


AJDI 2019 p.336

La réforme du droit des contrats : de l'ordonnance du 10 février 2016 à la loi de ratification du 20 avril 2018 (1)




Nicolas Dissaux, Professeur des universités, université de Lille

L'ordonnance est morte, vive la loi de ratification ! Entre l'une et l'autre, que s'est-il passé ? Telle est donc la question. Un optimiste songera volontiers au mot de Napoléon ; il le singera plutôt : « La réforme du droit des contrats est finie, elle est fixée aux principes qui l'ont dictée ! » Seulement un esprit plus critique pourrait s'écrier : « Quels principes au juste ? » La thèse est relayée dans les meilleurs manuels : « Cette procédure de ratification a été [...] l'occasion de constater combien, en certains domaines [...] le lobbying des puissances d'argent et de leur relais - Haut comité juridique de la place financière de Paris, doctrine - avait su se déployer avec une pleine efficacité »  (2). Le passage de l'ordonnance à la loi n'aurait été que l'occasion de transiger, une période de pressions feutrées.

Une chose est sûre : ce passage n'a pas été neutre et mérite d'être considéré en tant que tel. Au moins pour deux raisons.

- La première est générale dans la mesure où la transformation d'une ordonnance en loi n'est jamais anodine. En termes un peu barbares, cette transformation équivaut à une transmutation normative.

- La seconde raison, elle, est particulière. C'est qu'en dépit d'une doctrine militante le législateur n'a pas opté pour une ratification « sèche ». Le Sénat a partiellement réécrit la copie de la chancellerie. Certes, seuls vingt et un articles du code civil (21 sur 350) auront été changés. Pas de quoi parler de « réforme de la réforme », donc. Cela suffit néanmoins pour soulever d'importantes difficultés. Celles-ci sont d'ordre temporel : il faudra pendant un certain temps jongler avec trois droits différents. Pas question toutefois d'empiéter sur le terrain que défrichera tout à l'heure mon collègue Joël Monégier. D'autant qu'il existe aussi des difficultés d'ordre substantiel puisque le législateur a modifié certains mots du texte, et que Céline l'écrivait fort bien : « Avec les mots on ne se méfie jamais suffisamment, ils ont l'air de rien les mots, pas l'air de dangers bien sûr, plutôt de petits vents, de petits sons de bouche, ni chauds, ni froids, et facilement repris dès qu'ils arrivent par l'oreille par l'énorme ennui gris mou du cerveau. On ne se méfie pas d'eux des mots et le malheur arrive. »

Encore faut-il circonscrire le sujet, qui ne porte en effet que sur « la réforme du droit des contrats ». Partant, je ne dirai rien, si ce n'est par prétérition, de toutes les modifications qui affectent le régime général des obligations. Rien, par exemple, de la compensation dont un codébiteur solidaire peut se prévaloir afin de se libérer de son engagement  (3). Rien non plus des restitutions  (4). Rien, enfin, sur la transformation de la cession de dette en contrat solennel  (5).

Même ainsi élagué, le sujet, pourtant, reste vaste : « De l'ordonnance du 10 février 2016 à la loi de ratification du 20 avril 2018. » Sans doute s'agit-il uniquement d'étudier le passage d'une norme à une autre. Mais celui-ci emporte, à l'analyse, un double changement. D'une part, un changement de contenant : on passe d'une source à une autre ; d'autre part, un changement de contenu : on passe d'un texte à un autre.

Ce seront logiquement nos deux points : d'une source l'autre, d'abord ; d'un texte l'autre, ensuite.

D'une source, l'autre

Passer d'une ordonnance à une loi, c'est évidemment passer d'une source du droit à une autre. Cela implique deux choses différentes : non seulement un changement de méthode ; mais aussi un changement de nature.

Changement de méthode

Quel changement de méthode ? Il s'agit avant tout d'une modification dans l'élaboration même du droit des contrats. Certain, ce changement pourrait cependant aussi en justifier un autre, dans l'interprétation de ce nouveau droit cette fois.

- Le changement porte, en premier lieu, sur l'élaboration du droit des contrats. De fait, le recours à la technique des ordonnances avait fait jaser ! Comment diable avait-on pu abandonner un pan si considérable du droit civil à d'obscurs fonctionnaires ? Le Sénat a voulu rattraper le coup. C'est plus particulièrement François Pillet qui lança une série de consultations suivie d'auditions à l'automne 2017. Et il faut bien le reconnaître : ce travail a permis de véritables débats. Bien entendu, les personnes auditionnées n'ont pas toujours été suivies. Bien sûr, quelques puissantes organisations représentatives d'intérêts financiers ont donné leur avis. Mais alors ? Tout cela paraît plutôt sain. Ces interventions ont permis d'améliorer la qualité technique de certains textes. Évidemment, les grandes lignes de la réforme n'ont pas bougé et les parlementaires ont fait preuve d'une prudence toute sénatoriale. N'empêche : cette période reste marquée par une effervescence doctrinale fort salutaire. De ce point de vue, le passage de l'ordonnance à la loi a été l'occasion d'un sursaut sinon démocratique (il ne faut tout de même pas exagérer : le système des ordonnances n'a rien d'antidémocratique puisqu'il est prévu par l'article 38 de la Constitution), du moins... disons délibératif, la manifestation d'un souci d'ouverture. Mais ce n'est pas tout.

- Certains prédisent, en second lieu, un changement dans les méthodes d'interprétation du droit des contrats. Il serait directement lié au précédent changement. Pourquoi ? Eh bien parce que le fait que l'adoption de la loi de ratification ait été « précédée d'un travail en commissions et de débats » fournit des « travaux parlementaires », des travaux préparatoires. Et cela appellerait un changement des méthodes d'interprétation. Tandis que, depuis une très longue période, le droit commun du contrat était devenu l'un des domaines d'élection de la libre recherche scientifique, « il devrait à nouveau relever de la méthode de l'exégèse »⁽⁶⁾. En somme, les juristes seraient repris d'un vieux fantasme. Ils se remettraient à croire en ce que certains appellent encore « l'intention du législateur ». Nous en serions revenus au temps de Delvincourt et consorts. Au reste, les parlementaires eux-mêmes exhortent à ce changement. Un seul exemple : à propos de l'articulation droit commun/droit spécial, et notamment sur la question de savoir si le texte de droit commun sur les clauses abusives (art. 1171 C. civ.) pouvait s'appliquer au droit commercial (en plus de l'art. L. 442-6 C. com., donc), l'auteur d'un amendement finalement retiré (amendement qui précisait que l'article 1171 du code civil n'était pas applicable dans le cadre de l'article L. 442-6 du code de commerce), un parlementaire s'exclamait ainsi : « Le compte rendu de nos débats permettra de trancher ce point en cas de difficulté ! » Ah bon... Vous me direz : sur cette question particulière, peu nous importe, car on sait depuis un arrêt du 15 février 2018 qu'en matière de bail commercial l'article L. 442-6 n'est pas applicable⁽⁷⁾, de sorte que seul l'article 1171 nous intéresse. Certes... Mais plus généralement ? Disons-le d'emblée : l'office des juristes ne ressort pas grand de cette tendance annoncée, laquelle paraît aussi incertaine qu'inutile. Incertaine parce qu'il est vain de chercher l'intention d'un législateur⁽⁸⁾. Au demeurant, l'interprétation n'est jamais une oeuvre de connaissance (connaître une hypothétique intention, par exemple), elle est plus fondamentalement, au moins en partie, une oeuvre de volonté (l'interprète y met beaucoup du sien). Cette tendance est au surplus inutile parce que certaines indications qui font partie des travaux préparatoires ne sont franchement pas raisonnables. Ainsi lorsque le rapport de présentation de l'ordonnance affirme que toutes les règles sont supplétives dès lors qu'elles ne sont pas déclarées impératives. Mais


alors *quid* de la force obligatoire des contrats (puisque l'article 1103 du code civil ne se prétend pas impératif) ? En toute hypothèse, rien ne sert de prétendre brider la liberté de l'interprète. Vaine prétention, irréaliste. Où l'on en vient au second changement lié au passage d'une source à l'autre : changement non plus de méthode, mais de nature.


Changement de nature

Le passage de l'ordonnance à sa ratification traduit évidemment une forme de sécurisation de la réforme. L'idée, toutefois, est à nuancer. Le même passage est en effet susceptible de favoriser une espèce de fragilisation.

Sécurisation de la réforme : oui ! Avant la ratification, l'ordonnance n'était, certes, pas caduque puisqu'un projet de loi de ratification avait été déposé dans le délai fixé par la loi d'habilitation. Il reste qu'elle n'était qu'un acte de forme réglementaire. Les ordonnances sont, en effet, des actes administratifs tant qu'elles n'ont pas été ratifiées par une loi. Alors attention : ce ne sont pas vraiment des règlements, comme il résulte de l'article 38 de la Constitution, dont il suit qu'à l'expiration du délai d'habilitation, et bien qu'elles constituent des actes administratifs de forme réglementaire, les ordonnances prises pendant le délai imparti ne peuvent plus être modifiées que par la loi en ce qui concerne leurs dispositions intervenues dans les matières relevant du pouvoir législatif. Il n'en demeure pas moins qu'avant la ratification l'ordonnance pouvait être querellée devant le Conseil d'État. Or c'est fini. Sécurisation donc. De Charybde, n'est-on pas pourtant tombé en Scylla ? La question se pose dans la mesure où la loi de ratification concourt aussi, à certains points de vue, à la fragilisation de la réforme.

Quelle fragilisation ? Il y a, bien sûr, celle qu'évoquait Napoléon, encore lui, au lendemain du code civil, lors de la publication du premier commentaire du code (celui de Maleville donc), celle qui lui avait fait dire : « Mon code est perdu ! » Cependant, une autre raison, plus technique cette fois, ne doit pas être négligée. Si la transmutation de l'ordonnance ferme les recours susceptibles d'être portés devant le Conseil d'État, elle ouvre en effet une autre série de voies de contestation, plus dangereuses peut-être. Quelles voies de contestation ? Au moins deux.

Primo : la fameuse question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Vous allez me dire : la QPC ne permet de contester qu'une disposition législative portant atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Soit. Des auteurs ont pourtant d'ores et déjà invité les plaideurs à se rebeller contre certaines innovations issues de la réforme. Je pense en particulier à l'article 1124, alinéa 2, du code civil, lequel combat ouvertement la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation en prévoyant que la révocation de la promesse de contrat pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. Or, pour certains, la solution revient à forcer une personne à consentir à un contrat. Muriel Fabre-Magnan, par exemple, estime qu'il y a là une atteinte disproportionnée au principe de la liberté contractuelle  (9). Alors oui : on pourrait considérer qu'en promettant le promettant a déjà bridé sa liberté, mais la question est posée. Et il y en a sûrement beaucoup d'autres en germe.

Secundo : le contrôle dit de « conventionnalité ». Il est désormais grand ouvert. Vous me direz cette fois : l'ordonnance aussi pouvait faire l'objet d'un tel contrôle devant le Conseil d'État ! C'est vrai. Cela étant, la Cour de cassation a développé une jurisprudence assez particulière. Vous vous souvenez sûrement de cette histoire de mariage incestueux (c'est un arrêt du 4 décembre 2013  (10)). Pour la Cour de cassation, il ne suffit pas qu'un texte soit conforme à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, encore faut-il que son application le soit aussi. Voilà bien qui ouvre des perspectives immenses dans le contentieux du droit des contrats. Un seul exemple : une clause d'arbitrage s'impose normalement en vertu de la force obligatoire des contrats (si elle est stipulée dans un litige arbitral bien sûr...). Mais imaginez que son application empêche une partie impécunieuse d'accéder au juge. L'application de la clause ne devient-elle pas alors contraire à l'article 6 de la Convention européenne et au droit d'accès à un juge ? On le voit : il n'est pas anodin de passer d'une source à une autre. Il l'est encore moins de passer d'un texte à l'autre.

D'un texte, l'autre

La loi de ratification a procédé à deux séries de changements : tantôt, elle n'a guère fait que préciser ; tantôt, elle a véritablement innové.

Les précisions

Il existe deux manières d'apporter des précisions : soit par addition, soit par soustraction.

Le premier moyen de préciser : ajouter donc. Techniquement, le résultat est le plus souvent heureux et concerne nécessairement les spécialistes des baux commerciaux. Trois exemples.

- Le premier est tiré de l'article 1112 du code civil sur les pourparlers. L'ancienne version prévoyait qu'en cas de faute dans la négociation la réparation du préjudice ne pouvait avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu. Soit. C'était toutefois oublier un peu le fameux arrêt *Manoukian* (11), lequel ajoutait que les dommages-intérêts ne pouvaient pas non plus comprendre la perte de chance de réaliser ces gains liés au contrat. Le législateur l'a précisé. La sanction d'une faute dans les pourparlers est donc toujours aussi faible qu'auparavant.

- Autre exemple : l'article 1137 du même code. On parle donc ici de la réticence dolosive. Là encore, l'ordonnance soulevait un petit doute. Pourquoi ? Eh bien parce que l'article 1112-1 exclut tout devoir d'information portant sur « l'estimation de la valeur de la prestation ». Or les articles 1137 et 1139, version ordonnance, laissaient penser, eux, qu'il pouvait exister une réticence dolosive sur ce type d'information. La jurisprudence *Baldus* était-elle enterrée ? La question se posait nécessairement. La réponse n'est plus douteuse : non. L'article 1137 le précise désormais sans ambages : le dol ne peut pas être caractérisé en cas de silence gardé par une partie sur la valeur de la prestation de l'autre. De petites omissions pourront donc toujours servir à faire de bonnes affaires.

- Enfin, dernier exemple : l'article 1221 du code civil. Ce texte prévoit maintenant qu'on ne peut s'opposer à l'exécution forcée d'un contrat lorsque son coût est manifestement disproportionné par rapport à l'intérêt qu'en retire le créancier que si le débiteur est de « bonne foi ». Cela restreint ce que certains présentent encore comme une atteinte au principe de la force obligatoire des contrats.

Hélas, il y a aussi des contre-exemples. Au moins un : l'article 1223 du code civil sur cette nouvelle sanction que constitue la réduction du prix. Le texte était si mal fagoté qu'il a été refondu.

Deux cas de figure sont désormais bien distingués.

Premier cas de figure : *le créancier n'a pas encore payé la totalité du prix*. En cas d'exécution imparfaite et après mise en demeure, il peut alors notifier sa « décision » d'en réduire de manière proportionnelle le prix (C. civ., art. 1223, nouv. al. 1^{er}).

Second cas de figure : *le créancier a déjà payé*. Il peut alors, toujours moyennant mise en demeure, demander au juge la réduction du prix (C. civ., art. 1223, al. 2). Apparemment, c'est beaucoup plus clair : résolution unilatérale dans un cas, résolution judiciaire de l'autre. Sauf que non... Dans le premier alinéa, le cas de la réduction unilatérale donc, l'article ajoute : « L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit. » Or que vient faire l'acceptation du débiteur dans cette galère ? Si le débiteur doit accepter la réduction, le mécanisme ne sert plus à rien : la réduction n'est plus unilatérale mais conventionnelle. On le voit : il n'est pas

toujours facile d'ajouter au texte. L'est-il davantage de retrancher ?

Voici, en effet, le second moyen de préciser : soustraire. Avec à vrai dire un seul exemple ici ; un seul exemple, mais qui rassurera beaucoup de monde de la vie des affaires. C'est l'article 1145 du code civil, relatif à la capacité des personnes morales. Allez savoir pourquoi, les rédacteurs de l'ordonnance avait limité cette capacité aux actes « utiles à la réalisation » de l'objet de ces personnes. Qui pourtant allait apprécier cette mystérieuse « utilité » ? Mieux valait supprimer ce nid à contentieux. C'est ce qu'a fait d'un trait de plume, fort utilement, la loi de ratification. L'innovation eût, en effet, été fâcheuse. Cependant, le législateur ne s'est pas privé d'introduire d'autres innovations. C'est notre dernier point.

Les innovations

Les innovations procèdent parfois par extension, parfois par restriction.

Par extension ? Voyez surtout la nouvelle définition du contrat d'adhésion. C'est l'article 1110, alinéa 2, du code civil dont il résulte que le contrat d'adhésion est « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Cette notion, vous le savez, a suscité de grands remous. Et il est vrai que la nouvelle définition évite certains écueils de la précédente. Il n'y a pas à se demander ce que sont des conditions « générales », par exemple. Il reste néanmoins de grandes zones d'ombre. D'abord, qu'est-ce au juste un « ensemble de clauses » ? Et une clause non négociable ? On ne se posera plus la question de savoir si, en fait, telle ou telle clause avait ou non été négociée, mais si elle pouvait l'être. Quant à la référence à la détermination des clauses par « l'une des parties », elle pose une question de taille : *quid* du recours aux formulaires ? Suffira-t-il de recourir à un formulaire pour éviter la qualification de contrat d'adhésion ? Cela ne serait pas très raisonnable, mais le texte n'est pas clair. Enfin, une clause pourrait-elle prévoir que « l'ensemble des clauses du bail a été négocié » ou que « le présent contrat est un contrat de gré à gré » ? Cela paraît douteux, puisqu'une telle clause ne devrait pas lier le juge en vertu de l'article 12 du code de procédure civile. N'empêche : le texte qui définit le contrat d'adhésion n'est pas expressément d'ordre public, de sorte qu'à suivre certains il devrait être tenu pour supplétif. Bref, le jeu en valait-il la chandelle ? Pas sûr. D'autant que l'intérêt de la notion se trouve, lui, assez restreint par la loi de ratification.

Innovations par restriction ? Le Sénat a d'abord réussi à ajouter que, dans un contrat d'adhésion, seules les clauses non négociables peuvent être réputées non écrites lorsqu'elles instaurent un déséquilibre significatif entre les droits des parties. Restriction notable donc. D'aucuns diront : tant mieux ! Après tout, la protection de la partie faible ne se justifie que pour les clauses qui lui ont été imposées. Pour ma part, je trouve cela assez schématique. Cela aboutit à un dépeçage des contrats qui nie leur homogénéité.

Dans le même esprit, il est regrettable que le législateur ait encore restreint le champ d'application du vice de violence et plus particulièrement du nouveau cas de violence que constitue l'état de dépendance. La nouvelle rédaction de l'article 1143 du code civil précise, en effet, qu'il y a violence lorsqu'une partie abuse de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant « à son égard ». Mais pourquoi diable cette restriction ? Normalement, la violence est prise en compte même lorsqu'elle est exercée par un tiers.

Enfin, le législateur a supprimé la règle tendant à limiter les conflits d'intérêts en matière de représentation. L'article 1161 du code civil ne vise plus les personnes morales. On a dit que cette suppression avait été arrachée par certains lobbys... Possible. Laissons toutefois le débat aux spécialistes et n'alimentons pas l'ère du soupçon.

Pour ce qui nous concerne, bornons-nous à le reconnaître : les innovations introduites par la loi de 2018 n'étaient pas d'une nécessité absolue. De sorte que si l'on fait le bilan de ce qui s'est passé entre 2016 et 2018, si l'on essaie de

résumer d'un mot ce passage de l'ordonnance à sa ratification, c'est moins à Napoléon qu'à Neil Armstrong que l'on pense, fût-ce pour le pasticher : un grand pas pour l'homme de loi, certes, mais un tout petit pas pour l'humanité contractante.

Mots	clés	:
BAIL COMMERCIAL * Statut des baux commerciaux * Droit des contrats * Réforme		

(1) Cette contribution a été présentée lors d'une conférence organisée par l'Atelier des baux commerciaux de Lorraine le 14 décembre 2018 à Nancy et intitulée « Le bail commercial dans la tourmente des réformes ». Le style oral a été conservé.










(2) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit des obligations*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 12^e éd., 2018, n° 64, p. 74.

(3) L'article 1347-6, alinéa 2, du code civil laissait planer un doute dans la mesure où il visait uniquement la compensation « intervenue » entre le créancier et l'un de ses coobligés. Fallait-il que la compensation ait déjà joué ? La question restait ouverte. La nouvelle version du texte est meilleure : « Le codébiteur solidaire peut se prévaloir de la compensation de ce que le créancier doit à l'un de ses coobligés pour faire déduire la part divise de celui-ci du total de la dette. »

(4) Dans sa version issue de la loi de 2018, l'article 1352-4 du code civil dispose : « Les restitutions dues par un mineur non émancipé ou par un majeur protégé sont réduites à hauteur du profit qu'il a retiré de l'acte annulé. » Dans sa version issue de l'ordonnance de 2016, le même texte dispose : « Les restitutions dues à un mineur non émancipé ou à un majeur protégé sont réduites à proportion du profit qu'il a retiré de l'acte annulé. »










(5) C. civ., art. 1327.







(6) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, préc.

(7) Civ. 3^e, 15 févr. 2018, n° 17-11.329, D. 2018. 414  ; *ibid.* 2326, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra  ; *ibid.* 2019. 279, obs. M. Mekki  ; AJDI 2018. 520  , obs. A. Antoniutti  ; *ibid.* 601  , obs. J.-P. Blatter  ; AJ Contrat 2018. 143, obs. K. Magnier-Merran  ; RTD civ. 2018. 408, obs. H. Barbier .

(8) V. récemment sur ce sujet : J. Jeanneney, *in* Droit et indétermination, Droit & Philosophie, éd. Dalloz, vol. 9-I, 2018.

(9) M. Fabre-Magnan, D. 2015. 826 .

(10) Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2014. 179, obs. C. de la Cour , note F. Chénédé  ; *ibid.* 153, point de vue H. Fulchiron  ; *ibid.* 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau  ; *ibid.* 2017. 123, chron. V. Vigneau  ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret  ; *ibid.* 2013. 663, point de vue F. Chénédé  ; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser  ; *ibid.* 307, obs. J.-P. Marguénaud .

(11) Com. 26 nov. 2003, n°s 00-10.243 et 00-10.949, D. 2004. 869 , note A.-S. Dupré-Dallemagne  ; *ibid.* 2922, obs. E. Lamazerolles  ; Rev. sociétés 2004. 325, note N. Mathey  ; RTD civ. 2004. 80, obs. J. Mestre et B. Fages  ; *ibid.* 85, obs. J. Mestre et B. Fages .