pertinente après les réformes, même si elle reste encore sous une forme non codifiée.

Le nouveau Code ne contient pas de définition de la bonne foi. Cela a été déploré par certains commentateurs, car la bonne foi est perçue par certaines parties commerciales comme vague, laissant trop de pouvoir discrétionnaire au tribunal et comme contraire à la certitude contractuelle. En l'absence de définition, la jurisprudence antérieure aux réformes devrait rester pertinente. La bonne foi a été considérée, entre autres choses, comme signifiant que les parties doivent se comporter

---

<sup>33</sup> *Rapport au Président* (n° 26).

<sup>34</sup> Cela ressortait d'une interprétation *contrariode* l'article 6 du Code de 1804.

<sup>35</sup> '*Convention*' a été remplacé par '*contrat*'.

<sup>36</sup> S Rowan, *Recours en cas de rupture de contrat : une analyse comparative de la protection de la performance* (OUP, Oxford 2012), 49-50.

<sup>37</sup> Cour d'appel de Poitiers, 1ère chambre civile, 4 juillet 2006, Juris-data n° 2006-313835.

<sup>38</sup> Civ (3) 29 avril 1987 RDT civ 1987.536 note J Mestre ; Civ (3) 3 juin 1992, GP 1992.II.656 note JP Barbier.

<sup>39</sup> Civ (1) 31 janvier 1995, D 1995.389 note C Jamin.



éthique, en particulier qu'ils doivent se comporter de manière loyale (*devoir de loyauté*), coopérer (*devoir de coopération*) et être cohérent (*devoir de cohérence*).<sup>40</sup>

La reconnaissance formelle des principes de liberté contractuelle, de force obligatoire du contrat et de bonne foi rapproche le droit français de certains instruments du droit international des contrats. Les Principes d'UNIDROIT, par exemple, reconnaissent tous ces principes comme étant d'une importance fondamentale.<sup>41</sup>

Il existe cependant des différences notables avec la situation en Angleterre. Même si le droit anglais reconnaît depuis longtemps la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat, il a largement résisté aux notions de bonne foi ou d'équité contractuelle.<sup>42</sup> Contrairement à la France, il n'existe pas d'obligation générale de négocier ou d'exécuter un contrat de bonne foi. Les comportements abusifs sont abordés dans des contextes particuliers et au travers de règles spécifiques.<sup>43</sup> L'obligation générale d'agir de bonne foi est considérée comme vague et son contenu peu clair, et les relations entre les parties comme contradictoires plutôt que coopératives, du moins dans le contexte de négociations contractuelles.<sup>44</sup> Il existe également une réticence à aller au-delà des termes du contrat, car cela pourrait compromettre la certitude.

## 2. Formation du contrat

Une innovation dans les réformes est l'introduction d'une toute nouvelle sous-section sur la formation des contrats. Le Code de 1804 ne contenait pas un seul article sur ce sujet mais traitait directement de la validité des contrats. Le droit de la formation des contrats était donc entièrement constitué de règles édictées par les juges. Cela a été perçu comme une « lacune majeure » par les commentateurs français.<sup>45</sup> Il est désormais complété par 15 nouveaux articles qui régissent les négociations précontractuelles, l'offre et l'acceptation, ainsi que les accords précontractuels.

Les nouvelles dispositions codifient dans une large mesure la jurisprudence existante et sont sans particularité. Ils consacrent dans le Code les notions anciennes d'offre et d'acceptation et traitent des questions habituelles qui se posent au moment de la formation du contrat, par exemple la distinction entre offres et invitations à traiter, offres au grand public, retrait d'offres, le moment de la formation du contrat, l'acceptation par silence et le retrait de l'acceptation.

Les dispositions à retenir, notamment du point de vue d'un juriste anglais, sont celles qui codifient la forte protection accordée aux parties contractantes lors des négociations précontractuelles. Outre l'article 1112 qui prévoit que les négociations doivent répondre aux exigences de bonne foi, l'article 1112-1 impose une obligation générale d'information (*devoir d'information*). Il stipule que, lorsqu'une partie connaît une information d'une importance décisive pour le consentement de l'autre, elle doit la partager partout où cette dernière est légitimement ignorante ou compte sur elle.<sup>46</sup> L'obligation ne s'étend pas à la valeur de la prestation promise. Si une partie ne fournit pas les informations nécessaires, elle peut être tenue responsable de dommages-intérêts et le contrat peut également être annulé si les informations ont été cachées dans l'intention de tromper.<sup>47</sup>

---

<sup>40</sup>Com 20 octobre 1998, Bull civ IV, n° 244 ; Com 8 mars 2005, Bull civ IV, n° 44. Sur le « devoir de loyauté » et le « devoir de coopération », voir J Bell, S Boyron et S Whittaker, *Principes du droit français* (2<sup>sd</sup>éd. OUP, Oxford 2008) 332-334.

<sup>41</sup>Art 1.1 des Principes d'UNIDROIT (liberté contractuelle) ; art 1.3 des Principes d'UNIDROIT (force contraignante du contrat) ; art 1.7 des Principes d'UNIDROIT (bonne foi) ; art 1:201 PECL (Bonne foi) ;

<sup>42</sup>Pour un résumé du droit anglais sur ce point, voir H Beale (ed), *Chitty sur les contrats*, 32<sup>sd</sup>éd. (Sweet & Maxwell, Londres 2015) [1:039]-[1:054A]

<sup>43</sup>*Interfoto Picture Library Ltd contre Stiletto Visual Programs Ltd* [1989] QB 433, 439 (LJ Bingham).

<sup>44</sup>*Walford contre Miles* [1992] 2 AC 128, 138 (Lord Ackner).

<sup>45</sup>G Chantepie et M Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* (Dalloz, Paris 2016) 139.

<sup>46</sup>L'Ordonnance a été officiellement traduite par John Cartwright, Bénédicte Fauvarque-Cosson et Simon Whittaker : [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf). Les traductions des nouveaux articles utilisés dans cet article ne sont pas neutres en termes de genre afin de suivre le style utilisé dans leur travail.

<sup>47</sup>Voir art 1137 du Code civil (*réticence douloureuse*).

Alors que le devoir d'information existait déjà dans la jurisprudence, les rédacteurs lui ont donné une plus grande importance en le rendant indépendant et distinct du devoir de bonne foi. Le devoir autonome d'information a été décrit comme « un principe essentiel pour garantir l'équilibre des relations contractuelles ».<sup>48</sup> Il illustre la vision morale du contrat partagée par de nombreux juristes français : les parties doivent s'abstenir de tout comportement égoïste.<sup>49</sup>

Bien qu'une obligation limitée d'information puisse être trouvée dans les instruments du droit international des contrats,<sup>50</sup> cela contraste avec l'approche adoptée en Angleterre. Il n'y a pas d'obligation générale de divulgation en droit anglais : « le silence est d'or, car là où il n'y a pas d'obligation de parler, le silence ne donne pas d'otages à la fortune », comme l'a dit Rix LJ *ING Bank NV contre Ros Roca SA*.<sup>51</sup> En règle générale, aucune responsabilité n'est engagée si une partie ne divulgue pas d'informations à l'autre lors des négociations précontractuelles. Seulement exceptionnellement dans certains types de contrats<sup>52</sup> ou des relations contractuelles, la divulgation est-elle requise.<sup>53</sup>

L'absence de toute obligation générale de divulgation en droit anglais repose sur l'hypothèse selon laquelle la relation entre les parties au cours des négociations précontractuelles est sans lien de dépendance. Ils sont censés agir uniquement dans leur propre intérêt et les informations connues d'une partie, mais pas de l'autre, ne peuvent avoir de valeur financière. Beale, comparant le droit anglais et le droit français, a clairement résumé la différence de la manière suivante : « Le droit anglais peut paraître dur et injuste [aux avocats français]... De nombreux avocats anglais soutiennent cette approche individualiste... Ce qui constitue en France un comportement abusif est considéré en Angleterre comme comportement nécessaire pour les affaires ».<sup>54</sup>

### 3. Validité des contrats

L'un des changements les plus symboliques et les plus discutés apportés par les réformes concerne la validité des contrats. La notion controversée de « cause » a été supprimée du Code. Avant les réformes, un contrat n'était valide que s'il avait une « cause » et que cette « cause » était licite. C'était l'une des quatre conditions énoncées à l'article 1108 du Code de 1804 qui devaient être remplies pour qu'un accord soit valable. Les autres étaient le consentement, la capacité de contracter et l'existence d'un objet défini comme objet du contrat.<sup>55</sup> Le nouvel article 1128 n'exige que trois conditions : le consentement ; capacité de contracter ; et que le contrat a un contenu licite et certain. Il n'y a plus aucune référence à la « cause ».

La « cause » a été décrite comme « l'une des [notions] les plus difficiles pour un avocat ordinaire. saisir ».<sup>56</sup> Avant les réformes, les juristes français distinguaient les causes « objectives » et « subjectives ». La « cause objective » était le but abstrait du contrat, qui était le même pour chaque catégorie de contrat. C'était généralement la contre-performance attendue de l'autre partie. Par exemple, dans les contrats de vente de biens, la « cause » du vendeur était le paiement du prix d'achat ; la « cause » de l'acheteur était d'acquérir la propriété des marchandises.

---

<sup>48</sup> *Rapport au Président* (n° 26).

<sup>49</sup> Un Benabent, *Droit civil, Les obligations* (12<sup>ème</sup> éd. Montchrestien, Paris 2010) [279]-[285] ; O Deshayes, T Genicon et YM Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article* (LexisNexis, Paris 2016) 79.

<sup>50</sup> Voir l'article 3.2.5 des Principes d'UNIDROIT et l'article 4:107 des Principes du droit européen des contrats, qui exigent qu'une partie divulgue des informations lorsque la non-divulgation équivaldrait autrement à une fraude.

<sup>51</sup> [2012] 1 WLR 472 à [92].

<sup>52</sup> par exemple les contrats de la plus grande bonne foi, tels que les contrats d'assurance.

<sup>53</sup> par exemple, si les parties négociant le contrat forment un partenariat.

<sup>54</sup> H Beale, « La réforme du droit français des contrats et le « droit européen des contrats » : perspective de la Law Commission anglaise » RDC 2006.146.

<sup>55</sup> Art 1131-1133 du Code civil de 1804.

<sup>56</sup> Bell, Boyron et Whittaker (n 40) 317.

L'absence de « cause objective » a été utilisée par les tribunaux français comme motif pour annuler des contrats dépourvus de réelle réciprocité. Le raisonnement était que tous les contrats doivent avoir un objectif – *unraison d'être* – pour être valable. Il devait y avoir un avantage minimum pour les deux parties.

La « cause subjective » quant à elle, concerne les raisons subjectives pour lesquelles les parties contractantes ont conclu le contrat. Cela différait pour chaque contrat : les parties concluent des contrats pour une multitude de raisons. Pour que le contrat soit valide, il faut que la cause subjective soit licite. Un contrat peut être annulé s'il est conclu par l'une ou les deux parties pour des raisons illégales ou contraires aux bonnes mœurs.

La principale raison pour laquelle la « cause » était problématique était qu'elle a fini par être largement invoquée par les tribunaux français pour interférer avec les contrats. Par exemple, cela est devenu une base pour rééquilibrer des contrats perçus comme contenant des clauses abusives. Il a été utilisé pour annuler les clauses d'exonération et de limitation lorsque le promettant n'avait pas exécuté une obligation fondamentale du contrat et cherchait à s'appuyer sur la clause pour verser une compensation dérisoire au promettant.<sup>57</sup> Les tribunaux français étaient également connus pour utiliser le « motif » pour annuler des contrats devenues de mauvaises affaires. Dans un cas bien connu, le *Cour de cassation* a annulé un contrat dans lequel, même si l'exécution des deux côtés était encore possible, il devenait évident que les raisons commerciales invoquées par le promettant pour conclure le contrat étaient irréalistes et que ses aspirations commerciales concernant le contrat étaient irréalisables.<sup>58</sup>

Le concept de cause a suscité une grande passion parmi les praticiens et les commentateurs. Il a été salué par certains comme un instrument visant à promouvoir l'équité et critiqué par d'autres comme un outil utilisé par les tribunaux à de multiples fins, notamment pour interférer et provoquer de l'incertitude. On craignait également que, la notion n'étant pas largement utilisée à l'étranger, même dans les systèmes étrangers inspirés du droit français, sa présence continue diminue l'attrait du Code.

L'incertitude et la controverse entourant la « cause » ont abouti à son exclusion du nouveau Code. Les avis divergent quant aux implications. Certains commentateurs ont qualifié cela de révolution.<sup>59</sup> En vérité, il ne sera possible de procéder à une véritable évaluation qu'au fil du temps et avec des preuves empiriques de la manière dont les tribunaux français réagissent et s'adaptent. Toutefois, cela semble être une exagération. En effet, les changements apportés par les réformes pourraient s'avérer plus sémantiques que substantiels et n'avoir que peu d'effet dans la pratique. Même si la « cause » en tant qu'exigence formelle a disparu, elle a été remplacée par des règles plus claires et mieux définies qui permettront aux tribunaux de parvenir à des solutions similaires.<sup>60</sup>

L'ancienne exigence de « cause subjective » a réapparu dans une large mesure dans le nouvel article 1162. Celui-ci prévoit qu'un contrat ne peut déroger dans ses termes ou ses objectifs à l'ordre public. L'esprit de « cause objective » se retrouve désormais dans l'article 1169. Celui-ci dispose que le bénéfice d'un contrat onéreux ne peut être illusoire ou dérisoire au moment où il est conclu. Ceux qui cherchent à persuader le tribunal de rééquilibrer le contrat n'ont qu'à chercher plus loin que le nouvel article 1170 sur les clauses abusives, qui semble maintenir cette compétence en vie en prévoyant que toute clause contractuelle qui prive de substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite.

Il est donc un peu surprenant que la suppression de la « cause » en tant qu'élément essentiel d'un contrat valide ait suscité une telle controverse. L'explication probable est que certains commentateurs y sont très attachés. Pour eux, c'est « culturellement important »<sup>61</sup> et un « emblème de

---

<sup>57</sup>Voir le célèbre *Chronopost* décision : Com 22 octobre 1996, D 1997.121 note A Sériaux ; Com 30 mai 2006, D 2006.1599 note X Delpech et D Mazeaud.

<sup>58</sup>Voir le célèbre *Cassette vidéo* décision : Civ (1) 3 juillet 1996, D 1997.500 note P Reigné.

<sup>59</sup>Deshayes, Genicon et Laithier (n° 48) 171.

<sup>60</sup>*Rapport au Président* (n° 26).

<sup>61</sup>T Genicon, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats – à propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations » D 2015.1551.

le code civil français ». <sup>62</sup>Mais ces points sont plus idéologiques que techniques. <sup>63</sup>et la disparition de la « cause » est essentiellement symbolique.

La notion de cause a été qualifiée de propre au droit français et n'existe dans aucune autre juridiction. Ce n'est pas tout à fait vrai. On le retrouve dans plusieurs articles du Code civil du Québec <sup>64</sup>et dans le Code civil italien, <sup>65</sup>tous deux s'inspirant historiquement du droit français. Il est vrai qu'une telle notion n'existe pas dans les instruments internationaux tels que les Principes d'UNIDROIT et les Principes du droit européen des contrats ou dans le droit anglais. Cependant, comme dans le nouveau Code, certaines des fonctions remplies par la « cause » peuvent être trouvées dans d'autres mécanismes.

En Angleterre, il a été suggéré que les doctrines de la contrepartie, de l'illégalité, de l'ordre public, de la frustration et des règles relatives aux clauses abusives aboutissent à certaines des mêmes solutions que la « cause ». <sup>66</sup>C'est en partie vrai, même si les nouveaux articles 1169 et 1170 vont clairement plus loin. En droit anglais, un tribunal refusera d'exécuter un contrat uniquement en cas de véritable manque de considération. Contrairement à la France, il ne suffit pas que la contrepartie soit dérisoire ou ne réponde pas aux attentes subjectives que les parties avaient au moment de la conclusion du contrat. La considération est évaluée objectivement. Cela doit être suffisant ; il n'est pas nécessaire que ce soit adéquat. <sup>67</sup>L'article 1170 présente également certains parallèles avec un aspect de la doctrine du droit anglais, aujourd'hui disparue, de la violation fondamentale, en vertu de laquelle il n'était pas possible pour une clause d'exclure la responsabilité pour des ruptures de contrat qui étaient fondamentales. Cette proposition a été rejetée par la Chambre des Lords en *Photo Production Ltd contre Securicor Transport Ltd*. <sup>68</sup>sur la base que les contrats doivent être respectés.

#### 4. La protection étendue contre les clauses abusives

Une véritable innovation de la réforme concerne les clauses abusives, sur lesquelles figurent deux nouveaux articles. Comme nous l'avons déjà souligné, l'article 1170 prévoit que toute clause contractuelle qui prive de substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. L'article 1171 étend encore plus la protection contre les clauses abusives en considérant comme non écrites les clauses contractuelles types qui créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Toutefois, le déséquilibre significatif ne peut concerner l'objet principal du marché, ni l'adéquation du prix. Ces règles trouvent leur origine dans le droit de la protection des consommateurs mais s'appliquent désormais plus largement.

Cette extension de la protection générale contre les clauses abusives vise à promouvoir 'justice contractuelle' (*justice contractuelle*). Dans une certaine mesure, cela représente une rupture avec le passé. Jusqu'aux réformes, en dehors du contexte des contrats de consommation, la compétence du juge français en matière de clauses abusives était fragmentaire. Il n'existe pas de pouvoir général pour annuler les clauses abusives. Les suspects habituels - clauses pénales, clauses d'exclusion et clauses de non-concurrence - étaient réglementés séparément et discrètement. <sup>69</sup>La portée et l'étendue de la protection variaient selon le type de clause.

L'article 1171 a une portée très large. La compétence du tribunal ne se limite pas à apprécier le caractère équitable des clauses d'exclusion et de limitation ; il s'applique plutôt à toutes les clauses du contrat. La seule limitation de sa portée concerne le type de contrat. Elle se limite aux clauses contenues dans les contrats types, où les clauses abusives sont les plus courantes.

---

<sup>62</sup>R Boffa, 'Juste cause (et injuste clause)' D 2015.335

<sup>63</sup>Contre Genicon (n 61).

<sup>64</sup>Art 1371, 1385, 1410 et 1411 du Code civil du Québec.

<sup>65</sup>Art 1325 et 1343-1345 du Codice Civile.

<sup>66</sup>B Markesinis, 'Cause et Considération : une étude en parallèle » 37(1) CLJ 53.

<sup>67</sup>Bell, Boyron et Whittaker (n 40) 321-2.

<sup>68</sup>[1980] AC 827, 844-7 (Lord Wilberforce).

<sup>69</sup>Arts 1152 et 1231 du Code de 1804 ; Art L442-6-I-2 du Code de Commerce.

La nouvelle approche des clauses abusives en France présente plus de différences que de similitudes avec les instruments du droit international des contrats et le droit anglais. Si l'article 1171 est proche de l'article 4:110 des Principes du droit européen des contrats, il diffère de la disposition correspondante des Principes d'UNIDROIT, l'article 7.1.6. La portée de la protection est plus limitée à certains égards et plus large à d'autres. L'article 7.1.6 est plus limité dans la mesure où il ne concerne que les clauses d'exclusion et de responsabilité mais plus large dans son application à tous les contrats, qu'ils soient négociés ou sous forme standard.

Le droit anglais confère une protection plus limitée contre les clauses abusives. Il n'y a pas de général compétence du tribunal pour invalider les conditions sur la base des concepts de caractère raisonnable ou d'équité. Toute ingérence est exceptionnelle. Les règles relatives aux clauses abusives sont limitées et fragmentaires, se limitant principalement aux contrats de consommation.<sup>70</sup> En dehors de ce contexte, seules des clauses très spécifiques telles que les clauses d'exonération dans les contrats types<sup>71</sup> ou les clauses pénales peuvent potentiellement être contestées.<sup>72</sup> L'extension du mandat du tribunal à d'autres termes pour des raisons d'injustice et d'inconscience a été fermement rejetée, même dans des circonstances exceptionnelles, dans *Union Eagle Ltd contre Golden Achievement Ltd*.<sup>73</sup> Lord Hoffmann a justifié l'application stricte des clauses contractuelles en invoquant la sécurité commerciale. Il a déclaré que "dans de nombreuses formes de transaction, il est très important que, si quelque chose qui est expressément prévu dans le contrat, les parties sachent avec certitude que les termes du contrat seront appliqués".<sup>74</sup>

### 5. Circonstances imprévues (Imprévision)

Une autre innovation substantielle du nouveau Code réside dans l'article 1195. Celui-ci donne au tribunal de larges pouvoirs pour ajuster le contrat lorsque des circonstances imprévues ont rendu la transaction indûment coûteuse. Le paragraphe 1 prévoit que, si un changement de circonstances imprévisible au moment de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie et que cette partie n'a pas accepté le risque d'un tel changement, elle peut demander à l'autre partie de renégocier le contrat. <sup>75</sup>

Le paragraphe 2 expose les conséquences du refus ou de l'échec de la renégociation proposée. Les parties peuvent convenir de résilier le contrat à la date et aux conditions qu'elles détermineront ou demander au tribunal de le réviser. À défaut d'entente entre les parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut, à la demande de l'une des parties, réviser le contrat ou le résilier, à la date et aux conditions qu'il détermine.

Cet article s'écarte de l'approche précédente. Son effet est d'inverser le fameux et très ancien "*Canal de Craponne*"<sup>76</sup> décision dans laquelle le *Cour de cassation* a jugé que le contrat devait être respecté de manière rigide conformément à ses termes. Le tribunal ne devrait pas utiliser le passage du temps ou les changements de circonstances comme motif pour insérer de nouvelles conditions sur lesquelles les parties n'ont pas convenu. En l'absence de clause exigeant ou autorisant la modification de ses termes, le contrat resterait dans sa forme actuelle.

Ce principe a été de plus en plus mis à rude épreuve à mesure que le nombre de contrats à long terme se multipliait et que les conditions économiques devenaient plus instables. Sa gravité potentielle a été atténuée par la reconnaissance et l'application de clauses de rigueur et par la possibilité de mesures unilatérales.

---

<sup>70</sup> Les consommateurs sont protégés par la loi sur les droits des consommateurs de 2015.

<sup>71</sup> Voir la protection offerte par la Unfair Contract Terms Act 1977.

<sup>72</sup> Voir *Cavendish Square Holding BV contre Talal El Makdessi; ParkingEye Ltd contre Beavis* [2016] AC 1172 (SC) ; Il n'est pas non plus possible d'exclure la responsabilité pour sa propre fraude.

<sup>73</sup> [1997] AC 514 (CP).

<sup>74</sup> *ibid*, p. 518.

<sup>75</sup> Traduction de Cartwright et al (n 2).

<sup>76</sup> Civ 6 mars 1876, 1876.1.193 noté par A Giboulot.

résiliation par une partie d'un contrat à durée indéterminée.<sup>77</sup> Dans certains cas, les tribunaux ont également eu recours au principe de bonne foi pour procéder à des ajustements jugés équitables.<sup>78</sup>

L'introduction de l'article 1195 vise à promouvoir la « justice contractuelle » (*justice contractuelle*). Il le fait en permettant aux parties de corriger les déséquilibres graves survenus au cours de la durée de leur contrat. Comme l'article 1171, qui protège contre les clauses abusives, il fait contrepoids au principe de la force obligatoire du contrat. Un équilibre est recherché entre le respect des conditions convenues par les parties et le souci d'équité. Il est toutefois loisible aux parties de se soustraire à l'article 1195.

L'article 1195 s'inspire des lois de certains autres pays européens<sup>79</sup> ainsi que les instruments du droit international des contrats. Les Principes d'UNIDROIT<sup>80</sup> et les principes du droit européen des contrats<sup>81</sup> contiennent des dispositions qui exigent ou permettent une renégociation. Ils donnent également au tribunal compétence pour rééquilibrer le contrat à la lumière d'un changement de circonstances.

Sans surprise, il n'existe pas de règle similaire en droit anglais. À moins qu'un droit de résiliation ne naisse, seule la doctrine étroite de la frustration peut sauver une partie qui est incapable d'invoquer une clause de force majeure ou de contrainte excessive. Son effet est d'annuler le contrat et non de permettre au tribunal de l'adapter. La raison en est que les parties elles-mêmes sont mieux placées pour anticiper la manière dont les circonstances pourraient changer, négocier et convenir des conséquences. Cela évite l'incertitude liée à une éventuelle intervention du tribunal.<sup>82</sup>

## 6. Remèdes

C'est en matière de recours en cas de rupture de contrat que les réformes ont été les plus innovantes. Les recours étaient dispersés dans le Code de 1804. Tous les recours sont désormais regroupés dans une seule section du Code. Le nouvel article 1217 prévoit que les recours dont dispose potentiellement le promettant lésé en cas de manquement sont les suivants : refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de ses propres obligations, réclamer l'exécution forcée, une réduction du prix, une indemnisation du préjudice, et de résilier le contrat. Tous les remèdes qui ne sont pas incompatibles peuvent être combinés.

Les contraintes spatiales signifient que cet article se concentrera sur les innovations les plus frappantes, liées aux performances et à la terminaison spécifiques.

### a) Des performances convaincantes

Les réformes affirment la place centrale de l'exécution spécifique comme remède à la rupture du contrat. Les articles 1217 et 1221 disposent qu'en cas de manquement, le promettant lésé peut demander l'exécution du contrat. Bien que l'exécution spécifique soit depuis longtemps largement disponible, l'article 1142 du Code de 1804 met l'accent sur les dommages et intérêts à l'exclusion d'autres recours.<sup>83</sup> Les tribunaux ont toutefois interprété cette disposition de manière restrictive comme ne s'appliquant qu'aux obligations de caractère personnel. Le nouveau Code adopte cette interprétation et affirme clairement la centralité du recours.

Une innovation notable est la limitation de la disponibilité de performances spécifiques. L'article 1221 dispose que le redressement ne doit pas être ordonné lorsqu'il existe « une disproportion manifeste entre son coût pour le promettant et le bénéfice pour le promettant ». C'est un

---

<sup>77</sup>P Stoffel-Munck, 'L'imprévision et la réforme des effets du contrat', RCD Hors-Série 2016.30.

<sup>78</sup>Soc 25 février 1992, D 1992.390 constaté par M Defossez ; Com 29 juin 2010, RDC 2011.1.34 noté par E Savaux.

<sup>79</sup>313, paragraphe 1, du BGB ; art 1467 du Code civil italien.

<sup>80</sup>Article 6.2.2 des Principes d'UNIDROIT.

<sup>81</sup>Art 6:111 des Principes du droit européen des contrats.

<sup>82</sup>E McKendrick, *Droit des contrats, textes, cas et documents* (7<sup>ème</sup> éd. OUP, Oxford 2016) 740-2.

<sup>83</sup>Art 1142 du Code de 1804.

rupture significative avec le passé. Avant les réformes, le recours était ouvert de plein droit ; le promettant défaillant ne pouvait pas y résister pour des raisons de proportionnalité ou de caractère raisonnable.<sup>84</sup>

Cela a été illustré dans plusieurs décisions célèbres du *Cour de cassation*. Dans l'un d'entre eux, une entreprise de construction a construit une maison 13 pouces en dessous de la hauteur requise dans les spécifications contractuelles. La cour d'appel d'Aix-en-Provence a estimé que le manquement ne portait pas sur une clause essentielle du contrat et que la maison était conforme à son usage. Elle a donc décliné l'invitation à ordonner la démolition et la reconstruction de la maison. Cette décision a été annulée : le promettant lésé avait le droit de contraindre le promettant défaillant à exécuter à la lettre ses obligations.<sup>85</sup> Dans un autre cas, une conclusion similaire a été tirée à propos d'une piscine construite avec trois marches au lieu des quatre prévues contractuellement, même si la quatrième marche manquante n'empêchait pas l'accès à la piscine.<sup>86</sup>

La limitation des performances spécifiques est une réaction à ces décisions controversées. La raison en est que rechercher l'exécution alors qu'il existe une disproportion manifeste entre son coût et le bénéfice pour le promis équivaldrait à un abus de droit (*abus de droit*).<sup>87</sup>

La portée de l'exception n'est pas claire. Aucune indication n'est donnée quant à la signification de « disproportion manifeste ». Le consensus général parmi les commentateurs est qu'elle sera interprétée de manière restrictive par les tribunaux français, historiquement très disposés à ordonner une exécution spécifique.<sup>88</sup> Ce n'est que dans des cas extrêmes que l'on peut s'attendre à ce que le tribunal refuse le recours. Il est peu probable que les dommages-intérêts compensatoires soient suffisants pour répondre aux attentes du promettant, qu'un remplacement puisse être obtenu sur le marché ou que le coût de l'octroi de la réparation soit élevé. Il est donc probable que le créancier puisse préférer des prestations spécifiques aux dommages-intérêts.

Cela rapproche le droit français de l'approche adoptée dans les instruments du droit international des contrats. Les Principes d'UNIDROIT<sup>89</sup> et les principes du droit européen des contrats<sup>90</sup> reconnaissent que le promettant lésé a droit à une exécution spécifique sous réserve de certaines exceptions, notamment le fait que l'exécution serait déraisonnablement lourde ou coûteuse, comme dans le nouveau Code. Il existe également une exception lorsque les performances peuvent raisonnablement être obtenues à partir d'une autre source, que les rédacteurs des réformes ont choisi de ne pas adopter.

L'article 1221 apporte également une modeste *approche* avec le droit anglais. En Angleterre, où l'exécution spécifique n'est accordée qu'exceptionnellement, le recours sera refusé s'il causerait une contrainte excessive au promettant défaillant.<sup>91</sup> Cela présente un parallèle avec la nouvelle exception du droit français selon laquelle le coût de l'exécution pour le promettant est totalement disproportionné par rapport au bénéfice qu'il conférerait au promettant.<sup>92</sup> Le libellé de l'exception pourrait même rappeler à un avocat anglais les termes de la décision de la Chambre des Lords dans *Ruxley Electronics and Construction Ltd contre Forsyth* sur l'étendue du coût de la réparation des dommages.<sup>93</sup> Comme pour l'exécution spécifique, la disponibilité de ce recours est limitée afin d'éviter des difficultés excessives au promettant défaillant. Les deux restrictions sont ancrées dans le désir d'équilibrer les intérêts concurrents du promettant et du promis.

## b) Résiliation

---

<sup>84</sup>Rowan (n 36) 37-52.

<sup>85</sup>Civ (3) 11 mai 2005, RDC 2005.323 note D Mazeaud.

<sup>86</sup>Civ (3) 17 janvier 1984, RDT civ 1984.711.

<sup>87</sup>*Rapport au Président* (n° 26).

<sup>88</sup>Chantepie et Latina (n 45) 546-54 ; Deshayes, Genicon et Laithier (n 48) 485-88.

<sup>89</sup>Article 7.2.2 des Principes d'UNIDROIT.

<sup>90</sup>Art 9:102 des Principes du droit européen des contrats.

<sup>91</sup>*Wedgwood contre Adams* (1843) 49 ER 958.

<sup>92</sup>*Tito contre Waddell* (n°2) [1977] Ch 106 325-8 (Megarry VC).

<sup>93</sup>[1996] AC 344 (HL).

Une autre innovation intéressante concerne la résiliation pour rupture de contrat. Le Code contient désormais une section détaillée et complète comprenant sept articles sur le licenciement. Cela contraste avec le Code de 1804, dans lequel un seul article traitait du recours.

Le principal changement de fond est la reconnaissance formelle de la résiliation volontaire. Jusqu'à Après les réformes, la résiliation relevait du tribunal. La règle ancienne issue du Code de 1804<sup>94</sup> est-ce que, sous réserve de certaines exceptions,<sup>95</sup> la victime d'un manquement qui souhaitait résilier le contrat devait demander au tribunal de prononcer la résiliation du contrat. Il ne pouvait pas considérer la rupture comme une résiliation du contrat ; seul le tribunal pouvait prendre cette décision.

Le rôle de contrôle du tribunal en matière de résiliation était considéré comme une protection nécessaire de la relation contractuelle et des intérêts du promettant défaillant.<sup>96</sup> Cela signifiait que le tribunal pouvait garantir que toute tentative visant à l'évincer du contrat était légitime.<sup>97</sup> et vérifiez que le contrat n'a pas pu être sauvé.<sup>98</sup>

Suite aux réformes, la résiliation judiciaire est l'une des trois options offertes au promettant lésé et énumérées à l'article 1224 ; les autres sont la résiliation en vertu d'un droit prévu dans le contrat et la résiliation volontaire. Quant à ces derniers, le promettant peut désormais résilier le contrat lorsque le manquement est « suffisamment grave », sur simple notification au promettant défaillant. L'objectif est de rendre la résiliation plus rapide, plus facile et moins coûteuse pour le bénéficiaire. Cela peut être attribué à un désir de promouvoir l'efficacité économique (« *efficacité économique* ») en droit français.<sup>99</sup>

Malgré la réduction du rôle du tribunal, le nouveau régime de résiliation continue de protéger le promettant défaillant et le contrat. Diverses garanties ont été introduites dans le nouvel article 1226. Premièrement, en cas de manquement, le promettant lésé doit avertir le promettant que l'exécution doit être effectuée dans un délai raisonnable, faute de quoi la résiliation suivra.<sup>100</sup> Cela donne au promettant une autre chance de performer. Deuxièmement, si le promettant défaillant reste en défaut à l'expiration du délai, le promettant doit lui donner une nouvelle notification de résiliation du contrat, en indiquant les motifs de la résiliation. Les termes du préavis constituent une source potentielle de munitions permettant au promettant d'engager une procédure pour contester la résiliation.

Les pouvoirs de la Cour, bien que limités par les réformes, restent remarquables. Cela risque d'être particulièrement frappant pour les avocats anglais peu habitués à l'intervention judiciaire dans le marché conclu par les parties. Lorsque le promettant défaillant conteste la résiliation, le tribunal peut refuser le recours et exiger l'exécution de telle sorte que le contrat reste en vigueur. Elle peut même lui accorder un délai de grâce (*délai de grâce*) dans lequel jouer. La bonne foi peut également être invoquée pour le protéger contre un licenciement sans motif valable.

La reconnaissance formelle de la résiliation volontaire rapproche le droit français de la position du droit anglais et des instruments de droit international des contrats. En Angleterre, si le promettant lésé choisit de résilier suite à une rupture répudiatoire du contrat, il n'a besoin d'aucune ordonnance du tribunal.<sup>101</sup> Le tribunal n'a un rôle à jouer que si le promettant défaillant souhaite contester la résiliation et débattre de questions accessoires telles que des demandes concurrentes de dommages-intérêts compensatoires.

---

<sup>94</sup>Art 1184 du Code de 1804.

<sup>95</sup>Une exception concernait les cas où le contrat contenait une clause de résiliation. Une autre exception concernait les cas où la violation était si grave (*comportement grave*) que la poursuite du contrat était extrêmement difficile, voire impossible : Civ (1) 13 octobre 1998, Bull civ I n° 300, D 1999.198 note C Jamin ; voir Rowan (n 36) 80-94.

<sup>96</sup>J Rochfeld, 'Résolution et exception d'inexécution' dans P Rémy-Corlay et D Fenouillet (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats* (Dalloz Paris 2003) 216.

<sup>97</sup>Commentaires introductifs de Rochfeld dans *Avant-Projet de Réforme du Droit des Obligations (Art 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la Prescription (Art 2234 à 2281 du Code Civil) sous la direction de P Catala, 22 septembre 2005* (Paris, Documentation française, 2006).

<sup>98</sup>R Cassin, 'Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution' RTD civ 1945.12, [2].

<sup>99</sup>*Rapport au Président* (n° 26).

<sup>100</sup>Sauf urgence : article 1226 du Code civil.

<sup>101</sup>Pour une exception légale, voir l'article 90 de la Loi sur le crédit à la consommation de 1974.



Il ne faut cependant pas exagérer la convergence entre le droit français et le droit anglais. Des différences notables et révélatrices demeurent. En Angleterre, il n'existe pas d'exigences procédurales pour la résiliation spontanée similaires à celles du nouvel article 1226. Le promettant lésé souhaitant résilier n'a qu'à communiquer au promettant défaillant – oralement ou par écrit – qu'il traite le contrat comme un fin.<sup>102</sup> Il n'a pas à donner de motif, tant qu'il existe un motif valable et qu'il a le droit de résilier son contrat.<sup>103</sup> La résiliation prend effet immédiatement et le promettant ne dispose d'aucun délai supplémentaire pour s'exécuter. Contrairement à la France, le recours en cas de résiliation abusive n'est pas d'exiger l'exécution mais des dommages et intérêts. Le tribunal n'a pas le pouvoir général d'accorder un délai de grâce<sup>104</sup> et le promettant défaillant ne peut pas non plus invoquer le principe de bonne foi pour contester la résiliation. Cela se justifie par le désir de sécurité commerciale et de résolution rapide des litiges.

Il existe davantage de parallèles avec les instruments du droit international des contrats, même si des différences subsistent. La résiliation par préavis est autorisée en vertu des Principes d'UNIDROIT<sup>105</sup> et les principes du droit européen des contrats.<sup>106</sup> Dans les deux cas, il est possible que le préavis accorde au promettant défaillant un délai supplémentaire pour s'exécuter, lui donnant ainsi une seconde chance.<sup>107</sup> Contrairement à la France, les Principes d'UNIDROIT ne permettent pas au tribunal d'accorder un délai de grâce. Cela s'explique par le souci de ne pas retarder l'exercice par le promettant lésé de son droit de résiliation.<sup>108</sup> Le promettant a cependant le droit de remédier à une exécution défectueuse lorsque la réparation est rapide et que le promettant n'a aucune raison légitime de refuser, à moins que le temps presse.<sup>109</sup>

#### **IV. Un droit français des contrats plus accessible, plus prévisible et plus attractif ?**

La dernière partie de cet article évalue les réformes. Une question importante est de savoir si les nouvelles dispositions remplissent leurs objectifs avoués, à savoir rendre le droit français des contrats plus accessible, plus prévisible, plus influent à l'étranger et plus compétitif sur la scène commerciale internationale. On fera valoir que, même si les réformes ont atteint ces objectifs dans certains domaines, elles ont échoué dans d'autres.

##### ***A. Un droit plus accessible et plus prévisible***

Il ne fait aucun doute que le nouveau Code a rendu le droit français des contrats plus accessible et plus prévisible. Son texte constitue un exposé du droit plus cohérent, plus actuel et plus précis. Il est aujourd'hui beaucoup moins nécessaire de se pencher sur la masse de jurisprudence qui s'est développée sur 200 ans pour interpréter la

<sup>102</sup> *Vitol SA contre Norelf Ltd* (la « Santa Clara ») [1996] AC 800 (HL) (Lord Steyn).

<sup>103</sup> *James Spencer Co Ltd contre Tame Valley Padding Co Ltd* (CA, 8 avril 1998); *SNCB Holding contre UBS SA* [2012] EWHC 2044 (Communication) ; [2012] All ER (D) 259 [73] (Cooke J);.

<sup>104</sup> Voir les exceptions mentionnées à ce principe général dans S Rowan, « Resisting Termination: Some Comparative Observations » dans A Dyson, J Goudkamp, F Wilmot-Smith (eds) *Défenses dans le contrat* (Hart, Oxford 2017) 163. Voir également S Whittaker, « A Period of Grace for Contractual Performance ? » dans M Andenas et autres (éd.), *Liber Amicorum Guido Alpa, Le droit privé au-delà des systèmes nationaux* (Londres, BIICL, 2007) 1083. Pour des exemples d'exceptions statutaires, voir le Law Property Act 1925, s146 ; la Loi sur le crédit à la consommation de 1974, articles 76, 87 et 98.

<sup>105</sup> Article 7.3.2 des Principes d'UNIDROIT.

<sup>106</sup> Art 9.303 des Principes du droit européen des contrats.

<sup>107</sup> Art 7.1.5 des Principes d'UNIDROIT et art 8.106 des Principes du droit européen des contrats.

<sup>108</sup> H Schelhaas, 'Commentaire sur l'article 7.1 des Principes d'UNIDROIT' dans S Vogenauer (éd.) *Commentaire sur les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (PICC)* (2e éd., Oxford University Press Oxford 2015).

<sup>109</sup> Voir l'article 7.1.4 des Principes d'UNIDROIT et l'article 8.104 des Principes du droit européen des contrats.

Code.<sup>110</sup>En codifiant et en clarifiant les solutions trouvées dans ces cas, les réformes ont apporté une plus grande certitude.

Le consensus parmi les juristes français selon lequel la codification de la jurisprudence a contribué à accroître la certitude et la prévisibilité n'est peut-être pas évident pour un juriste de common law.<sup>111</sup>Après tout, le droit des contrats en Angleterre se retrouve presque entièrement dans la jurisprudence. Il faut examiner une constellation de décisions judiciaires – dont beaucoup ne sont véritablement intelligibles que pour les avocats – pour se faire une idée claire. Pourtant, le droit anglais est loué pour promouvoir la sécurité juridique et transactionnelle ainsi que sa flexibilité. Il jouit d'une grande influence à l'étranger et est favorisé par de nombreux acteurs commerciaux. Il peut donc sembler ironique à un juriste de common law que, pour rivaliser avec cette situation, les réformes françaises aient cherché à remédier à une perception selon laquelle le droit était devenu trop jurisprudentiel et par conséquent incertain et inaccessible.

Cette perception très différente du rôle et de l'incertitude de la jurisprudence tient au fait que les affaires n'ont pas la même autorité en droit français.<sup>112</sup>Il n'existe pas de doctrine formelle de précédent. Le nombre de procès en appel est innombrable en comparaison avec l'Angleterre et le système judiciaire n'est pas centralisé. Le *Cour de cassation* est composé de 6 chambres et de plus de 100 juges qui traitent plus de 20 000 litiges par an rien qu'en matière civile et pénale.<sup>113</sup>Il existe 33 cours d'appel, comprenant plus de 1 000 juges. Il est donc beaucoup plus difficile qu'en Angleterre d'identifier les décisions importantes auxquelles il convient d'accorder du poids et d'en extraire des principes contraignants. Il existe également un risque accru de décisions incohérentes. Le fait que le style des jugements en France soit laconique et ne révèle souvent pas le raisonnement du tribunal n'aide pas. L'inaccessibilité et l'incertitude qui en résultait du droit jurisprudentiel étaient donc réelles. La codification et la clarification des principes désormais bien établis sont nécessaires et bienvenues.

## ***B. Un droit plus attractif et plus compétitif ?***

Un élément clé de la justification des réformes était de rendre le droit français plus attractif pour les législateurs étrangers et les acteurs commerciaux. L'espoir était que le renouvellement du Code rétablirait son statut de modèle pour les autres pays, « attirerait des investisseurs étrangers potentiels », encouragerait les parties contractantes à choisir la loi française pour régir leurs contrats et faciliterait son utilisation dans les contrats internationaux.<sup>114</sup>Reste à savoir si les réformes parviendront à répondre à ces nobles aspirations, mais les premières observations suivantes peuvent être faites.

### ***1. Aspects positifs des réformes***

D'un certain point de vue, la codification poussée de la jurisprudence a en soi rendu le droit français plus attractif aux yeux des législateurs et des acteurs commerciaux étrangers. À tout le moins, ils peuvent désormais le comprendre plus facilement et plus clairement. Certaines des innovations introduites par les réformes sont également

---

<sup>110</sup>Un exemple est la loi sur le licenciement, qui était peu couverte dans le Code civil de 1804. L'absence d'un régime global de licenciement signifiait que les principes de licenciement se développaient principalement dans les cas, avec des solutions qui n'étaient pas toujours cohérentes et prévisibles. Le *Ordonnance* introduit un régime complet de résiliation et il est désormais moins nécessaire de s'appuyer sur la jurisprudence. De même, le Code de 1804 ne contenait pas un seul article sur la formation des contrats, qui était traitée uniquement par des règles jurisprudentielles. Le *Ordonnance* introduit 15 nouveaux articles qui réglementent ce domaine, réduisant ainsi l'importance de la jurisprudence.

<sup>111</sup>Il convient toutefois de noter les différents textes qui tentent de « reformuler » le droit anglais à l'aide d'une série de propositions ou d'énoncés de principes, par exemple N Andrews, *Règles contractuelles, décodage du droit anglais* (Intersentia, Cambridge 2016).

<sup>112</sup>Sur le rôle des tribunaux et l'autorité de la jurisprudence en droit civil, voir J Bell, *Culture juridique française* (Butterworths Lexis, Londres 2001) 66-72.

<sup>113</sup>Statistiques du *Cour de cassation*: <https://www.courdecassation.fr/IMG///CC-STATISTIQUES-2015.pdf>

<sup>114</sup>*Rapport au Président* (n° 26). Voir l'article de J Cartwright « Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats » RDC 2015.691.

commerciallement raisonnable. Un exemple évident est celui des nouvelles dispositions sur les recours en cas de violation. Le nouveau régime de réparation est désormais moins rigide et plus flexible. Il établit un équilibre plus juste entre les intérêts concurrents des parties. La nouvelle exception à l'exécution spécifique permet au tribunal d'obtenir des résultats plus proportionnés qui évitent de punir le promettant défaillant. De même, la possibilité pour le promettant lésé de résilier unilatéralement réduit les possibilités d'ingérence du tribunal. Il peut échapper à l'échec du contrat et réaffecter plus rapidement ses ressources à d'autres opportunités, minimisant ainsi les pertes des deux parties. Cela ne peut servir que les intérêts des acteurs commerciaux.

Il est toutefois douteux que le nouveau Code aille assez loin. Il est peu probable que les pouvoirs importants conférés au tribunal français pour intervenir dans le contrat, les nouvelles incertitudes créées et l'absence de concepts importants trouvés ailleurs séduisent les réformateurs du droit et les acteurs commerciaux étrangers. On peut s'attendre à ce qu'ils dissuadent tout éloignement significatif des régimes contractuels des pays de common law.

## *2. Les pouvoirs importants du tribunal pour intervenir dans le contrat*

Le droit français des contrats n'a pas été fondamentalement modifié par les réformes. Il reste très interventionniste et la compétence du tribunal pour interférer avec le contrat est encore considérable. Les réformes ont effectivement renforcé cette compétence à plusieurs égards. Outre la plus grande importance accordée au principe de bonne foi, les meilleurs exemples sont les nouveaux pouvoirs généraux d'annuler les clauses abusives et les nouvelles dispositions en matière de rigueur qui permettent au tribunal d'ajuster la répartition des risques convenue par les parties.

Même là où les réformes ont cherché à réduire le rôle de la Cour, ses pouvoirs restent importants. Ceci est particulièrement frappant dans le contexte d'une cessation d'emploi volontaire. Lorsque le promettant défaillant conteste la résiliation du contrat par le promettant lésé, le tribunal dispose d'une marge d'intervention considérable. Il peut le faire pour maintenir le contrat en vie et même accorder un délai de grâce au promettant défaillant. Cela crée une incertitude qui, dans la pratique, est susceptible d'aggraver les difficultés résultant de l'échec du contrat.

Il existe diverses explications possibles quant à la raison pour laquelle les rédacteurs ont choisi de conserver, voire d'élargir les pouvoirs déjà importants du tribunal, malgré leur objectif avoué de rendre le droit français plus attractif commercialement. La première est que les réformes n'ont jamais été censées constituer une rupture avec le passé. Le droit français des contrats a toujours eu des valeurs et des fondements philosophiques différents de ceux de nombreux systèmes de common law, notamment de l'Angleterre. Il adopte une approche plus morale et est moins libérale. Contrairement à l'Angleterre, les intérêts du promis lésé ne sont pas principalement compris en termes économiques.<sup>115</sup> La notion de contrat est plus subjective. Il est perçu comme un lien consensuel ayant une valeur intrinsèque.<sup>116</sup> La relation entre les parties est d'une importance primordiale. Selon les mots du célèbre avocat français en droit des contrats Mestre : « le *raison d'être* [du contrat] est d'unir les individus... Il doit être exécuté loyalement... et est... avant tout une affaire humaine... Le contrat ne peut se réduire, dans une approche économique, à un transfert de valeurs ou à une modification de patrimoine.

<sup>117</sup>

Si les rédacteurs ont cherché à rendre le droit français des contrats plus commercial, cela n'a jamais eu pour objectif de se faire au détriment de ses valeurs fondamentales. Le *Rapport au Président*, qui est la note explicative rédigée par les rédacteurs pour accompagner les réformes, explique que « renforcer l'attractivité de notre droit n'exige pas pour autant que nous renoncions à des solutions juridiques équilibrées, non seulement protectrices pour les parties, mais également efficaces et réactives changements dans l'économie de marché. Il était donc nécessaire de renforcer la sécurité juridique et l'attractivité commerciale.

---

<sup>115</sup>Cartwright (n 114) 289.

<sup>116</sup>ibid.

<sup>117</sup>J. Mestre, 'Préface' à B. Fages, *Le comportement du contractant* (PUAM, Aix-en-Provence, 1997).

contrebalancée par le désir de promouvoir une équité réelle. Dans de nombreuses circonstances, cette dernière a eu la priorité.

Une autre explication possible est que les parties commerciales auxquelles les rédacteurs pensaient ne sont pas les sociétés internationales qui choisissent généralement de résoudre leurs différends en vertu du droit anglais. Les plaideurs devant les tribunaux anglais de haut rang sont souvent des organisations de taille et de présence géographique importantes. Ils sont capables de veiller à leurs propres intérêts et de juger du caractère commercial et équitable des opportunités et de leurs accords. Le droit anglais a inévitablement été développé par et dans une certaine mesure pour ces partis. Son individualisme et sa préférence pour la liberté contractuelle leur conviennent.

On aurait pu penser que ces facteurs avaient moins d'influence en France. Il n'a pas le même statut qu'un centre international de règlement des différends. Les parties commerciales impliquées dans les litiges y sont généralement plus disparates ; les petites et moyennes entreprises sont plus présentes. Beaucoup d'entre eux auront un accès limité aux conseils juridiques et n'auront pas suffisamment de connaissances pour examiner et contester les conditions désavantageuses. Des règles protectrices atténuant la dureté perçue de la liberté contractuelle auraient pu être considérées comme plus appropriées pour ce noyau d'utilisateurs du droit français des contrats. Il est dans leur intérêt que l'interventionnisme continue de prévaloir.

### *3. Incertitude par rapport aux notions clés*

Une autre raison de douter que les réformes aient amélioré l'attractivité du droit français est qu'elles ne définissent ni n'orientent plusieurs concepts clés. L'absence de définition de la bonne foi a déjà été soulignée et il existe d'autres exemples. L'une est dans le contexte de circonstances imprévues (*imprévision*). Il n'y a aucune définition des « circonstances imprévues » dans le nouveau code. Cela soulève un certain nombre de questions. Par exemple, les circonstances doivent-elles échapper au contrôle des parties ? Est-ce que « imprévisible » signifie « raisonnablement imprévisible » ? Il n'existe pas non plus d'indications quant aux moments où les performances doivent être considérées comme « excessivement onéreuses ». Cela laisse une marge d'interprétation considérable.<sup>118</sup>

Un autre exemple concerne le nouveau régime de résiliation. Les réformes ne contiennent aucune indication sur ce qui constitue une violation « suffisamment grave » pour justifier un licenciement. Cette question est d'une énorme importance pratique et d'autant plus importante maintenant que le promettant lésé peut résilier son contrat sans intervention du tribunal. Il doit avoir confiance dans son droit de résilier son contrat en toute sécurité avec un risque minimal de contestation.

Laisser ces questions être résolues par les tribunaux inférieurs ne contribue guère à promouvoir la certitude. Il est peu probable qu'elle dissuade les acteurs commerciaux de choisir le droit anglais comme loi applicable. Cela est d'autant plus vrai que, comme nous l'avons déjà expliqué, le style des jugements en France est laconique. Les tribunaux motivent rarement leurs décisions. Il peut donc être difficile de déterminer précisément à partir de la jurisprudence quels critères ont été pris en compte. Fournir des orientations sur les concepts clés n'aurait pas éliminé toute incertitude et les tribunaux auraient conservé un pouvoir discrétionnaire considérable. Mais cela aurait néanmoins constitué un pas dans le sens d'une meilleure prévisibilité.

En gardant le silence sur ces points, les rédacteurs français ont choisi de s'écarter de l'approche adoptée dans les Principes d'UNIDROIT et les Principes du droit européen des contrats. Ils sont beaucoup plus précis que le nouveau Code français : ils donnent une définition de la pénibilité<sup>119</sup> et des conseils sur les types de violations qui justifient la résiliation.<sup>120</sup>

### *4. Des opportunités manquées ?*

---

<sup>118</sup>Stoffel-Munck (n 77)

<sup>119</sup>Art 6.2.2 Principes d'UNIDROIT..

<sup>120</sup>Art 7.3.1 des Principes d'UNIDROIT et art 8.103 des Principes du droit européen des contrats.

Les réformes auraient pu aller plus loin dans d'autres domaines pour rendre le droit français plus compétitif sur le plan commercial. Parmi les opportunités manquées figurent sans doute l'introduction d'un droit de résiliation en cas de rupture anticipée du contrat. Cela aurait permis à la victime d'un manquement de se considérer comme libérée, avant même l'échéance de l'exécution. Même après les réformes, le droit français ne reconnaît pas la violation anticipée.<sup>121</sup> Le promettant lésé ne peut résilier ni demander une exécution spécifique ou des dommages-intérêts avant la date d'échéance de l'exécution.

L'introduction d'une résiliation pour violation anticipée aurait, comme la résiliation volontaire, favorisé l'efficacité commerciale. Cela aurait signifié que le promettant lésé aurait pu résilier le contrat encore plus rapidement, minimisant ainsi potentiellement ses pertes. Cela aurait été conforme au nouvel article 1220, qui prévoit des mesures anticipées *exceptio non adimpleti contractus* (exception d'inexécution). Une partie contractante peut suspendre sa propre exécution dès qu'il apparaît que l'autre partie n'exécutera pas ses obligations à l'échéance, si les conséquences du manquement sont suffisamment graves. L'effet pratique est que l'exécution peut être suspendue avant son échéance, même si le contrat ne peut pas prendre fin. L'absence de rupture anticipée dans les réformes est non seulement regrettable mais aussi surprenante, étant donné que des projets de réforme antérieurs avaient favorisé des formes de « résiliation anticipée ».<sup>122</sup>

## V. CONCLUSION

Avant les réformes, le ministre français de la Justice de l'époque déplorait que « notre droit date de plus de deux siècles... Les temps ont changé... Notre droit n'inspire personne au monde... Il y a une bataille d'influence en Europe entre notre droit continental... et le droit commun ». loi.... Cette bataille est... permanente ».<sup>123</sup> Il est peu probable que le droit français des contrats soit inspirant et plus compétitif au vu des questions restées sans réponse et des nouvelles incertitudes créées.

Les réformes sont cependant les bienvenues. Ils constituent une nette amélioration par rapport au Code 1804. Le nouveau régime est beaucoup plus complet et intelligible. À certains égards au moins, il existe désormais un meilleur équilibre entre les intérêts des parties et, sans compromettre les valeurs clés du droit français, des solutions plus raisonnables et plus équitables devraient être trouvées. L'harmonisation du droit français avec des solutions qui fonctionnent efficacement dans d'autres juridictions et instruments internationaux de droit des contrats est également à saluer, malgré les opportunités manquées.

Le visage du Code civil dans le domaine des obligations va probablement encore bientôt changer. Une autre réforme est en route. Des propositions relatives à la responsabilité délictuelle ont été élaborées pour remplacer les articles emblématiques 1382-1386 du Code civil.<sup>124</sup> Les premières propositions ont été publiées en avril 2016. Une période de consultation a été lancée et clôturée fin juillet 2016. Sur la base des commentaires reçus lors de cette consultation, de nouvelles propositions ont été publiées en mars 2017.<sup>125</sup> Ils contiennent 83 nouveaux articles dans lesquels figurent des innovations significatives.<sup>126</sup> Il faut espérer que les élections présidentielles de cette année, qui aboutiront à un changement de gouvernement, ne ralentiront pas ce processus passionnant.

---

<sup>121</sup>S Whittaker « Comment le droit français traite-t-il les ruptures anticipées de contrat ? » 45 (1996) ICLQ 662.

<sup>122</sup>Art 111 du Projet Terré (n 20) ; Art 169 du projet de réforme du ministère de la Justice 2008 (n 20).

<sup>123</sup> Compte rendu officiel de la séance du 23 janvier 2014 dans le <https://www.senat.fr/seances/s201401/s20140123/s20140123014.html>. Sénat.

<sup>124</sup>Avant-Projet de Loi, Réforme de la responsabilité civile : [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/avpjlrresponsabilite-civile.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avpjlrresponsabilite-civile.pdf).

<sup>125</sup> Projet de réforme de la responsabilité civile de 13 Mars 2017 : [http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet\\_de\\_reforme\\_de\\_la\\_responsabilite\\_civile\\_13032017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf).

<sup>126</sup>Par exemple, l'introduction d'une forme d'atténuation (art 1263 proposé) et d'une « amende civile » qui s'apparente à des dommages-intérêts punitifs (art 1266-1 proposé).

