



AJ Contrat 2018, p.251**Dossier : La « réforme de la réforme » du droit des obligations : (I) Le contrat****AJ Contrat 2018, p.252****Présentation générale**

**Lionel Andreu, Professeur agrégé des facultés de droit (Université de Poitiers),
Vice-président du Club des métiers du droit**

Louis Thibierge, Professeur agrégé des facultés de droit (Université d'Aix-Marseille)

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016  (1) portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a constitué un tournant majeur du droit français des obligations. Supprimant la cause, consacrant le contrat d'adhésion, introduisant le principe de révision pour imprévision - pour ne signaler ici que quelques innovations remarquables -, elle marque d'une pierre blanche l'histoire du code civil. La ratification de cette ordonnance se faisait néanmoins attendre. Il a fallu attendre plus de deux ans et une loi n° 2018-287 du 20 avril 2018  (2) pour qu'elle advienne, accompagnée d'une quinzaine d'articles modificatifs de l'ordonnance du 10 février 2016. Cette loi de ratification est le résultat d'un processus parlementaire qu'il faut retracer, avant que ne soient mis en exergue les apports du travail parlementaire.




1. Le processus

Au	commencement	était	le	Code
----	--------------	-------	----	------

Resté intouché ou presque depuis 1804 en matière contractuelle, il présentait tous les atouts et les scories de la loi écrite. Atouts, parce qu'il offrait une vision rassurante, structurée, organisée de notre droit des obligations. Scories, parce qu'au fil des ans, le fossé se creusait entre le droit écrit et le droit vivant. Le droit des obligations s'était largement construit au-delà du Code, voire contre le Code. Ce hiatus entre la lettre et l'esprit n'était pas pour favoriser la sécurité juridique, l'accessibilité du droit ou la capacité d'attraction du droit français dans un contexte international.

Il fallait réformer. Oui, mais comment ? À droit constant, en ne faisant que consacrer les solutions prétoriennes ? En faisant *tabula rasa* ? En innovant çà et là, par des modifications lapidaires ?

Les avant-projets se sont succédé, avec un succès variable. La volonté politique n'était sans doute pas toujours prégnante. En 2014, le gouvernement décide de réformer par voie d'ordonnances, afin de s'assurer d'une procédure plus rapide, mais laissant peu de place au débat.

Le 16 février 2015, le Parlement autorisait le gouvernement à « prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires permettant de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme »  (3). Après un premier jet - pour partie décrié - publié courant 2015  (4), le texte définitif est adopté le 10 février 2016. L'ordonnance n° 2016-131 faisait émerger un nouveau droit des obligations, emportant à la fois consécration de solutions prétoriennes et affirmation des solutions de rupture, que l'on songe notamment au bris de la jurisprudence *Consorts Cruz*  (5) ou à l'émergence de la théorie de l'imprévision.

Les premiers mois de vie de l'ordonnance du 10 février 2016 ont permis aux juridictions du fond d'éprouver les premières difficultés d'application pratique des textes. Difficultés d'autant plus fortes que les juges ne pouvaient s'appuyer sur des travaux préparatoires par définition inexistants pour déterminer la *ratio legis* des dispositions nouvelles. En toute hypothèse,

l'ordonnance du 10 février 2016 devait recevoir l'onction parlementaire pour acquérir valeur législative. Aussi fut-il déposé devant les deux assemblées un projet de loi de ratification de l'ordonnance. On a un temps pensé que cette ratification serait « sèche », la loi se bornant à disposer : « L'ordonnance n° 2016-131 est ratifiée ». C'était sans compter l'implication des parlementaires. Ils se sont montrés sensibles à la nécessité de réparer les scories rédactionnelles affectant le texte originel, mais aussi, et c'est sans doute plus surprenant, ils ont prêté l'oreille à ceux qui entendaient détricoter le texte de 2016. De manière audacieuse, les parlementaires se sont saisis de la loi de ratification pour tenter de réécrire ce qui avait été consacré en 2016.

Ainsi, les sénateurs ont, jusqu'au bout du processus législatif, milité pour la suppression de la révision judiciaire pour imprévision, pour ne laisser au juge que le seul pouvoir de résoudre le contrat⁽⁶⁾. De même, les députés ont tenté de restreindre le champ des contrats d'adhésion aux seuls contrats de masse, c'est-à-dire ceux qui comportent des conditions générales destinées à s'appliquer à une multitude de personnes ou de contrats⁽⁷⁾. Autant de tentatives de remise en cause de l'ordonnance, sous couvert de la ratifier, voire de l'interpréter. Au fil des navettes parlementaires, députés et sénateurs ont opéré un rapprochement de leurs positions. À la fin 2017, les projets des deux assemblées étaient encore opposés sur certains points cruciaux, et particulièrement quant à la définition du contrat d'adhésion ou à la révision pour imprévision. Il a fallu réunir une commission mixte paritaire pour aplanir les dernières difficultés.

Le 22 mars 2018, l'Assemblée nationale a adopté le texte définitif. Le Sénat lui a emboîté le pas le 11 avril. Le 20 avril 2018, la loi était donc promulguée. Elle fut publiée au Journal officiel du 21 avril 2018. Nous connaissons désormais la teneur de notre « nouveau » droit des contrats.

2. Les apports

Les apports des parlementaires au droit des contrats sont doubles.

Il faut d'abord relever les nombreuses précisions interprétatives de l'ordonnance du 10 février 2016 qui émaillent les travaux parlementaires. Déclarant agir « dans un esprit de responsabilité », ceux-ci - plus particulièrement les sénateurs⁽⁸⁾ - ont entendu préserver les professionnels d'une nouvelle réforme du droit des obligations, en faisant preuve d'une certaine retenue dans les modifications apportées à l'ordonnance de 2016. Pour ne pas laisser les praticiens sans réponse aux nombreuses questions que celle-ci avait suscitées, ils ont néanmoins entendu « lever plusieurs difficultés d'interprétation, sans modifier le texte, en précisant, au stade de la ratification de l'ordonnance, le sens qu'il convenait de donner à certaines dispositions ».

Le rapport sénatorial de Monsieur François Pillet⁽⁹⁾ revient à ce titre longuement sur la distinction des règles impératives et des règles supplétives, considérant que doivent être considérées comme « impératives les seules dispositions expressément mentionnées comme telles dans le texte de l'ordonnance ou celles dont la rédaction indique sans ambiguïté le caractère impératif »⁽¹⁰⁾, affirmation qui laisse sceptique⁽¹¹⁾, tant il est clair que de nombreuses règles non expressément signalées comme d'ordre public seront vraisemblablement considérées comme telles par le juge⁽¹²⁾.

Le rapport revient également sur l'articulation du droit commun et des droits spéciaux. Compte tenu des incertitudes subsistant pour la mise en œuvre de l'article 1105 du code civil, il précise que « le silence du droit spécial, de même que sa simple compatibilité avec le droit commun ne peuvent pas conduire automatiquement à l'application du droit commun : une appréciation au cas par cas devra être assurée, en prenant en compte la cohérence interne du droit spécial ». Prenant un exemple discuté, le rapport ajoute : « De façon à expliciter l'intention du législateur lors de la ratification de l'ordonnance et à assurer la cohérence du droit, votre commission indique que l'article 1171 du code civil ne peut s'appliquer dans les champs déjà couverts par l'article L. 442-6 du code de commerce et par l'article L. 212-1 du code de la consommation, lesquels permettent déjà de sanctionner les clauses abusives dans les contrats entre professionnels et dans les contrats de consommation. L'article 1171 du code civil a pour vocation de sanctionner les clauses abusives dans les contrats d'adhésion qui ne relèveraient pas déjà de ces deux dispositifs existants »⁽¹³⁾.

Quelle valeur convient-il d'accorder à ces prises de position ? Sur ce point, les sénateurs paraissent avoir eu une vision un peu exagérée de leur office. À de nombreuses reprises, le rapport signale ainsi au moyen d'une tournure impérative que les interprétations données doivent être suivies par les juges. Plus clairement encore, le rapporteur soulignait lors des discussions en commission l'originalité de la méthode employée, qui était de « préciser

expressément l'interprétation qui doit être donnée à des dispositions que nous ne modifions pas, en rappelant l'importance des travaux préparatoires à la rédaction du texte de loi : ils lient le magistrat ! ». L'analyse est excessive. Il est admis que les travaux parlementaires, même quand ils sont d'authentiques travaux préparatoires, ne lient pas le juge, mais sont seulement un outil parmi d'autres entre les mains des magistrats pour appliquer les textes aux situations concrètes qui leur sont soumises et que le législateur n'a pas eues à l'esprit. Surtout, il faut également admettre que les travaux des parlementaires relatifs à la loi de ratification ne peuvent pas même émarger au rang de travaux préparatoires de l'ordonnance de 2016. Outre que les parlementaires ne sont pas les auteurs de cette dernière, leurs travaux interviennent en l'occurrence deux ans après le texte dont ils entendent révéler le sens. L'idée même de travaux préparatoires s'en trouve éliminée, ce qu'un auteur a plaisamment mis en exergue pour évoquer ces travaux « postparatoires »⁽¹⁴⁾. Où l'on voit que toute la philosophie de la loi de ratification repose sur un malentendu : si les parlementaires ont opté pour une « petite » réforme, c'était dans la croyance erronée qu'ils pouvaient donner aux praticiens une interprétation des textes ambigus de l'ordonnance qui s'imposerait aux juges.

Au final, la loi de ratification en est ressortie amoindrie : elle n'opère qu'une réforme mesurée de la réforme de 2016. Seule une petite trentaine de textes en ressort corrigée ou réécrite : redéfinition des contours et du régime des contrats d'adhésion⁽¹⁵⁾, amélioration du régime de la formation du contrat⁽¹⁶⁾, précision des règles relatives à sa validité⁽¹⁷⁾ ou ses effets⁽¹⁸⁾ et clarification de certaines règles relevant du régime général des obligations⁽¹⁹⁾. La loi revient également sur l'application dans le temps des nouvelles règles du droit des contrats, offrant un système complexe conduisant à distinguer le droit antérieur à la réforme, le droit intermédiaire et le droit postérieur à la loi de ratification⁽²⁰⁾.

Ce sont ces différentes modifications qui sont envisagées dans le dossier ici présenté, lequel rassemble les contributions présentées lors du colloque organisé par les soussignés, sous l'égide du Club des métiers du droit, à Paris, le 14 mai 2018⁽²¹⁾.

Mots clés :
DROIT COMMUN DES CONTRATS * Réforme du droit des contrats * Loi de ratification

(1) JO 11 févr.

(2) JO 21 avr.

(3) L. n° 2015-177 du 16 févr. 2015, art. 8, JO 17 févr.

(4) http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf

(5) Civ. 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, D. 1994. 507⁽¹⁴⁾, note F. Bénac-Schmidt⁽¹⁵⁾ ; *ibid.* 1995. 87, obs. L. Aynès⁽¹⁶⁾ ; *ibid.* 230, obs. O. Tournafond⁽¹⁷⁾ ; AJDI 1994. 384⁽¹⁸⁾ ; *ibid.* 351, étude M. Azencot⁽¹⁹⁾ ; *ibid.* 1996. 568, étude D. Stapylton-Smith⁽²⁰⁾ ; RTD civ. 1994. 584, obs. J. Mestre⁽²¹⁾.

(6) L. Thibierge, « Les effets du contrat », AJ Contrat 2018.266⁽¹⁴⁾.

(7) L. Andreu, « Le nouveau contrat d'adhésion », AJ Contrat 2018.262⁽¹⁵⁾.

(8) Les prises de position interprétatives ici mises en exergue découlent du rapport sénatorial fait au nom de la Commission des lois par le sénateur François Pillet.

(9) Rapp. Sénat (2017-2018) n° 22, 11 oct. 2017.


(10) Une liste de règles impératives est donnée par les parlementaires.


(11) D'ailleurs, le ministère de la Justice, après une prise de position similaire au sein du rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016, est finalement revenu à une position moins contestable : « Il est vrai néanmoins que nonobstant les termes du rapport, la jurisprudence pourra dans le cadre de sa mission d'interprétation de la loi, qualifier d'impératifs certains textes (ordre public virtuel) » (annexe au rapport du Haut Comité juridique de la Place financière de Paris, Propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun des contrats, https://publications.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_08_f.pdf).


(12) Par ex. les règles relatives à l'opposabilité au cédé des opérations translatives de créance, dette ou contrat.


(13) Au-delà de ces deux précisions mises spécialement en exergue par le rapport, celui-ci apporte plusieurs précisions interprétatives plus ponctuelles : le mécanisme de la révision pour imprévision s'applique à tous les contrats et non pas seulement aux contrats à exécution successive (en particulier, sont concernés les pactes de préférence et les promesses unilatérales) ; en cas de violation d'un pacte de préférence, « le bénéficiaire peut demander réparation au promettant » ou « au tiers fautif qui viole sciemment le pacte de préférence » ; « le défaut de réponse du bénéficiaire [d'un pacte de préférence] ne met pas fin au pacte de préférence : le promettant reste tenu par son engagement et le bénéficiaire pourra engager sa responsabilité contractuelle » ; les sanctions de la violation d'un pacte de préférence sont supplétives de volonté (« dans le sens où les parties pourraient par exemple exclure la sanction de nullité et de substitution en cas de violation du pacte. En revanche, les parties ne peuvent pas, par leur convention, porter atteinte aux droits des tiers. Ainsi les parties ne pourraient contractuellement prévoir de priver les tiers de leur action interrogatoire ») ; le pacte de préférence est soumis, « à défaut de délai expressément ou implicitement fixé par les parties, au régime de droit commun relatif à la durée du contrat, dans la mesure où il n'est pas incompatible avec les règles régissant le pacte de préférence » ; la règle selon laquelle le bénéficiaire d'une promesse peut lever l'option malgré la révocation du promettant peut être écartée par une clause de l'acte ; le dol d'un tiers peut être sanctionné dans le cadre d'une donation ; on peut écarter conventionnellement la règle selon laquelle l'exécution forcée en nature (art. 1121) ne s'applique pas dans le cas où il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ; si une clause résolutoire doit préciser « les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat » aux termes de l'article 1225, une telle règle n'interdit pas les clauses résolutoires balai visant tout manquement contractuel, etc.

(14) M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », D. 2018. Chron. 900. L'expression désigne selon l'auteur « la détermination *a posteriori* de la "*ratio legis*" par des interprètes qui ne sont pas à l'origine du texte ».

(15) L. Andreu, « Le nouveau contrat d'adhésion », AJ Contrat 2018. 262 .

(16) S. Pellet, « La formation du contrat », AJ Contrat 2018. 254 .

(17) G. Cattalano-Cloarec, « La validité du contrat », AJ Contrat 2018. 257 .

(18) L. Thibierge, « Les effets du contrat », AJ Contrat 2018. 266 .

(19) A. Danis-Fatôme, « Transmission des obligations », et A. Gouëzel, « Modalités et extinction des obligations », AJ Contrat juill. 2018, à paraître.

(20) J.-C. Roda, « Application de la loi dans le temps », AJ Contrat juill. 2018, à paraître.

(21) Sont intervenus dans ce colloque : L. Andreu, professeur agrégé des facultés de droit, Université de Poitiers ; L. Thibierge, professeur agrégé des facultés de droit, Université Aix-Marseille ; M.-A. Le Floch, notaire, Étude Cheuvreux ; S. Pellet, professeur agrégé des facultés de droit, Université de Picardie-Jules Vernes ; C. Carpentier, avocat, Cabinet Vigo ; G. Cattalano-Cloarec, professeur agrégé des facultés de droit, Université d'Orléans ; G. Mégret, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ; M. Bensadoun, administrateur de l'Association française des juristes d'entreprise (AFJE) ; A. Danis-Fatôme, professeur de droit privé et sciences criminelles, Université de Brest ; A. Gouëzel, professeur agrégé des facultés de droit, Université de Rennes 1 ; J.-C. Roda, professeur agrégé des facultés de droit, Université Jean Moulin, Lyon III ; J. Cheval, avocat, Cabinet Vigo.

AJ Contrat 2018, p.254

La formation du contrat

Sophie Pellet, Professeur à l'Université Picardie Jules-Verne

La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016⁽¹⁾ portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations était attendue en doctrine et par les praticiens. Reste que si tous souhaitaient que le temps de la réforme se referme définitivement, et que soit donnée valeur législative aux nouvelles dispositions des nouveaux titres III, IV et IV *bis* du livre III du code civil, le consensus s'arrêtait à peu près là. Quand certains, pour des raisons de commodité, appelaient le législateur à faire preuve de retenue - appelant à ratifier sans aucune modification (ou sous la seule réserve de quelques corrections formelles) les dispositions de l'ordonnance⁽²⁾ -, d'autres souhaitaient que les parlementaires s'emparent à leur tour du sujet, quitte à amender profondément l'ordonnance, bref à véritablement réformer la réforme⁽³⁾.




À l'évidence, les premières voix ont davantage été entendues que les secondes puisque la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018⁽⁴⁾ décevra sans doute tous ceux qui espéraient des modifications significatives⁽⁵⁾. Et c'est bien davantage une « ratification-rectification » qu'une « réforme de la réforme » qu'il faut évoquer⁽⁶⁾. Pourtant, les parlementaires, bien que timidement, n'ont pas totalement abandonné leurs prérogatives au pouvoir réglementaire et se sont permis quelques amendements, de-ci de-là. Au point qu'une orientation générale de la loi de ratification est finalement perceptible, le législateur ayant, dans l'ensemble, donné un sens plus libéral au nouveau droit des contrats⁽⁷⁾. Mais, que l'on partage ou réprouve cette orientation, il faut sans doute constater qu'elle n'a pas été pleinement assumée : soucieux de ne pas défaire ce qui venait d'être fait, le législateur est sans doute resté trop timoré, au point qu'il risque, finalement, de ne pas contenter grand monde : ceux qui espéraient qu'un souffle nouveau soit donné au droit des contrats seront à l'évidence déçus tant sont rares les dispositions amendées, ceux qui espéraient une ratification à droit constant regretteront l'imprudence des quelques modifications apportées.




La formation du contrat en donne un exemple frappant. Trois articles seulement ont été réformés, l'article 1112 relatif à la responsabilité en cas de rupture des négociations précontractuelles, l'article 1117 consacré au statut de l'offre de contracter, et l'article 1161, dédié à la représentation. Et encore faut-il constater que les amendements apportés aux deux premiers de ces textes sont d'une importance très relative puisqu'ils rectifient, plus qu'ils ne réforment, le

régime de la formation du contrat entre les parties. Mais une véritable réforme, pourtant, se niche dans la loi de ratification étant donné que la répression des conflits d'intérêts a été considérablement adoucie.

1. La formation du contrat entre les parties

La loi de ratification a entendu préciser la portée de l'article 1112 du code civil. Le premier alinéa, inchangé, dispose toujours que si l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres, ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. La modification ne porte donc que sur les conséquences de la faute commise dans les négociations : là où l'article issu de l'ordonnance prévoyait que les dommages et intérêts alloués ne pouvaient « avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu », l'article issu de l'ordonnance précise qu'ils ne peuvent davantage compenser « la perte de chance d'obtenir ces avantages ». Dit autrement, le candidat contractant qui, fautivement, aura rompu des négociations précontractuelles ne sera pas tenu d'indemniser les gains attendus du contrat, ou la perte de chance de les obtenir, et la réparation se limitera à la compensation des frais exposés en pure perte, ou à la perte de chance de conclure avec un tiers.

Voilà donc une première modification qui n'en est pas vraiment une. De fait, si l'ancien article 1112 ne contenait aucune précision relative à la perte de chance d'obtenir les gains attendus du contrat, il ne faisait aucun doute que l'intention de ses rédacteurs avait été de consacrer la solution du fameux arrêt *Manoukian*  (8). Et le rapport remis au président de la République indiquait d'ailleurs expressément qu'« est donc consacrée la jurisprudence de la Cour de cassation excluant du préjudice réparable les avantages que permettait d'espérer la conclusion du contrat, y compris la perte de chance de réaliser les gains attendus du contrat ». Au vrai, la *ratio legis* de l'ancien article 1112 était si claire qu'il est fort probable que si la loi de ratification n'avait pas rectifié ce qui relevait en réalité de l'erreur matérielle de l'ordonnance, la jurisprudence aurait, d'elle-même, continué de refuser toute indemnisation de la perte de chance d'obtenir les gains du contrat. La solution s'impose en réalité d'elle-même. La rupture des négociations précontractuelles est intrinsèquement libre, ce qui implique qu'elle n'est jamais, en soi, constitutive d'une faute. Or le préjudice lié à la perte des gains attendus du contrat, ou à la perte de chance de les obtenir (le raisonnement est ici identique) est consécutif à la rupture des négociations qui ont empêché sa conclusion : il n'y a donc pas, en matière de rupture fautive des négociations, de lien causal entre la faute imputable à l'un des négociateurs et le préjudice de perte de chance. La solution est en revanche toute différente dans l'hypothèse d'une révocation fautive de l'offre, ce que la loi de ratification a parfaitement perçu, s'abstenant de toute modification de l'article 1116 du code civil. Ce texte prévoit qu'en cas de révocation de l'offre avant expiration du délai tacite ou exprès d'acceptation, le pollicitant peut être condamné au paiement de dommages et intérêts, ces derniers ne compensant toutefois pas « la perte des avantages attendus du contrat »  (9). En revanche, rien n'interdit de condamner l'offrant à indemniser le destinataire de l'offre de la perte de chance d'obtenir ces avantages  (10) : c'est bien cette fois la révocation de l'offre qui est intrinsèquement fautive, de sorte qu'existe un lien de cause à effet entre la perte de chance d'obtenir les gains attendus du contrat et la faute.

La réforme-rectification de l'article 1112 du code civil a donc, du moins, le mérite de dissiper les hésitations. Mais c'est bien là le seul de ses avantages, car l'on regrettera que les parlementaires n'aient pas davantage poussé la réforme du régime des négociations précontractuelles en contemplation de l'article 1116. Car, de fait, si le législateur a précisé l'ampleur du préjudice indemnisable, il n'a rien dit de ce qui constitue la faute, se bornant à indiquer, ce qui n'avance guère, que la rupture ou le déroulement des négociations doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. Sans doute devra-t-on continuer de faire avec cette jurisprudence qui retient qu'en cas de rupture des négociations, la faute réside dans ses circonstances vexatoires  (11), dans sa brutalité  (12) ou, à l'inverse, sa tardiveté  (13). Si la première de ces fautes n'est guère contestable - il s'agit bien d'une faute de « circonstance », extérieure à la rupture elle-même -, il n'en est pas vraiment de même de la rupture brutale ou tardive des négociations. Déjà car l'admission de ces deux fautes est intrinsèquement incohérente : il s'agit, tantôt, de reprocher à un contractant d'avoir rompu trop rapidement et, tantôt, de ne l'avoir pas fait assez vite, cependant que l'état d'avancement des négociations laissait entendre à son partenaire que le contrat serait conclu. Surtout, car dire d'un contractant qu'il a commis une faute car il a brutalement rompu les négociations, c'est considérer qu'il aurait dû les poursuivre (et donc qu'il n'était pas pleinement libre de les faire cesser). Or, à bien y réfléchir, cette solution ne s'impose aucunement. Ce qui est choquant, c'est la trahison des attentes légitimes du partenaire. C'est bien la raison pour laquelle l'article 1116 du code civil prévoit qu'est fautive la révocation de l'offre avant expiration du délai, cependant que son destinataire croyait légitimement que la

conclusion du contrat ne dépendait plus que de sa seule volonté. Dans cette perspective, l'on peut concevoir qu'un négociateur qui, alors qu'il n'a plus l'intention de conclure, poursuit dans quelques noirs desseins les négociations, commet une faute en trahissant finalement l'embryon de confiance qu'il a fait naître chez son partenaire lors de la rupture tardive des pourparlers. Qu'en revanche, la simple brutalité de la rupture puisse être jugée fautive ne se justifie aucunement, et trahit le principe de liberté contractuelle.

Plutôt que de pousser l'analogie entre révocation de l'offre et rupture des pourparlers, le législateur s'est donc borné à rectifier une simple erreur de rédaction du texte initial et, deuxième modification apportée par l'ordonnance, à amender le régime de la pollicitation sur un point d'une importance si marginale qu'il ne génère quasiment aucun contentieux. Ainsi, l'article 1117 du code civil, dans sa version issue de la ratification, ajoute au décès et à l'incapacité de l'offrant un troisième cas de caducité de la pollicitation, à savoir le décès de son destinataire. Les héritiers du destinataire de l'offre ne pourront donc forcer la conclusion du contrat en acceptant l'offre (14). Solution que l'on peine, pourtant, à expliquer (15). S'il va de soi qu'une offre émise *intuitu personae* ne peut être acceptée que par son destinataire, il n'en va pas de même lorsque la considération de la personne n'était pas décisive. Le respect d'une conception volontariste de l'offre n'explique d'ailleurs même pas qu'une telle « porte de sortie » soit offerte, dans ce cas, au pollicitant (16). Et l'on doit donc comprendre, sans doute, que seule une volonté de simplification du régime de l'offre, qui imposerait de ne pas distinguer selon la nature de la pollicitation comme le faisait auparavant la jurisprudence (17), vient justifier la nouvelle rédaction du texte (18). Mais « ce qui paraît simple est souvent inexact » (19)...

Où l'on voit, finalement, que le juriste en quête de sensations fortes reviendra bien déçu de son analyse de la loi de ratification quant aux conditions de formation du contrat entre les contractants : s'il n'est pas tout à fait le même qu'à l'issue de l'ordonnance, le régime des négociations précontractuelles et de l'offre, à peine effleuré par la loi du 20 avril 2018, n'est certainement pas autre. Heureusement, le législateur s'est montré plus ambitieux en matière de représentation.

2. La formation du contrat par l'intermédiaire d'un représentant

Ferment d'inquiétudes pour de nombreux praticiens, l'article 1161 du code civil a été profondément modifié par la loi de ratification. Sous l'empire de l'ordonnance, ce texte prévoyait qu'à peine de nullité, « un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté ». Animés de la louable intention de prévenir les conflits d'intérêts, les auteurs de l'ordonnance n'avaient pas pris garde aux effets potentiellement dévastateurs du texte en droit des sociétés. Fallait-il comprendre, dans l'hypothèse où le dirigeant social concluait pour son propre compte une convention avec la société qu'il dirige, que la nullité était encourue ? Les dispositions de droit spécial encadrant, dans certaines formes sociales, les conventions réglementées envisageaient pourtant déjà cette difficulté en évitant qu'une annulation systématique ne soit retenue (20). Mais si l'application de l'adage *specialia generalibus derogant* pouvait peut-être permettre d'échapper aux fourches caudines de l'article 1161 du code civil, toutes les difficultés n'étaient pourtant pas aplanies. Que décider pour les formes sociales dans lesquelles aucune disposition particulière n'encadrerait ce type de convention (21) ? Et *quid* des associations, syndicats ou fondations qui, jusqu'alors, s'accommodaient fort bien des conventions conclues avec leur dirigeant ? Pire encore, le risque était grand, notamment dans les groupes de sociétés, que soit remise en cause la validité des conventions conclues entre plusieurs sociétés représentées par le même dirigeant.

La loi de ratification, adoptant une proposition doctrinale (22), raye, d'un trait de plume, ces difficultés puisque le nouvel article 1161 du code civil prévoit désormais qu'« en matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté ». L'inspiration est claire - il s'agit, dans une optique libérale (23), de restreindre très fortement les hypothèses d'annulation potentielles -, la rédaction l'est beaucoup moins. À cela, deux raisons. L'on s'interrogera, tout d'abord, sur l'hypothèse d'un contrat conclu entre une personne physique et une personne morale par le truchement d'un même mandataire. Sans doute pourrait-on considérer, en la circonstance, que l'application du texte est totalement exclue, mais l'on pourrait tout aussi bien admettre une application distributive de l'article 1161 du code civil, seule la personne physique représentée pouvant invoquer la nullité (24). Ensuite, et même dans l'hypothèse simple d'un contrat conclu entre deux personnes physiques représentées par le même mandataire, la mise en oeuvre du texte n'ira pas sans mal, car il faudra alors caractériser une « opposition d'intérêts » entre les parties. Ce qui n'a rien d'évident. *Prima facie*, l'opposition paraît

caractérisée chaque fois que le contrat réalisera une commutation, car le gain de l'un sera la perte de l'autre. Ainsi du vendeur qui tente de tirer de son bien le prix le plus élevé, quand l'acquéreur souhaite acquérir bon marché. Ainsi encore du prêteur dont l'intérêt de prêter à un taux élevé est, objectivement, opposé à celui de l'emprunteur. Aussi, pratiquement, si le même notaire instrumentaire devrait sans aucun doute pouvoir recevoir mandat du vendeur et de l'acquéreur de publier l'acte (25), il ne pourrait, seul, représenter à la fois les deux parties pour la conclusion de la vente elle-même. Il n'est pas certain que la matière s'en trouve fondamentalement simplifiée (26).

Il y a là, sans doute, affaire de méthode. La loi de ratification a conservé la sanction de la nullité, que prévoyait l'ordonnance, et s'est donc en quelque sorte trouvée contrainte, en contrepartie, de réduire drastiquement le champ d'application du texte, pour ne pas menacer la validité de contrats conclus dans des conditions courantes. C'est peut-être le choix inverse qui eût été préférable. Pourquoi, par exemple, ne pas prévoir tout simplement que le mandataire qui représente deux parties (seraient-elles des personnes morales) (27) doit en informer ses mandants, sous peine d'engager sa responsabilité ? Car, à dire vrai, ce qui est utile c'est de révéler le conflit d'intérêts, libre alors aux représentés d'en tirer les conséquences qu'ils souhaitent : confier l'affaire à un autre représentant, plus objectif, ou conclure par le biais du mandataire transparent quant aux conflits d'intérêts (28). Assouplir ainsi la sanction - la nullité n'étant pas encourue, sauf, le cas échéant, dol du mandataire - aurait permis de garder au texte son champ d'application d'origine. C'est d'ailleurs, finalement, un tel raisonnement que suit, dans les grandes lignes, le droit des conventions réglementées : il restreint les cas de nullité, mais prévoit l'engagement de la responsabilité du dirigeant insincère (29). Plutôt que de repousser, le droit spécial des sociétés aurait donc pu servir de modèle !

Constatons pourtant qu'il n'y a là qu'affaire de choix, la loi de ratification a, du moins, eu le mérite d'en faire un. Tel n'a pas été le cas s'agissant des règles de formation entre contractants. À bien des égards, en la matière, la loi nouvelle s'apparente à un coup pour rien (30).

Mots clés :
DROIT COMMUN DES CONTRATS * Formation * Rupture des négociations * Représentant

(1) Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, JO 11 févr.

(2) V. par ex. M. Mekki, « Plaidoyer pour une ratification à la marge de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations », Gaz. Pal. 24 oct. 2017, p. 11 ; N. Molfessis, « Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », JCP 2017. Actu. 1045.







(3) V. par ex. pour de stimulantes propositions réformatrices : « Améliorer les textes issus de la réforme du droit des contrats », dossier, RDC 2017. 165 s.

(4) JO 21 avr.


(5) Alors qu'en revanche les rédacteurs de l'ordonnance ne peuvent que se féliciter, puisque « l'équilibre général » du texte dont ils étaient les auteurs a été « préservé » : T. Andrieu et M.-C. Dreux, « La réforme du droit des contrats ratifiée : la cohérence et la sécurité juridique préservées », Gaz. Pal. 30 avr. 2018, p. 13.

(6) O. Deshayes, T. Génicon et Y.-M. Laithier, « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 », JCP 2018. 529, n° 2.

(7) M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme ? », D. 2018. Chron. 900 (26), n° 6, qui constate un « tournant libéral ».


(8) Com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243, Bull. civ. IV, n° 186 ; 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 .

(9) Ce qui se conçoit parfaitement : puisque le contrat projeté n'a finalement pas été conclu, l'obtention de ses gains demeure aléatoire.


(10) Dans le même sens : O. Deshayes, T. Génicon et Y.-M. Laithier, préc., n° 16 ; A. Tadros, « La ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats : quelques incidences sur la pratique des affaires », D. 2018. Chron. 1162, n° 12 .

(11) V. par ex. dans une hypothèse assez cocasse : Civ. 3^e, 30 juin 2009, n° 08-17.475.







(12) V. par ex. Civ. 1^{re}, 6 janv. 1998, n° 95-19.199, Bull. civ. I, n° 7.

(13) Dans une hypothèse caricaturale, Com. 22 févr. 1994, n° 92-13.871, Bull. civ. IV, n° 72 ; RTD civ. 1994. 850, obs. J. Mestre .

(14) En revanche, rien n'empêchera évidemment l'offrant de stipuler que sa pollicitation est transmissible aux héritiers en cas de décès de son destinataire ou de réitérer son offre après le décès.

(15) V. égal. D. Mazeaud, « Quelques mots sur la réforme du droit des contrats », D. 2018. Chron. 912, n° 10 .

(16) M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme ? », préc., n° 27.

(17) Sans que la solution soit pleinement convaincante, la Cour de cassation avait distingué selon que l'offre soit, ou non, assortie d'un délai : seule la seconde était rendue caduque par le décès de l'offrant (Civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 13-16.529, Bull. civ. I, n° 117 ; D. 2014. 1574 , note A. Tadros  ; *ibid.* 1715, chron. I. Darret-Courgeon et I. Guyon-Renard  ; *ibid.* 2015. 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki  ; AJ fam. 2014. 509, obs. C. Vernières  ; RTD civ. 2014. 877, obs. H. Barbier .

(18) V. dans le même sens O. Deshayes, T. Génicon et Y.-M. Laithier, préc., n° 23.

(19) M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme ? », préc., n° 27.

(20) V. note 29.

(21) Sur ce débat, V. en dernier lieu : A. Tadros, « Quelques incidences sur la pratique des affaires des principaux ajustements résultant de la ratification de la réforme du droit des contrats », préc., n° 23 et les nombreuses références doctrinales citées.

(22) R. Mortier et A.-F. Zattara-Gros, « Pour l'inapplication aux personnes morales du droit de se prévaloir de la prohibition des conflits d'intérêts contractuels (C. civ., nouv. art. 1161) », JCP N 2017. 1268.

(23) Optique parfois dénoncée : G. Wicker, « La modification de l'article 1161 par le Sénat. La réglementation des conflits d'intérêts victime du *lobbying* », JCP E 2017. 1664.

(24) V. not. en ce sens A. Tadros, « Quelques incidences sur la pratique des affaires des principaux ajustements résultant de la ratification de la réforme du droit des contrats », préc., n° 24.

(25) O. Deshayes, T. Génicon et Y.-M. Laithier, préc., n° 26.

(26) L'on pourra encore regretter que cette disposition n'entre en vigueur que le 1^{er} octobre 2018, de sorte qu'elle ne « sauvera » pas les conventions conclues par un seul mandataire entre le 1^{er} octobre 2016 et le 1^{er} octobre 2018. Le souci d'assurer la sécurité juridique des contrats aurait pu justifier qu'il soit donné au texte une portée rétroactive. V. égal. A. Tadros, « Quelques incidences sur la pratique des affaires des principaux ajustements résultant de la ratification de la réforme du droit des contrats », préc., n° 24.

(27) V. en ce sens M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme ? », préc., n° 30.

(28) Le raisonnement est le même lorsque le mandataire se porte contrepartie : pourquoi ne pas se borner à une obligation de révélation ?






(29) Sont en ce sens les articles L. 223-19 (applicable aux SARL) et L. 227-10 du code de commerce (applicable aux SAS). Dans les sociétés anonymes ou en commandite par actions, une simple nullité facultative est encourue, la sanction de la responsabilité étant en revanche systématiquement prévue (art. L. 225-42 et L. 226-10 du même code).

(30) V. en ce sens O. Deshayes, T. Génicon et Y.-M. Laithier, , préc., n° 3 qui regrettent que « le Parlement se soit borné à un contrôle presque négatif des dispositions introduites par l'ordonnance, cherchant avant tout à prendre en compte et à apaiser les inquiétudes exprimées, et qu'il n'ait pas, plus positivement, saisi l'occasion de la ratification pour achever la réforme » ; adde M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme ? », préc., n° 38.

AJ Contrat 2018, p.257

La validité du contrat

Garance Cattalano-Cloarec, Professeur de droit à l'Université d'Orléans

Exhortés par de nombreux auteurs à ne modifier le droit issu de l'ordonnance du 10 février 2016  (1) que d'une main tremblante  (2), les parlementaires, lors de l'adoption de la loi de ratification, ont tenté d'éviter un trop grand bouleversement de textes dont l'encre était à peine sèche. Mais d'une main tremblante se tracent parfois des lignes maladroites, maladresse qui se vérifie pour ce qui est des règles de validité du contrat. Les articles 1145, sur la capacité des personnes morales, 1137 sur la dissimulation de la valeur, et 1143 du code civil sur la violence par abus de dépendance ont en effet été retouchés par la loi de ratification du 20 avril 2018  (3), tantôt pour des mieux  (4), tantôt pour un moins bien  (5). Ces modifications étaient prévisibles car les règles de validité touchent, pour les praticiens, un point névralgique. Elles sont tout à la fois d'ordre public, donc insusceptibles d'être écartées par une clause contractuelle, et gravement sanctionnées puisque leur méconnaissance emporte l'anéantissement total de l'acte. Certaines de

ces règles ont suscité de vifs débats entre le Sénat, particulièrement sensible aux inquiétudes plus ou moins fondées du milieu des affaires, et l'Assemblée nationale qui se montrait, de son côté, plus fidèle au texte gouvernemental.

À l'issue de ces discussions, la loi de ratification a modifié quelques-unes des règles de validité du contrat, mais à quel point ? Y a-t-il eu « réforme de la réforme » ? Sans aller jusqu'à opérer une réforme de la réforme, la loi de ratification procède, sur ces points, à un sensible tournant libéral. Toutefois, paradoxalement, le vrai changement n'est peut-être pas là où les parlementaires l'ont annoncé. Pour les questions d'application de la loi dans le temps, les dispositions de la loi de ratification ont, en effet, été réparties en deux catégories : celles qui modifiaient franchement le droit issu de l'ordonnance - dont l'entrée en vigueur est reportée au 1^{er} octobre 2018 - et les autres, qui se contentaient d'en clarifier l'interprétation - qui entrent donc en vigueur au 1^{er} octobre 2016, comme les textes qu'elles interprètent (6).

Or, pour les règles de validité, ce classement peut être discuté. Ce qui est annoncé comme de franches modifications - la capacité, la réticence dolosive - n'en sont sans doute pas vraiment. Alors que l'amendement du texte sur la violence par abus de dépendance, qui a été considéré comme une simple interprétation, opère un véritable changement de cap, mettant à mal ce qui était pourtant l'un des symboles de la réforme.

Voyons ainsi les demi-modifications des articles 1145 et 1137, puis la prétendue interprétation de l'article 1143.

1. Les demi-modifications (C. civ., art. 1137 et 1145)

Parmi les modifications qui ne modifient que modérément le droit de l'ordonnance pour aller probablement dans le sens de ce que voulaient déjà ses rédacteurs initiaux, la loi de ratification s'est d'abord repliée sur une solution de facilité pour résoudre la question de la capacité des personnes morales. Elle a ensuite opéré une reconnexion bienvenue, mais seulement partielle, entre réticence dolosive et obligation d'information.

1.1. La solution de facilité au problème de la capacité des personnes morales

La rectification du texte de l'article 1145 relatif à la capacité des personnes morales constitue la première des demi-modifications. Le texte d'origine avait en effet suscité l'émoi de la doctrine et des praticiens en raison notamment de sa difficile - pour ne pas dire impossible - conciliation avec le droit des sociétés (7). L'article restreignait en effet la capacité de toutes les personnes morales à leur objet social statutaire ou plus exactement aux actes utiles à la réalisation de cet objet ainsi qu'aux mystérieux actes qui leur sont accessoires.

Une telle rédaction posait, notamment pour les sociétés, de vrais problèmes qu'il était nécessaire de résoudre (8). Comment faire lorsque la personne morale n'a pas à proprement parler de statuts, comme un comité d'entreprise ou un syndicat de copropriétaires (9) ? Comment comprendre le renvoi au droit spécial qu'opérait le texte « dans le respect des règles applicables à chacune [des personnes morales] » ? Et surtout qu'est-ce qu'un acte « utile à la réalisation » de l'objet statutaire ? Ce critère est en effet à la fois flou et délicat à anticiper pour le tiers contractant qui n'est pas forcément fin connaisseur de l'activité de la personne morale avec laquelle il contracte. D'autant que ce critère, éminemment subjectif, prête également le flanc au problème de l'illusion rétrospective qui conduit toujours à être meilleur juge de l'opportunité de la décision au jour où l'on en connaît déjà les effets plutôt qu'au jour où on la prend (10).

Alerté de ces difficultés, le législateur a préféré « botter en touche » et abandonner complètement les règles de capacité des personnes morales au droit spécial. L'article affirme désormais que « la capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles ». Cet ajout corrige, certes, les difficultés de la rédaction antérieure, mais le texte n'apporte rien aux règles de capacité des personnes morales, au point qu'on se demande si la précision était franchement utile. Il ne fixe aucun principe général relatif à la capacité des personnes morales, si ce n'est d'aller consulter les textes spéciaux (11).

Sans doute aurait-on pu faire l'économie de cet alinéa, ou mieux, en revenir à la règle de l'article 1123, antérieur à la réforme selon lequel toute personne est capable sauf incapacité prévue par la loi. Il y aurait ainsi eu au moins un principe général, un principe de droit commun, valable pour les personnes physiques comme pour les personnes morales.

Il est vrai que ce serait alors renoncer à l'idée que la capacité des personnes morales est nécessairement bornée par le but que la loi leur assigne (12). Mais si l'on conçoit l'incapacité comme un régime de protection, raisonner en termes de capacité ou d'incapacité n'a pas grand sens pour les personnes morales (13). D'ailleurs, pour certains auteurs, l'octroi de la personnalité juridique suffit à rendre la personne morale pleinement capable (14), ce qui n'empêche pas pour autant de lui interdire certains actes, ou d'assigner à certaines personnes morales une fonction particulière à peine de requalification ou de disparition. Dans cette perspective, le principe de spécialité, plus qu'une limite à la capacité, est pensé comme une limite aux pouvoirs du représentant physique. Car ce qui compte en réalité, bien plus que les règles de capacité de l'être moral, ce sont surtout les règles limitant les pouvoirs de son représentant (15). Le principe de spécialité conduit à considérer que celui-ci ne peut engager la personne morale en dehors du champ de son objet statutaire et/ou légal, avec toutefois des exceptions destinées notamment à tenir compte de la bonne foi du tiers selon les formes de personne morale. Mais, qu'on ne s'y méprenne pas, car la société est alors bien capable, et se trouve engagée par un acte que son dirigeant n'avait pourtant pas le droit de conclure.

Pour en revenir à l'amendement de l'article 1145, notons enfin que le texte dans sa version antérieure, demeure applicable pour la période intermédiaire, entre le 1^{er} octobre 2016 et le 1^{er} octobre 2018. Néanmoins, la Cour de cassation pourrait contourner les difficultés qu'il soulevait en interprétant de façon large le renvoi que le texte opérait déjà aux règles spéciales (16). Cela serait conforme à l'esprit de la modification opérée par la loi de ratification et éviterait ainsi d'introduire, par le biais de la capacité, un contrôle de l'opportunité de l'acte que le législateur n'avait peut-être pas eu vraiment l'intention de créer (17).

1.2. La demi-reconnexion entre réticence dolosive (18) et obligation d'information

Seconde modification qui ne modifie qu'à demi le droit issu de l'ordonnance de 2016, les liens entre réticence dolosive et obligations d'information faisaient partie de ces mystères que doctrine et praticiens enjoignaient aux parlementaires de résoudre (19). Sur ce point, ils ont été entendus et la loi de ratification a heureusement amendé les textes existants. En effet, dans la version des textes issue de l'ordonnance, la réticence dolosive semblait pouvoir exister sans manquement préalable à une obligation d'information. Ainsi, d'un côté, l'article 1112-1 dispense notamment d'informer son partenaire sur la valeur. De l'autre côté, à lire les textes sur le dol, la dissimulation intentionnelle sur la valeur était une cause de nullité. La survie de la jurisprudence *Baldus* (20) était donc incertaine et les praticiens s'inquiétaient de devoir révéler à leur contractant l'écart entre le prix stipulé et la valeur du bien.

Lors des débats relatifs à la loi de ratification, le Sénat a appelé de ses vœux une reconnexion complète entre obligation d'information et réticence dolosive (21). Ainsi, la réticence dolosive s'entendrait d'un silence gardé sur une information qu'on aurait dû transmettre et, là où il n'y avait pas d'obligation d'informer, il n'y aurait pu y avoir de réticence dolosive. L'Assemblée nationale n'était toutefois pas favorable à cette reconnexion générale, et c'est finalement un choix en demi-teinte qui a été effectué. Il n'y a pas eu de franche reconnexion entre obligation d'information et réticence dolosive, simplement la difficulté la plus grave a été corrigée. L'article 1137 s'est ainsi vu adjoindre un alinéa : « Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation ». Le texte clarifie de la sorte deux points.

Première certitude, le texte a voulu exclure toute réticence dolosive sur la valeur. À cet égard, l'alignement entre l'obligation d'information et la réticence dolosive est donc parfait : un aspirant au contrat n'a pas à informer l'autre sur la valeur, et ne peut, même s'il se tait en sachant pertinemment que l'autre se méprend et que ce silence emporte la formation du contrat, se voir reprocher de réticence dolosive. Autrement dit, si un acheteur tait au vendeur que ce dernier vend son bien moins cher que ce qu'il pourrait en tirer (et à condition qu'il n'y ait pas d'erreur du vendeur sur les qualités essentielles du bien vendu), l'acheteur ne peut se voir reprocher ni manquement à l'obligation d'information, ni réticence dolosive. Notons néanmoins que la formulation du texte n'est pas des plus limpides. Elle dispense en effet une partie de délivrer à l'autre « son estimation de la valeur ». Faudrait-il opérer une distinction - particulièrement sibylline - entre la valeur objective de la prestation qu'il faudrait révéler, et l'estimation subjective qu'en ferait l'une des parties, seul point sur lequel elle aurait le droit de demeurer muette (22) ? Ce n'était probablement pas là l'intention des parlementaires, qui, d'après les travaux préparatoires, entendaient simplement rassurer sur la survie de la jurisprudence *Baldus* (23). Or, bien que la formulation ne ferme pas complètement la porte à sa remise en cause, il est peu

probable que les juges opèrent un tel revirement. Ils n'étaient en effet déjà pas enclins à obliger l'un des contractants à informer son partenaire sur la valeur du bien, ils ne le seront probablement pas plus aujourd'hui qu'un texte tente - un peu maladroitement - d'aller dans leur sens. Admettons donc que la dissimulation dolosive sur la valeur est désormais écartée.

Seconde certitude, les autres formes de dol, un dol par mensonge ou par manoeuvre, même si elles emportent une erreur sur la valeur, continuent, en revanche, d'ouvrir à la victime le droit d'agir en nullité. La production d'un faux certificat d'expertise comportant une estimation mensongère, par exemple, pourrait ouvrir la voie de la nullité. Toutefois, malgré ces clarifications, toute nouvelle rédaction charrie également avec elle son lot d'hésitations. Trois points restent incertains.

Première difficulté, le champ de la réticence dolosive demeure plus large que celui de l'obligation d'information puisque la reconnexion n'est pas générale. Certains éléments expressément exclus du champ de l'obligation d'information par l'article 1112-1 du code civil pourraient néanmoins conduire, s'ils sont cachés intentionnellement, à l'annulation du contrat pour réticence dolosive. C'est ainsi le cas pour les informations volontairement tues par l'un que l'autre ne peut légitimement ignorer. Par exemple le vendeur d'un terrain en bordure d'une métropole ignore manifestement que ce terrain va devenir constructible, mais l'acquéreur se garde de le détromper. L'information sur la constructibilité du terrain relève théoriquement du champ des informations que le vendeur n'est pas légitime à ignorer. L'acquéreur n'a donc pas à la lui révéler, selon l'article 1112-1. Sauf que le silence intentionnel gardé par l'acquéreur sur ce point permettra au vendeur de demander la nullité pour réticence dolosive, car le dol rend toujours excusable l'erreur provoquée (24). Le texte maintient ainsi l'incertitude sur le champ exact de ce qu'il faut dire et de ce qu'on peut taire, ce qui pourrait conduire ainsi à déplorer que la reconnexion entre réticence dolosive et obligation d'information ne soit pas totale. Cependant, en vérité, la solution retenue par la loi de ratification n'est jamais qu'un retour au droit ancien, qui ne troublait pas, outre mesure, la conclusion des contrats (25). Finalement, l'idée générale est que l'on a du mal à « fermer les yeux sur une déloyauté délibérée » (26) et que même si l'autre n'était pas irréprochable puisqu'il ne s'est pas suffisamment renseigné, le droit préfère donner raison au « négligent » plutôt qu'au « méchant », ce qui, finalement, semble un équilibre assez juste.

Deuxième difficulté, la question se pose du sort de la jurisprudence *Vilgrain* (27) puisque toute réticence dolosive sur la valeur semble rejetée. Inutile, néanmoins, de se montrer trop craintif : il est possible de croire qu'un dirigeant rachetant les parts de ses associés sera toujours obligé de les informer de la valeur des parts et surtout de l'existence de négociations parallèles à prix plus élevé. Cette obligation s'appuie probablement, non pas sur le devoir général d'information, mais sur le devoir spécial de loyauté qui existe entre le dirigeant et ses associés, source tant de responsabilité, que d'une éventuelle réticence dolosive.

Enfin, dernière difficulté, la loi de ratification a fait de cet amendement une vraie modification, qui n'entrera donc en vigueur qu'au 1^{er} octobre 2018. Faut-il en déduire que pendant la phase de droit intermédiaire les parties sont en réalité tenues d'informer l'autre sur la valeur si elles ne veulent se voir reprocher une réticence dolosive ? Souhaitons que la Cour de cassation applique ici encore l'interprétation du droit ancien à la lumière du droit nouveau dont elle paraît si friande ces derniers temps (28), pour harmoniser ainsi le droit intermédiaire avec ce qui avait lieu avant lui et se poursuivra après.

Mais ainsi, au moins pour le droit futur, il n'y a désormais plus de doute : le silence sur la valeur ne permet d'obtenir ni des dommages-intérêts sur le fondement de l'obligation d'information, ni la nullité du contrat sur le terrain de la réticence dolosive. Ce qui veut dire que la solution de l'arrêt controversé de 2007 (29) n'est pas remise en cause. Dans cette affaire, un marchand de biens avait, en toute mauvaise foi, tu à un vendeur la valeur réelle du terrain qu'il lui achetait. Or, le terrain appartenait à un agriculteur acculé par le besoin de se procurer rapidement des fonds car son épouse était en incapacité totale de travail. Dispensé de toute obligation d'information sur la valeur, le vendeur échappa de la sorte à l'action en réticence dolosive. Certes, la solution paraît malmener la justice contractuelle (30). Toutefois, son maintien après la réforme pouvait éventuellement être compensé par l'admission d'un nouveau vice : le vice d'abus de dépendance. Mais encore aurait-il fallu que ce vice sorte indemne de l'adoption de la loi de ratification.

2. La prétendue interprétation de l'article 1143

L'ordonnance de 2016 avait créé un nouveau cas de violence à l'article 1143 : la violence par

abus de dépendance. Mais le texte a été amendé, et cette disposition, classée pourtant parmi les simples dispositions interprétatives, réalise une réduction tout à la fois réelle, et regrettable, du champ de ce texte.

2.1. La réalité du changement

La prise en compte de la contrainte résultant des circonstances ne date pas de l'ordonnance de 2016. Les arrêts sont rares, mais ils sont anciens. Le premier sur la question, qui remonterait au XIX^e siècle, a été rendu à propos d'un navire en détresse, secouru par un autre, qui négocia le sauvetage moyennant une juteuse rémunération⁽³¹⁾. Et régulièrement la jurisprudence témoigne de velléités d'anéantir des conventions passées sous l'empire d'une faiblesse économique ou d'une vulnérabilité psychologique, sans d'ailleurs forcément passer par le vice de violence. Les juges ont ainsi sporadiquement annulé des conventions pour dol⁽³²⁾ ou erreur⁽³³⁾, quand ce n'était pas pour « vice de consentement » sans plus amples précisions⁽³⁴⁾. Mais, bien sûr, c'est surtout un célèbre arrêt du 3 avril 2002⁽³⁵⁾ qui a franchi le pas en admettant en son principe l'existence d'un vice de violence économique. À cela s'ajoutent les droits spéciaux, où l'on connaît l'abus de faiblesse en droit de la consommation⁽³⁶⁾ ou de dépendance en droit de la concurrence⁽³⁷⁾. Entré dans le code civil en 2016, le vice de violence par abus de dépendance s'est étendu : désormais la violence peut résulter de toute situation de dépendance - pas seulement économique donc, dont le cocontractant tire profit en extorquant un avantage manifestement excessif.

Pourtant, dès les premiers débats, le Sénat s'est montré très réticent à l'admission de la violence par abus de dépendance. Il craignait qu'une admission trop large de ce vice ne heurte gravement la sécurité juridique et expose les contractants à des nullités opportunistes, au moins invoquées comme moyen de chantage⁽³⁸⁾. Aussi le Sénat a-t-il d'abord tenté d'en restreindre le champ à la violence économique, c'est-à-dire de revenir à la solution qui était celle de la jurisprudence sous l'empire du droit ancien et qui n'était presque jamais appliquée. Mais il s'est heurté au refus de l'Assemblée nationale. Face à l'insistance des sénateurs, un compromis a finalement été trouvé. Car le terme dépendance est ambigu et pouvait signifier deux choses. Soit, dans un sens étroit, un état de sujétion de l'un de contractants à l'égard de l'autre. Soit, dans un sens plus large, un synonyme de vulnérabilité. La dépendance serait alors toute situation dans laquelle un contractant, en raison de sa fragilité, n'est pas autonome, n'est pas libre d'agir à sa guise (sénilité, faiblesse physique, fragilité économique, psychologique, etc.). Et c'était, à en croire le rapport accompagnant l'ordonnance, dans ce second sens qu'il fallait comprendre le mot dépendance (même si certains auteurs en doutaient déjà⁽³⁹⁾). À lire le rapport au président de la République, l'article 1143 était en effet censé offrir « une protection des personnes vulnérables »⁽⁴⁰⁾. Mais, désormais, la violence par abus de dépendance est réduite à une conception stricte, sans pour autant en revenir à la seule dépendance économique. L'article 1143 du code civil a été modifié, et l'état de dépendance s'entend à présent du seul état de dépendance « dans lequel se trouve [un contractant à l'égard de l'autre] ».

Quels sont les critères de cette dépendance entendue strictement ? Pour ce qui est de la dépendance économique, c'est surtout l'impossibilité de trouver un contractant économiquement comparable⁽⁴¹⁾, ou le fait que la survie économique de la victime de la violence soit conditionnée par ses rapports avec l'auteur de la violence. Ce pourrait être des liens capitalistiques importants entre deux sociétés d'un même groupe, un preneur à bail commercial dont l'activité dépend du maintien de son bail, ou encore le fait pour une personne physique de voir ses conditions de subsistance (logement notamment) prises en charge par l'auteur de la violence. Mais la dépendance peut également être physique, psychologique, ou même technique (pour une activité qui dépendrait par exemple de la fourniture d'un matériau très spécifique), dès lors qu'elle s'entend à l'égard du contractant.

Or, bien que la modification puisse paraître anodine, elle ferme des portes. Elle interdit désormais d'annuler un contrat lorsque le cocontractant ne ferait que tirer avantage d'une dépendance à l'égard d'un tiers pour extorquer le consentement du contractant dépendant. C'est le cas par exemple pour ce concubin qui, abusant de la dépendance psychologique de sa compagne à son égard, l'avait incitée à conclure un contrat lésionnaire avec des tiers. Si la Cour de cassation avait pu admettre la violence en 2016⁽⁴²⁾, elle ne pourrait plus le faire aujourd'hui car la venderesse n'était pas dépendante de ses cocontractants mais d'un tiers : son concubin, qui avait profité de sa fragilité pour lui nuire. Et plus fondamentalement, le nouveau texte restreint le champ du vice de violence par abus de dépendance à la seule dépendance entre parties au contrat litigieux, dans le but, d'après le rapport du Sénat, de fermer « la voie à la contestation des contrats de toutes les

personnes en situation de faiblesse, comme les personnes âgées ou malades par exemple, qui ne seraient pas placées sous un régime d'incapacité » (43). Il s'agit de fermer nettement notre droit commun des contrats à l'admission d'un vice d'abus de faiblesse que l'ancienne rédaction permettait plus aisément. Ce qui est en contradiction avec les ambitions des rédacteurs de l'ordonnance. Et, sur ce point, la solution adoptée est regrettable, d'autant que, malgré ce vrai changement de cap, la modification a été considérée par les parlementaires comme une simple interprétation, et est donc censée entrer en vigueur rétroactivement, au 1^{er} octobre 2016 (44).

2.2. Le regret du changement

La solution est regrettable pour au moins trois raisons (45).

Première raison, cette restriction est incohérente avec les autres cas de violence qui peuvent émaner d'un tiers, et non du seul cocontractant. Certes, peut-être les juges pourront-ils échapper un peu à ce carcan lorsque le contractant agit de concert avec une personne dont dépend la victime (46). Cette interprétation pourrait être intéressante pour annuler un contrat conclu entre un contractant et une société dont il ne dépend pas, mais qui est elle-même contrôlée à 100 % par une société mère dont notre contractant dépend (47). S'il ne dépend pas à proprement parler de sa contractante, il dépend d'une société qui contrôle sa contractante, ce qui, au prix d'une interprétation un peu élargie, suffira peut-être à remplir l'exigence de l'article 1143.

La deuxième raison de regretter cette restriction est qu'elle vient ensuite cantonner le champ de la violence par abus de dépendance, alors même que la plupart des droits modernes (48) connaissent l'abus de faiblesse sans que leur économie ne s'en trouve particulièrement menacée. L'admission d'une vraie cause de nullité pour exploitation d'une situation de faiblesse aurait été un instrument précieux au service de la justice contractuelle et devait constituer, avec la prohibition des clauses abusives, l'un des symboles de la réforme (49).

Enfin, la restriction est d'autant moins justifiée que le texte de l'article 1143 dans sa rédaction issue de l'ordonnance était déjà très prudent. L'abus de dépendance n'était caractérisé que lorsqu'un contractant avait abusé de l'état de dépendance de l'autre pour en retirer non pas seulement un avantage, ni même un avantage excessif, mais un « avantage manifestement excessif ». Autrement dit, le champ de ce vice était déjà limité par un critère objectif, une forme de lésion (50), ou plutôt de bénéfice franchement exagéré pour l'auteur de la violence. Par cette technique du redoublement de standards - « manifestement excessif » -, le législateur invitait déjà les juges à ne recourir à cette cause de nullité qu'avec prudence. Qui plus est, l'abus supposait que cet avantage soit obtenu par une pression fautive : en exploitant sciemment l'état de dépendance du contractant. Le risque d'annulation immodérée des contrats en cas de crise économique était donc très largement chimérique.

En vérité, si limitation il devait y avoir, les parlementaires auraient mieux fait de revenir sur la sanction et de la limiter à l'attribution de dommages-intérêts. Certes, la violence permet déjà à la victime d'obtenir des dommages-intérêts. Mais celle-ci peut, si elle souhaite, également demander la nullité de l'opération, les deux sanctions pouvant même se cumuler (51). Il pourrait être pertinent de lui fermer la voie de la nullité, ou alors d'offrir à son cocontractant la possibilité de sauver l'acte en le rééquilibrant, à l'instar de ce qui est déjà prévu en matière de lésion (52). En effet, la rigueur de la nullité combinée à l'indétermination des critères de l'abus peut faire craindre des comportements opportunistes. Ces comportements auraient pu être évités avec une sanction moins « absolue », surtout qu'il n'est pas évident que le mécanisme relève vraiment du champ du vice du consentement (53). La plupart des droits étrangers traitent d'ailleurs le problème comme un cas particulier de lésion (54).

Pour conclure sur l'article 1143, changement il y a bien eu, et ce changement a foulé aux pieds l'un des symboles de la réforme. Cependant, puisqu'il faudra bien faire avec le nouveau texte, peut-être que les contractants vulnérables pourront toujours contester leur contrat, mais par un chemin de traverse, en passant par le délit d'abus de faiblesse (55). Car si cette infraction est constatée par le juge pénal, les juges civils ne seront-ils pas enclins à y voir une violation des règles de l'ordre public contractuel ? Il est vrai que les conditions de l'abus de faiblesse sont strictes, que les liens entre droit pénal et droit des contrats sont troubles (56), qu'il y aura des difficultés procédurales à mener de front les deux actions (57), et qu'on ne sait pas toujours à quelles conditions l'infraction pénale peut justifier la nullité d'un contrat (58). Mais en droit de la consommation, les juges ont déjà admis qu'une infraction pénale relative à l'affichage du prix

emportait nullité du contrat pour violation des règles d'ordre public, sur le fondement de l'article 6 du code civil (59). Il serait étonnant qu'on ne puisse valablement conclure un contrat sans respecter les règles d'affichage du prix, mais qu'on puisse le faire sous l'empire d'un abus de faiblesse. Ainsi, les contractants vulnérables, qui ne pourraient demander la nullité du contrat sur le fondement de l'article 1143, pourraient-ils éventuellement l'obtenir sur le fondement de l'article 6 du code civil. Autrement dit, peut-être que finalement l'un des plus grands mérites de la loi nouvelle n'est pas forcément d'avoir changé la loi, mais d'avoir su nous donner de nouvelles raisons d'aimer celles qui n'ont pas changé.

Mots clés :
DROIT COMMUN DES CONTRATS * Capacité * Personne morale * Réticence dolosive * Obligation d'information * Violence

(1) Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, JO 11 févr.

(2) V. par ex. : M. Mekki, « Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 », AJ Contrat 2017. 462.

(3) L. n° 2018-287, 20 avr. 2018, JO 21 avr.

(4) C. civ., art. 1145 et 1137.

(5) C. civ., art. 1143.

(6) V. dans ce dossier, J.-C. Roda, « Application de la loi dans le temps », AJ Contrat juill. 2018, à paraître.

(7) V. not. B. Dondero, « Capacité et représentation des sociétés », Bull. Joly 2009. 510 ; P. Mousseron, « Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social », D. 2016. Chron. 906.

(8) Elle en semblait en poser moins pour les associations. V. en ce sens A.-F. Zattara-Gros, « La nécessaire restriction du domaine du nouvel article 1145 sur la capacité des personnes morales », JCP N 2017. 1269 ; V. cep., plus nuancée, K. Rodriguez, « Impact de la réforme du droit des obligations sur le droit des associations », Rev. sociétés 2017. 67. La règle par ailleurs doit se combiner avec les exceptions spéciales à la capacité de certaines associations édictées par l'article 6 de la loi de 1901.

(9) Toutefois, selon l'article L. 2323-1 du code du travail, « le comité d'entreprise a pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion [...] de l'entreprise ».

(10) V. H. Bergson, *La pensée et le mouvant*, 16^e éd., PUF, 2009, p. 13 ; pour plus de développements sur cette illusion dans le domaine juridique, V. J. Heinich, *Le droit face à l'imprévisibilité* du fait, PUAM, 2015, n° 10-1.

(11) Qui, en matière de sociétés, ne se présentent pas comme des règles de capacité. Les choses sont différentes pour les associations car l'article 6 de la loi de 1901 pose un certain nombre d'exceptions à leur capacité.

(12) Sur la capacité des personnes morales, v. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Sérinet, *La*

formation du contrat, t. 1, 4^e éd., LGDJ, 2013, n^{os} 1021 s.

(13) V. ainsi A.-M. Leroyer, « Les incapacités », in F. Terré (dir), *Pour une réforme du droit des contrats*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2009, p. 175. Elle distingue les règles d'incapacité, qui protègent la personne incapable, et les interdictions qui interdisent d'effectuer certains actes. Cette perspective nous semble tout à fait à même d'être appliquée aux personnes morales : elles ne seraient jamais incapables, simplement, occasionnellement certains actes peuvent leur être interdits par le législateur.


(14) V. B. Fages, *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2017, n^o 69.




(15) Il n'est pas aisé de comprendre si le principe de spécialité doit être rattaché à la capacité de la personne morale ou aux pouvoirs de ses représentants. V., favorables au rattachement du principe à la sphère de capacité de la personne morale : O. Dehayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 233 (en ce sens pour le droit d'agir en justice des associations, Cass., ch. réun., 15 juin 1923, DP 1924. 1. 153). Mais d'autres auteurs présentent plutôt le principe de spécialité comme une simple limitation des pouvoirs de représentation du dirigeant (V. not. M. Germain et V. Magnier, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, 22^e éd., LGDJ, 2017, n^o 1653. Les auteurs distinguent la spécialité légale, qui concerne l'existence de la personne morale, de la spécialité statutaire. Or, à leurs yeux, « la spécialité statutaire ne concerne pas l'existence la personne morale, ni même à notre avis sa capacité, puisque la volonté des associés peut modifier l'objet social sans affecter la personne morale. La spécialité statuaire délimite seulement la compétence respective des différents organes sociaux ; elle s'impose en principe aux dirigeants [...] ».

(16) V. par ex. en ce sens B. Dondero, préc.

(17) O. Dehayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 233.

(18) Le texte de l'article 1137 n'utilise pas le terme réticence dolosive mais celui de dissimulation intentionnelle. Si la plupart des auteurs y voient des termes équivalents, un auteur a suggéré que cette évolution de vocabulaire n'était pas forcément neutre : B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », Bull. Joly 2016. 529. Dans le cadre de ces lignes, nous tiendrons néanmoins dissimulation intentionnelle et réticence dolosive pour équivalents.


(19) V. par ex. C. Grimaldi, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon... », D. 2016. 1009 .











(20) Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n^o 98-11.381, *Baldus*, CCC 2000. Comm. 140, obs. L. Leveneur ; Defrénois 2000, art. 37237, note D. Mazeaud, D. 2002. 928 , obs. O. Tournafond  ; RTD civ. 2000. 566, obs. J. Mestre et B. Fages  ; Dr. et patr. 2000, n^o 87, p. 83, obs. P. Chauvel.

(21) F. Pillet, rapp. Sénat (2017-2018) n^o 22, fait au nom de la commission des lois, 11 oct. 2017.










(22) V. en ce sens, D. Houtcieff, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », Gaz. Pal. 2018, n^o 15, p. 14.

(23) V. S. Houlié, rapp. AN n^o 639, sur le projet de loi de ratification adopté en 2^e lecture par le Sénat, 7 févr. 2018.








(24) C. civ., art. 1139. Sur des faits similaires, V. cep. *contra*, estimant que l'erreur du vendeur plus qu'inexcusable est alors invraisemblable et refuse la nullité malgré la réticence : Civ. 3^e, 8 oct. 2014, n° 13-18.150, RDC 2015. 11, note T. Genicon ; RTD civ. 2014. 880, obs. H. Barbier .



(25) Civ. 3^e, 21 févr. 2001, n° 98-20.817, JCP 2001. I. 330, n° 10, et JCP E 2001. 1633, note A. Constantin ; JCP 2002. II. 10027, note C. Jamin ; JCP E 2002. 764, note P. Chauvel ; D. 2001. 2702  , note D. Mazeaud  ; *ibid.* 3236, obs. L. Aynès  ; *ibid.* 2002. 927, obs. C. Caron et O. Tournafond  ; *ibid.* 2003. 2023, chron. J. Mouly  ; RTD civ. 2001. 353, obs. J. Mestre et B. Fages  ; Defrénois 2001. 703, obs. R. Libchaber ; AJDI 2002. 70  , obs. F. Cohet-Cordey  ; V. récemment Com. 8 mars 2016, n° 14-23.135, RTD civ. 2016. 612, obs. H. Barbier  ; CCC 2016. Comm. 135, note L. Leveneur ; D. 2017. 375, obs. M. Mekki .

(26) T. Genicon, note préc., RDC 2015, n° 1, p. 11.

(27) Com. 27 févr. 1996, n° 94-11.241, D. 1996. 518  , note P. Malaurie  ; *ibid.* 342, obs. J.-C. Hallouin  ; *ibid.* 591, note J. Ghestin  ; RTD civ. 1997. 114, obs. J. Mestre  ; RTD com. 1999. 273, étude H. Le Nabasque  ; Confirmé depuis à plusieurs reprises. V. récemment Com. 12 avr. 2016, n° 14-19.200, RTD civ. 2016. 612, obs. H. Barbier  ; D. 2017. 375, obs. M. Mekki  ; Rev. sociétés 2016. 509, note K. Deckert .


(28) V. dans ce dossier, J.-C. Roda, « Application de la loi dans le temps » AJ Contrat juill. 2018, à paraître.




(29) Civ. 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, D. 2007. 1051  , note D. Mazeaud  ; *ibid.* 1054, note P. Stoffel-Munck  ; Defrénois 2007. 443, obs. É. Savaux ; RDC 2007. 703, note Y.-M. Laithier ; JCP 2007. II. 10042, note C. Jamin ; *ibid.* 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson  ; RTD civ. 2007. 335, obs. J. Mestre et B. Fages  ; AJDI 2007. 416  , obs. S. Bigot De La Touanne .






(30) V. en ce sens D. Mazeaud, « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », D. 2018. Chron. 912  ; *contra*, M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », D. 2018. Chron. 900 .

(31) Req. 27 avr. 1887, S. 1887. 1. 372. Le sauvetage maritime a été depuis réglementé : C. transp., art. L. 5132-6.

(32) Colmar, 30 janv. 1970, JCP 1971. II. 16609, note Y. Loussouarn ; D. 1970. 297, note E. Alfandari.

(33) Com. 12 févr. 2008, n° 06-19.204, RDC 2008. 730, note Y.-M. Laithier ; D. 2009. 323, obs. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles .

(34) Civ. 2^e, 5 oct. 2006, n° 04-11.179, D. 2007. 2215  , note G. Raoul-Cormeil  ; *ibid.* 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson .

(35) Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Kannas c/ Bordas*, D. 2002. 1860, et les obs.  , note J.-P. Gridel  , note J.-P. Chazal  ; *ibid.* 2844, obs. D. Mazeaud  ; Defrénois 2002. 1246, obs. E. Savaux ; RTD civ. 2002. 502, obs. J. Mestre et B. Fages  ; CCE 2002. Comm. 80, obs. C. Caron, et comm. 89, obs. Ph. Stoffel-Munck ; Gaz. Pal. 24 janv. 2003, p. 19, note J. Rovinsky ; RTD

com. 2003. 86, obs. A. Françon ; V. déjà : Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, D. 2000. 879 , note J.-P. Chazal ; *ibid.* 2001. 1140, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2000. 827, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 863, obs. P.-Y. Gautier ; CCC 2000. Comm. 142, obs. L. Leveneur ; Defrénois 2000. 1124, obs. P. Delebecque ; Dr. et patr. 2000, n° 2652, obs. P. Chauvel ; JCP 2001. II. n° 10461, obs. G. Loiseau ; LPA 11 avr. 2001, p. 17, note L. Belmonte.

(36) C. consom., art. L. 121-8 à L. 121-10. Selon l'article L. 132-13, « le contrat conclu à la suite d'un abus de faiblesse est nul et de nul effet ». Pour une comparaison et une proposition d'articulation de l'article 1143 du code civil et des textes spéciaux du code de commerce ou du code de la consommation, V. O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 221.

(37) C. com., art. L. 420-2, al. 2. L'article L. 420-3 du code de commerce frappe de nullité les contrats ainsi souscrits : « Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-2-2 ». De même V. C. com., art. L. 442-6, I, 1°.

(38) Ph. Stoffel-Munck, « Autour du consentement et de la violence économique », RDC 2006. 45.

(39) V. par ex. F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016, n° 23164 ; O. Dehayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *op.cit.*, p. 222.

(40) 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, p. 16.

(41) Civ. 1^{re}, 18 févr. 2015, n° 13-28.278, RTD civ. 2015. 371, obs. H. Barbier ; RDC 2015. 445, note E. Savaux ; D. 2015. 432 ; *ibid.* 2016. 566, obs. M. Mekki ; Gaz. Pal. 9 juill. 2015, n° 189-190, p. 16, obs. D. Houtcieff ; RLDC 2015, n° 132 suppl., p. 12, obs. J. Mestre et H. Barbier ; RLDC 2015, n° 126, p. 15, obs. C. Le Gallou ; AJCA 2015. 221, obs. L. Perdrix .

(42) Civ. 3^e, 4 mai 2016, n° 15-12.454, LPA 2016, n° 209, p. 6, obs. S. Lequette ; D. 2017. 375, obs. M. Mekki ; AJDI 2016. 539 .

(43) Rapp. Sénat (2017-2018) n° 22, 11 oct. 2017, préc.

(44) Sous réserve de la liberté dont disposeront les juges. V. dans ce dossier, J.-C. Roda, « Application de la loi dans le temps », AJ Contrat juill. 2018, à paraître.

(45) V. en ce sens : M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », D. 2018. Chron. 900, obs. D. Mazeaud ; D. 2018. 912 ; D. Houtcieff, « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations : le droit schizophrène », Gaz. Pal. 2018, n° 15, p. 14 ; V. *contra* : F. Chénéde, « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres » AJ Contrat 2018. 25 .

(46) V. en ce sens O. Dehayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », JCP 2018. Doctr. 529 ; mais *contra*, D. Mazeaud, « Quelques mots sur la réforme du droit des contrats », D. 2018. Chron. 912 .

(47) H. Barbier, « La violence par abus de dépendance », JCP 2016. 451.

(48) V. par ex. C. civ. du Québec, art. 1406 ; BGB, § 138 ; C. civ. néerlandais, art. 44 ; C. civ. italien, art. 1448 ; PEDC, art. 4 : 109. Plus largement sur la question, V. R. Cabrillac, « La violence économique, perspective de droit comparé », in *La violence économique*, Dalloz, 2017 p. 31.

(49) 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, p. 5, dans la partie relative aux objectifs de la réforme.

(50) V. récemment en ce sens T. Revet, « La violence économique dans la jurisprudence », in *La violence économique*, op. cit., p. 11.

(51) C. civ., art. 1178.

(52) V. en ce sens D. Mazeaud, « La violence économique à l'aune de la réforme du droit des contrats », in *La violence économique*, op. cit., p. 25.

(53) V. en ce sens, Ph. Stoffel-Munck, « Autour du consentement et de la violence économique », RDC 2006. 45.

(54) V. R. Cabrillac, « La violence économique, perspective de droit comparé », in *La violence économique*, op. cit., p. 31.

(55) C. pén., art. 223-15-2 : « Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables ».

(56) V. par ex. refusant que le contrat qui réalise une infraction pénale soit, de ce seul fait, annulé : Cass., ass. plén., 4 mars 2005, n° 03-11.725, RTD civ. 2005. 388, obs. J. Mestre et B. Fages [📄](#) ; D. 2005. 836 [📄](#), obs. X. Delpech [📄](#) ; *ibid.* 785, tribune B. Sousi [📄](#) ; *ibid.* 2006. 155, obs. D. R. Martin et H. Synvet [📄](#) ; RTD com. 2005. 400, obs. D. Legeais [📄](#).

(57) V. par ex. sur ces difficultés : C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, n°s 250 s.

(58) V. récemment R. Ollard, « Regards sur la consécration de l'abus de l'état de nécessité ou de dépendance à la lumière des solutions du droit pénal », RDC 2016. 94 ; V. Malabat, « Pas de nullité sans texte... civil », RDC 2018. 159. L'articulation des deux droits pose notamment des problèmes processuels car le contentieux de la nullité échappe par principe au juge pénal. Plus généralement, V. A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, LGJD, 2011.

(59) Civ. 1^{re}, 7 déc. 2004, n° 01-11.823, JCP 2005. I. 141, n°s 19 s., obs. A. Constantin ; D. 2005. 75 [📄](#), obs. C. Rondey [📄](#) ; RTD civ. 2005. 389, obs. J. Mestre et B. Fages [📄](#) ; RTD com. 2005. 585, obs. B. Bouloc [📄](#). V. déjà dans le même sens pour une autre infraction pénale aux règles du droit de la consommation : Civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, n° 96-17.829, RTD civ. 1999. 383, obs. J. Mestre [📄](#) ; JCP 1999. II. 10039, note S. Gervais ; D. 2000. 45 [📄](#) ; *ibid.* 40, obs. J.-P. Pizzio [📄](#) ; RTD com. 1999. 485, obs. B. Bouloc [📄](#).

Le nouveau contrat d'adhésion

Lionel Andreu, Professeur agrégé des facultés de droit, vice-président du Club des métiers du droit

- **1** - Le contrat d'adhésion est sans aucun doute la figure qui a suscité le plus de discussions lors de l'élaboration de la loi de ratification (1). Il s'agissait, il est vrai, de parfaire les textes relatifs à l'une des principales innovations de l'ordonnance du 10 février 2016 (2), qui avait elle-même suscité sur ce point des débats nourris compte tenu de son rôle emblématique dans le nouveau droit des contrats. Au cœur de ces débats se trouve l'article 1110 du code civil, qui donne deux définitions : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». À la qualification de contrat d'adhésion sont par ailleurs attachées deux règles d'une grande importance pratique : un principe d'éviction des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat (3) et une règle d'interprétation des clauses ambiguës favorable au contractant qui « adhère » au contrat qui lui a été proposé par l'autre partie (4). Assez rapidement, cet ensemble de textes a suscité des difficultés d'analyse (5). S'agissant de la notion de contrat d'adhésion, aucun élément de la définition légale n'a échappé à la controverse. On s'est ainsi longuement interrogé sur la notion de « conditions générales » et l'idée de « soustraction » de celles-ci à la négociation. Même l'exigence d'une détermination à l'avance par l'une des parties - *a priori* moins sujette à discussion - a divisé les auteurs (6). Quant aux textes fixant le régime du contrat d'adhésion, ils ont également soulevé leur lot de discussions, roulant principalement sur la question de savoir si on pouvait les appliquer aux clauses négociées d'un contrat dont le contenu est essentiellement non négociable (7).

- **2** - Face à ces difficultés, trois voies étaient ouvertes aux parlementaires. La première était le *statu quo* : conserver les textes en l'état pour laisser la jurisprudence modeler le contrat d'adhésion au gré des espèces. L'importance des règles en cause condamnait néanmoins cette voie, car il était peu avantageux de laisser la pratique dans l'incertitude pendant les nombreuses années que requiert la construction jurisprudentielle d'une figure contractuelle (8). La deuxième était d'abandonner la notion de contrat d'adhésion pour se contenter de règles simples (interprétation *in favorem* et sanction des clauses déséquilibrantes) qui auraient été appliquées aux seules clauses non négociables des contrats. C'est la position que nous défendions, tant nous paraissait périlleuse la définition du contrat d'adhésion (9). Les parlementaires lui ont néanmoins préféré une troisième voie, consistant à sauver le contrat d'adhésion, dont on estimait pouvoir clarifier les zones d'ombre. L'exercice n'était cependant pas simple, tant sont nombreuses les difficultés que posent la figure et les tensions doctrinales qu'elle sous-tend. Elles expliquent que l'adoption définitive de la loi de ratification ait été retardée, par l'effet d'un bras de fer engagé entre le Sénat et l'Assemblée nationale - le premier optant pour une définition large du contrat d'adhésion, corrélée à une restriction des règles participant de son régime, quand la seconde, favorable à une restriction de la définition, entendait laisser les règles de son régime inchangées (10). Il a fallu une nouvelle lecture pour réunir les deux chambres sur la définition du contrat d'adhésion. Tout en conservant l'esprit de son texte initial, le Sénat a accepté de restreindre légèrement les contours de la figure, ce qui a suffi à emporter l'adhésion de l'Assemblée nationale, qui, dans un esprit de conciliation, a adopté le texte sénatorial. En revanche, l'opposition a persisté quant au régime du contrat d'adhésion. Elle ne s'est dissipée qu'après intervention d'une commission mixte paritaire, qui s'est ralliée à la proposition sénatoriale. Au terme de ce long processus, c'est ainsi la vision sénatoriale qui s'est imposée dans la loi de ratification. C'est elle que l'on se propose de soumettre à examen, en revenant tant sur la nouvelle définition du contrat d'adhésion que son régime.

1. La définition du contrat d'adhésion

1.1. Égisme de la nouvelle définition

- **3** - Lors de l'élaboration de la loi de ratification, les deux assemblées se sont opposées sur les contours du contrat d'adhésion. Le Sénat avait une préférence pour une définition large, le contrat d'adhésion étant défini comme « celui qui comporte des clauses non négociables, unilatéralement déterminées à l'avance par l'une des parties ». Avec cette définition, la figure subissait une

extension démesurée. Tout contrat contenant de telles clauses (même quelques-unes, quand le reste du contrat était négociable) pouvait être qualifié de contrat d'adhésion. Le texte proposé conduisait également à une impasse, dans le cas où chaque partie imposait des clauses non négociables à l'autre : qui devait alors être considéré comme l'adhérent ou le proposant pour l'application du régime du contrat d'adhésion ? En réaction, l'Assemblée nationale proposa une définition plus restreinte, resserrée autour des contrats de masse. Elle définissait ainsi le contrat d'adhésion comme celui « qui comporte des conditions générales au sens de l'article 1119 », et ajoutait audit article que « les conditions générales sont un ensemble de stipulations non négociable, déterminé à l'avance par l'une des parties et destiné à s'appliquer à une multitude de personnes ou de contrats ». De ce point de vue, la qualification était réservée aux contrats standardisés proposés par un contractant à une pluralité de partenaires (assurances, abonnements, transports, etc.) : un contrat « sur-mesure », dont le contenu était imposé par une partie à un seul cocontractant, ne pouvait pas être qualifié de contrat d'adhésion. Cette définition avait néanmoins suscité des réticences. On lui avait reproché son imprécision (11) et de faire échapper au régime du contrat d'adhésion des contrats dans la construction desquels la commune volonté des parties n'aurait pas joué un rôle réel (12). Alors que le divorce semblait consommé entre les deux chambres, on s'attendait à voir l'Assemblée nationale résister - et l'emporter au terme du processus parlementaire. Mais c'était sans compter sur la main tendue du Sénat, qui profita de la deuxième lecture pour resserrer quelque peu les contours du contrat d'adhésion, entraînant le ralliement de l'Assemblée nationale. Le nouvel article 1110 est le fruit de cette navette parlementaire. Il prévoit ainsi que le contrat d'adhésion est « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

1.2. Signification de la nouvelle définition

- **4** - Dans cette définition du contrat d'adhésion, il y a un élément nouveau, mais également une reprise partielle de l'ancien texte. La reprise concerne l'exigence d'une détermination des clauses « à l'avance par l'une des parties ». Ainsi, il faut admettre que la qualification de contrat d'adhésion est exclue dans le cas où l'acte est établi, non à l'avance, mais sur-le-champ - hypothèse qui, sans être d'école, reste marginale en pratique. De même, n'est pas un contrat d'adhésion le contrat dont le contenu est établi, non par l'une des parties, mais par un tiers - tel un rédacteur d'acte commun agissant pour le commun profit des parties. Cette double exclusion s'explique par l'idée que le risque d'abus est moindre dans les hypothèses visées que dans celle où l'une des parties établit elle-même et par avance le contenu d'un contrat, dont les règles pourraient être excessivement favorables à ses intérêts. L'interprétation de la formule légale est cependant discutée. Pour un auteur, l'exigence d'une détermination du contenu de l'acte par les parties n'exclurait pas la qualification de contrat d'adhésion de l'acte dont le contenu a été déterminé par un tiers : l'hypothèse visée serait seulement « celle dans laquelle le législateur, le pouvoir réglementaire ou une instance dotée d'un pouvoir normatif à l'égard des parties à un contrat de droit privé imposerait une formule type à laquelle il ne serait pas possible d'échapper » (13). L'analyse paraît cependant discutable et elle ajoute à la loi un élément qui n'y figure pas. Dans le cas - le plus simple - où les parties s'en remettent à un rédacteur d'acte, auquel elles demandent de définir intégralement le contenu du contrat, pour leur compte, sans intervention de leur part, on ne voit pas que l'on puisse trouver les traces du contrat d'adhésion dont le contenu doit être, à la lettre du texte, établi « à l'avance par l'une des parties » (14).

- **5** - La nouveauté de la formule réside dans la disparition de la référence aux « conditions générales, soustraites à la négociation », remplacée par la référence à un « ensemble de clauses non négociables ». La nouvelle rédaction met ainsi un terme aux débats sur le point de savoir s'il y a un contrat d'adhésion quand le contenu du contrat proposé par l'une des parties n'a pas été négocié alors qu'il aurait pu l'être. Sous l'empire de l'ancien texte, la doctrine avait déjà pressenti que ce qui compte n'est pas l'absence de négociation du contrat mais l'impossibilité de la négociation (15). Avec ce nouveau texte, il est désormais clair que c'est la négociabilité (et non la négociation effective) qui est au cœur de la définition du contrat d'adhésion. Lorsqu'un contrat était négociable, mais n'a pas été négocié dans les faits, il peut ainsi être qualifié de contrat de gré à gré. Dans la même logique, la nouvelle rédaction exclut tout cantonnement de la figure aux contrats de masse : une convention pourra être qualifiée de contrat d'adhésion alors même qu'elle aurait été imposée par un contractant en position de force à son cocontractant. La nouvelle rédaction permet également de retenir la qualification de contrat d'adhésion alors même qu'une partie du contrat est négociable (16). Il suffit, en effet, que l'on trouve en son sein un « ensemble de clauses » non négociables, peu important que le reste du contrat soit négociable. Il se pourrait même que le contrat soit en partie effectivement négocié et que le cocontractant soit lui-même à l'origine de certaines clauses (17).

1.2. Difficultés de la nouvelle définition

- **6** - Reste que l'exigence d'un ensemble de clauses non négociables n'est pas dénuée d'équivoque (18).

Outre les difficultés de preuve qu'elle suscite (19), la non-négociabilité ne se laisse pas saisir aisément. Dans le cas des contrats de masse, elle se déduit naturellement du contexte contractuel qui rend concrètement impossible, voire incongrue, toute tentative de négociation des clauses. Quand on souscrit un abonnement téléphonique, on ne saurait sérieusement entreprendre une redéfinition du contrat avec le préposé chargé de faire signer l'*instrumentum* préétabli par l'opérateur téléphonique. En revanche, hors de cette hypothèse, il sera plus difficile de dire quand une clause était négociable. D'abord, en l'absence de toute discussion, la question de la négociabilité de la clause - c'est-à-dire de la possibilité d'une négociation dont les contractants n'ont pas souhaité tirer effectivement parti - ne peut être examinée sans conjectures plus ou moins justes. Mais, même dans le cas où une clause a été discutée, l'hésitation reste parfois permise. La clause discutée par les parties doit, certes, en principe être considérée comme négociable, alors même qu'elle resterait inchangée à l'issue de la discussion, mais la négociation doit être réelle et ne pas masquer une non-négociabilité fondamentale qui ne serait pas ouvertement exprimée - ce qui pourrait par exemple être déduit d'un refus systématique par l'une des parties de modifier toute clause du contrat. En pratique, l'appréciation de la négociabilité se fera au cas par cas et non sans mal. De ce point de vue, le cantonnement du contrat d'adhésion aux contrats de masse aurait soulevé moins de difficultés (20).

La référence à un « ensemble de clauses » suscite également des difficultés. Le terme d'« ensemble » suggère certes que la non-négociabilité d'une seule clause ne suffit pas à qualifier le contrat d'adhésion, mais on aura du mal en pratique à définir à partir de quand plusieurs clauses forment un « ensemble » au sens du texte. À notre sens, deux éléments doivent être réunis pour ce faire. D'une part, l'idée d'ensemble suggère que les clauses non négociables doivent être au moins au nombre de deux et présenter une certaine unité : l'« ensemble » constitue « un tout harmonieux » pour reprendre la définition d'un dictionnaire (21). Il ne suffit ainsi pas de quelques clauses éparses non significatives dans le contrat qui seraient soustraites à la négociation ; les clauses concernées doivent avoir un lien structurant (22). D'autre part, et malgré un gênant silence législatif, il faut admettre que cet ensemble de clauses non négociables émanant de l'une des parties doit être prépondérant dans l'acte par rapport aux clauses négociables. À défaut, la qualification de contrat d'adhésion serait usurpée et il serait discutable de lui appliquer le régime des contrats d'adhésion (23) : un contrat essentiellement négociable doit à notre avis rester un contrat de gré à gré. Une analyse contraire conduirait d'ailleurs à une impasse dans le cas où le contrat comporterait non seulement un ensemble de clauses imposé par l'une des parties, mais également un autre ensemble de clauses imposé par l'autre partie - si l'on admet l'hypothèse. On peinerait alors à déterminer qui est le proposant et qui est l'adhérent de ce prétendu contrat d'adhésion. Ainsi, la qualification de contrat d'adhésion suppose que l'ensemble de clause non négociable soit l'élément principal du contrat - de sorte que, s'il est secondaire, le contrat reste de gré à gré, dans la logique de l'adage *accessorium sequitur principale* (l'accessoire suit le principal) (24). On regrettera que les parlementaires n'aient pas clairement consacré cette exigence dans le texte nouveau et aient laissé subsister une formule suggérant qu'un « petit » ensemble de clauses non négociables puisse emporter la qualification de contrat d'adhésion pour un contrat globalement négociable (25).

- **7** - Malgré ces restrictions, c'est une conception large du contrat d'adhésion qui a été retenue par la loi de ratification. Reste à voir si une telle ouverture de la figure pouvait demeurer sans effet sur les règles relatives à son régime.

2. Le régime du contrat d'adhésion

2.1 Précision interprétative

- **8** - Le régime du contrat d'adhésion s'est trouvé précisé d'une double manière à l'occasion de la loi de ratification : par une précision interprétative lors des débats parlementaires et par une modification des textes. La précision interprétative a trait à l'articulation des textes issus de la réforme du droit des contrats avec les textes spéciaux du code de la consommation (26) ou du code de commerce (27) qui sanctionnent déjà la stipulation de clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au contrat. La doctrine se demandait, en effet, si l'article 1171 du code civil pouvait s'appliquer aux contrats d'adhésion relevant du champ

d'application de ces droits spéciaux, ou si son application était exclue en vertu de l'article 1105, alinéa 3, du code civil qui prévoit que « les règles générales s'appliquent sous réserve [des] règles particulières ». L'ordonnance du 10 février 2016 n'apportait pas de réponse claire à cette question, tout comme le rapport au président de la République l'accompagnant. Pour mettre fin à ces hésitations, la commission des lois du Sénat a proposé de retenir la seconde analyse, par voie d'interprétation, sans que les textes concernés ne soient pour autant modifiés : « De façon à expliciter l'intention du législateur lors de la ratification de l'ordonnance et à assurer la cohérence du droit, [le rapport] indique que l'article 1171 du code civil ne peut s'appliquer dans les champs déjà couverts par l'article L. 442-6 du code de commerce et par l'article L. 212-1 du code de la consommation, lesquels permettent déjà de sanctionner les clauses abusives dans les contrats entre professionnels et dans les contrats de consommation. L'article 1171 du code civil a pour vocation de sanctionner les clauses abusives dans les contrats d'adhésion qui ne relèveraient pas déjà de ces deux dispositifs existants ». Une telle précision interprétative ne lie certes pas le juge, mais il faut admettre qu'elle renforce le cantonnement de l'article 1171 du code civil défendu par certains auteurs (28), qui pourrait dès lors s'imposer en jurisprudence (29).

2.2 Modification de l'article 1171

- **9** - Pour le reste, le régime du contrat d'adhésion s'exprime au travers de deux textes. Le premier, le plus important, est l'article 1171 du code civil. Dans sa rédaction issue de l'ordonnance de 2016, il réputait non écrite « toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat », tout en précisant, en écho à l'article L. 212-1 du code de la consommation, que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». L'apport de la loi de ratification à ce texte réside dans une restriction d'origine sénatoriale (30) : ce n'est plus « toute clause » déséquilibrante qui se trouve visée, mais « toute clause [déséquilibrante] non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties ». Jusqu'à l'intervention d'une commission mixte paritaire, les députés étaient défavorables à cette rédaction. Une fois la qualification de contrat d'adhésion acquise, ils souhaitaient que « toute clause qui créerait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat p[uisse] être annulée » (31). On peut se réjouir de leur changement de position, tant la limitation paraît logique avec les textes issus de la loi de ratification. Dans la conception large du contrat d'adhésion retenue par les parlementaires, il faut restreindre la sanction des clauses déséquilibrantes aux seules clauses non négociables et maintenir celles qui étaient négociables. Là où la liberté contractuelle reprend son empire, la protection doit cesser. Avec le nouveau texte, toutes les difficultés ne se trouvent pas pour autant dissipées. Sa mise en oeuvre posera souvent un problème de preuve. En pratique, la question se pose donc de savoir sur qui doit peser le risque de la preuve de la négociabilité ou non-négociabilité des clauses du contrat. Dans la mesure où le texte permet à l'une des parties de rendre inapplicable une clause pourtant acceptée par elle, la réponse ne nous semble pas faire de doute : c'est à celui qui prétend évincer la clause qu'il incombe de prouver que les conditions de l'éviction de la clause sont réunies (32). Sachant que la preuve de l'absence de négociation ne suffit pas, il arrivera souvent que le texte ne puisse être appliqué faute de preuve suffisante (33).




2.3 Maintien de l'article 1190

- **10** - Quoi qu'il en soit, il faut remarquer que si l'article 1171 a été modifié, tel n'est pas le cas de l'article 1190, qui continue de prévoir que, « dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé ». Inchangé, ce texte acquiert une nouvelle portée avec la loi de ratification. Dans la mesure où elle élargit la définition du contrat d'adhésion, c'est désormais tout contrat comportant un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties, qui s'interprète en faveur de celui à qui il a été proposé. Mieux : l'absence de toute restriction dans le texte, similaire à celle introduite dans l'article 1171, doit être comprise comme impliquant que c'est l'intégralité du contrat d'adhésion qui doit s'interpréter contre le « proposant » et non seulement ses clauses non négociables (34). Ce choix législatif n'est certes pas dépourvu de toute légitimité. On peut admettre que celui qui a proposé un contrat se voit imputer les risques de l'interprétation que son imprécision a rendue nécessaire. Ce n'est pas parce que le contrat était en partie négociable que sa responsabilité dans le choix des mots se trouve intégralement effacée. L'analyse peine cependant à convaincre dans le cas où une clause négociable a été effectivement négociée par l'autre partie et dont la rédaction peut parfois avoir été proposée par elle. Est-il alors légitime que celui à qui le contrat a été proposé profite des imprécisions des clauses qu'il a lui-même proposées ou imposées ? Une réponse négative nous semble s'imposer,

et l'on peut espérer que la Cour de cassation saura réserver le principe d'interprétation en faveur de l'adhérent de l'article 1190 aux seules clauses à la détermination desquelles il n'a pas directement contribué.


Où l'on voit que la loi de ratification n'aura pas tari les interrogations suscitées par le contrat d'adhésion, qui constituera sans doute l'un des plus importants nids à contentieux de la réforme du droit des obligations.



Mots clés :
DROIT COMMUN DES CONTRATS * Contrat d'adhésion * Négociabilité * Réputé non écrit * Interprétation

(1) V. en particulier, G. Chantepie et M. Latina, « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat », D. 2018. Chron. 309  ; M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », D. 2018. Chron. 900  ; L. Andreu, « Contrat d'adhésion et clauses déséquilibrantes », SNH, 26 avr. 2018 n° 15, p. 18 ; T. Revet, « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », D. 2018. Chron. 124 .

(2) Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, JO 11 févr.

(3) C. civ., art. 1171.

(4) C. civ., art. 1190. Ces règles applicables au contrat d'adhésion sont pour l'instant en nombre limité, ce qui fait douter que la distinction des contrats d'adhésion et des contrats de gré à gré soit la nouvelle *summa divisio* du droit des obligations (*contra*, T. Revet, « Les critères du contrat d'adhésion », D. 2016. Chron. 1771 , n° 4). Cela étant, la loi ou la jurisprudence complètera peut-être l'édifice. Un des intérêts de la consécration du contrat d'adhésion est peut-être de fournir les bases de son développement jurisprudentiel ou légal.

(5) Sur les textes issus de l'ordonnance, V. en particulier, F. Chénéde, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil », JCP 2016. Actu. 776 ; T. Revet, « Les critères... », préc.  ; Une philosophie générale ?, RDC 2016, hors-série, p. 5, spéc. n° 14, p. 10 ; D. Fenouillet, « Le juge et les clauses abusives », in M. Mekki (dir.), *Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, RDC 2016. 358 ; M. Mekki, « Fiche pratique sur le contrat d'adhésion », Gaz. Pal. 22 mars 2016, p. 16 ; S. Lequette, « Le contrat, définition et classifications, Réflexions à la lumière de l'ordonnance du 10 février 2016 », SLC, 2018, à paraître ; A. Tadros, « "L'adhésion" du cessionnaire des droits sociaux au pacte d'associés... », D. 2017. 171 . Plus généralement, V. les différents commentaires de l'ordonnance de réforme : M. Mignot, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016... », LPA 26 févr. 2016, p. 8 ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n°s 145 s. ; A.-S. Choné, in T. Douville (dir.), *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2016, p. 46 s. ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 63 s. ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2017, n°s 23.361 s. ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2016, n°s 191 s.

(6) Sur ce point, V. *infra*, n° 4.

(7) Avec le nouveau texte, la réponse ne fait plus de doute : V. *infra*, n° 9.

(8) Le *statu quo* avait néanmoins ses défenseurs. V. N. Molfessis « Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », JCP 2017, n° 1045 ; comp. M. Mekki, « Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016 », AJ

(9) Nous l'avions notamment défendue lors de notre audition par Monsieur le député Sacha Houlié à l'Assemblée nationale.

(10) V. *infra*, n^{os} 3 et 9.

(11) G. Chantepie et M. Latina, *op. cit.*, n° 10 : « Dans la définition de l'Assemblée nationale en effet, le contrat d'adhésion était celui qui comportait des conditions générales destinées à s'appliquer à "une multitude de contrats ou de personnes". L'appréciation de la "multitude" aurait-elle été abandonnée au pouvoir souverain des juges du fond ? Les praticiens auraient alors pu craindre une importante volatilité des décisions et donc une grande insécurité. Aurait-il fallu que les juges fixent, pour des raisons de sécurité, un seuil jurisprudentiel ? Mais où donc commence la multitude ? ».

(12) V. en particulier, T. Revet, « L'incohérent... », préc.

(13) T. Revet, « Les critères... », préc., n° 18 ; v. cep. la nuance apportée au n° 12 concernant le rôle d'un rédacteur d'acte.

(14) V. notre article, plus nuancé : « De la clause de rédaction d'acte par autrui », *Mélanges Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 25. Il faut en réalité comprendre que le contrat d'adhésion suppose que trois conditions soient remplies : 1/ un ensemble de clauses non négociables ; 2/ déterminées à l'avance ; 3/ par l'une des parties. Tout contrat dans lequel ces conditions font défaut ne peut être qualifié de contrat d'adhésion. Sauf à observer que le contrat non négociable ne remplissant pas les deux dernières définitions pose des difficultés d'analyse : s'agit-il d'un contrat de gré à gré ? La réponse ne va pas de soi, compte tenu de l'absence de symétrie des deux définitions de l'article 1110. Il faut ainsi admettre soit que la définition du contrat de gré à gré n'est pas complète, soit que certains contrats ne sont pas des contrats d'adhésion, sans pour autant être des contrats de gré à gré... Le décalage entre les deux textes reste cependant véniel en pratique, si l'on veut bien admettre que c'est au contrat d'adhésion que les règles d'éviction des clauses déséquilibrantes et d'interprétation *in favorem* sont attachées. C'est donc la définition du contrat d'adhésion qui est essentielle pour la mise en oeuvre pratique de la loi.

(15) V. par ex., T. Revet, « Les critères... », préc., n° 11.

(16) La nouvelle rédaction de l'article 1171 en témoigne au demeurant clairement : seules les clauses non négociables peuvent être réputées non écrites, non les clauses négociables.

(17) Sur les difficultés qui en résultent, V. *infra*, n^{os} 9 et 10.

(18) Elle ne pose à notre sens pas moins de difficultés que le vocable de « multitude » qui avait la préférence de l'Assemblée nationale : V. *supra*, *ad notam* 9.

(19) Nombreux sont les auteurs qui, avant la loi de ratification, préconisaient aux parties de conserver trace des négociations effectives, voire de faire figurer dans l'acte une clause (dont l'efficacité est sujette à discussion) de reconnaissance de la négociabilité de ses stipulations. La question de la charge de la preuve qu'un contrat est d'adhésion ou de gré à gré dépend à notre sens des règles qui reposent sur cette qualification. V. par ex., concernant l'article 1171, *infra*, n° 9.

(20) V. *supra*, n° 3.

(21) Dictionnaire *Trésor de la langue française*.

(22) Sans forcément se suivre matériellement dans *l'instrumentum*.

(23) En particulier le principe d'interprétation prévu par l'art. 1190 : V. *infra*, n° 10.

(24) Comp., sous l'empire des anciens textes, T. Revet, « Les critères... », préc., n° 15, qui évoque l'adage *major pars trahit ad se minorem* (la plus grande partie entraîne à elle la moindre).

(25) On regrettera également que la lettre du texte n'exclue pas que la non-négociabilité de la clause de prix puisse être prise en compte pour qualifier le contrat d'adhésion (contrairement au texte initial, qui évoquait l'absence de négociation des « conditions générales »). On reprendra peut-être le raisonnement exposé avant la loi de ratification par M. Revet (« Les critères... », préc., n° 13), sur la base de l'article 1171, alinéa 2 : « Il est permis de déduire de cette soustraction de la chose et du prix à la règle de neutralisation automatique des clauses abusives sises dans les contrats d'adhésion que la démonstration de l'existence d'une possibilité de négocier ces éléments d'un contrat, par ailleurs éminents, ne saurait emporter son impossible qualification comme "contrat d'adhésion", donc emporter sa qualification en "contrat de gré à gré" ».

(26) C. consom., art. L. 212-1.

(27) C. com., art. L. 442-6, I, 2°.

(28) V. par ex. M. Béhar-Touchais, « Le déséquilibre significatif dans le code civil », JCP 2016. 391.

(29) La solution présenterait l'avantage de préserver la spécificité des textes spéciaux (notamment la compétence spécifique instaurée en matière commerciale et la différence de sanction par rapport au régime de l'art. 1171). Sur le domaine résiduel du texte de droit commun, V. les obs. de V. Forti, « Le déséquilibre significatif dans les projets français et espagnol de réforme du droit commun des contrats : délimitation du domaine », in E. Savaux *et alii* (dir.), *La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, LGDJ, 2016, p. 179, n° 17.

(30) L'Assemblée nationale y était opposée, avant qu'une commission mixte paritaire ne reprenne la position sénatoriale : V. *supra*, n° 2.

(31) S. Houlié, séance du lundi 11 déc. 2017.

(32) L'affirmation vaut à notre sens également pour la preuve des éléments permettant de qualifier le contrat d'adhésion (V. *supra*, n° 6). Comp. M. Mekki, « Pour une ratification... », préc., pour qui « le législateur devrait apporter des précisions d'ordre probatoire. Afin de garantir à cette disposition une pleine efficacité, il serait opportun de faire peser la charge du risque sur celui qui, en présence de conditions générales, conteste la qualification de contrat d'adhésion. Un troisième alinéa pourrait ainsi être rédigé : "En présence de conditions générales, il appartient à celle des parties qui se prévaut d'un contrat de gré à gré de prouver l'existence des négociations" ».



(33) V. cep. les nombreuses et judicieuses présomptions envisagées par T. Revet, « Les critères... », préc., n° 12.

(34) Lors de notre audition précitée, nous avons plaidé le contraire, sans que cette proposition

AJ Contrat 2018, p.266

Les effets du contrat

Louis Thibierge, Agrégé des facultés de droit, professeur à l'Université Aix-Marseille, membre du Centre de droit économique (EA4224), avocat au Barreau de Paris


Le thème des effets du contrat est au coeur de la réforme du droit des obligations, dont l'objectif était de rendre notre droit attractif. C'est dire si l'efficacité est au coeur des préoccupations du législateur. Il n'est pas ici question d'embrasser tous les effets du contrat. Une double restriction sera opérée. *Ratione temporis*, tout d'abord, il ne sera traité que du « nouveau » droit des contrats. Celui issu de la loi de ratification du 20 avril 2018 (1), et non le droit « intermédiaire », celui qui résulte de l'ordonnance du 10 février 2016 (2). *Ratione materiae* ensuite : seuls les effets *inter partes* seront abordés. La raison en est simple : les effets du contrat à l'égard des tiers ne sont pas affectés par la loi de ratification.

Pour s'en tenir à ses seuls effets *inter partes*, notre nouveau droit des contrats clarifie les règles relatives à la réduction unilatérale du prix, aligne les sanctions de la fixation abusive du prix, maintient - contre l'avis des sénateurs - la sanction judiciaire de l'imprévision et rétablit sa plénitude au droit à l'exécution forcée en nature. Quelle que soit l'attraction que peut exercer le charme suranné de Toullier, on se gardera de présenter ces quatre textes « suivant l'ordre du code ». Il existe en effet une autre manière, une autre lumière à jeter sur ces quatre articles. Les uns donnent au créancier le pouvoir de modifier seul la situation juridique. C'est ce qu'on appelle l'unilatéralisme. Les autres, au contraire, consacrent le retour du juge dont l'intervention peut se manifester à deux titres : soit en révisant le contrat bouleversé par un événement imprévisible, soit en prêtant main-forte au créancier pour ordonner l'exécution forcée du contrat. Cette lumière, ce clair-obscur, révèle toute la dialectique de notre nouveau droit des contrats qui, confiant dans l'*homo contractus*, fait la part belle à l'unilatéralisme mais, dans le même temps, consacre l'interventionnisme judiciaire : la volonté unilatérale ne peut pas tout. Parce qu'il promeut liberté et justice, notre nouveau droit des contrats esquisse un pas de deux. Il est tantôt unilatéraliste, tantôt interventionniste.

1. L'unilatéralisme

L'unilatéralisme, c'est le nouvel avatar du libéralisme. C'est la main invisible d'Adam Smith, la confiance dans la capacité du marché à s'autoréguler. C'est aussi la consécration de la théorie de l'efficacité économique. Puisque juger est chronophage et coûteux, puisque la solution du procès est aléatoire et trop lointaine, il faut aller vite. Aller vite, c'est donner à une partie le pouvoir de modifier seule la situation juridique. Mais l'unilatéralisme n'est ni démission de l'État, ni déni de justice, simplement une justice différée, dans laquelle le contrôle n'intervient pas *a priori*, pour autoriser, mais *a posteriori*, pour sanctionner les abus de cette liberté nouvelle. Éprouvons-en les contours au travers de deux institutions : la fixation unilatérale du prix et la réduction unilatérale de celui-ci.

1.1. La fixation unilatérale

La fixation unilatérale du prix est une nécessité économique dans bien des contrats. Imaginons un instant le contrat liant un pompiste et un pétrolier. Imagine-t-on que les parties renégocient chaque matin le prix de vente du carburant, suivant les évolutions du Brent ou de la TIPP (3) ? Il faut permettre aux parties d'apporter de la souplesse et de la réactivité dans leur contrat. C'est la raison pour laquelle le nouveau droit des contrats consacre une création prétorienne : la possibilité de fixer unilatéralement le prix. Envisageons tour à tour le domaine de la fixation unilatérale et son encadrement.

1.1.1. Le domaine de la fixation unilatérale

Le domaine de la fixation unilatérale avait par le passé des contours délicats à cerner. L'ordonnance de 2016 a opéré une action en bornage. À l'issue des arrêts d'assemblée plénière du

1^{er} décembre 1995¹(4), une partie à un contrat pouvait, si ledit contrat renfermait une stipulation en ce sens, être autorisée à fixer seule le prix, sous la seule réserve de l'abus. Les uns arguaient que la solution était cantonnée aux contrats-cadres. Les autres, et je m'inscrirai plutôt dans cette veine, estimaient que la formulation de l'attendu permettait d'en étendre la portée à tous les contrats, exception faite de la vente, qui suppose un accord sur la chose et le prix.

L'ordonnance du 10 février 2016 a-t-elle consacré la solution prétorienne ? Partiellement, puisqu'elle l'a gravement amputée. L'article 1164 admet la fixation unilatérale dans les seuls contrats-cadres²(5). L'article 1165 ne l'autorise que dans les contrats de prestation de services. Il n'est pas question de la même fixation unilatérale. La première, celle des contrats-cadres, suppose une stipulation en ce sens. À l'inverse, la seconde, celle de l'article 1165, est supplétive : elle s'applique faute d'accord. Seulement si les parties n'ont rien prévu quant au prix, le prestataire de services pourra fixer unilatéralement le prix de sa prestation.

Sur un plan terminologique, la notion de prestation de services est bien connue en matière économique, mais n'a pas de traduction juridique précise. Un *hiatus* se fait jour entre le post-modernisme de l'article 1165 et la formulation archaïque du code civil, qui parle encore de louage de service³(6). En somme, le domaine de la fixation unilatérale du prix est bien modeste. En sont exclus les contrats de droit commun. N'y sont admis que les seuls contrats-cadres et de prestation de services.

1.1.2. L'encadrement de la fixation unilatérale

Une fois reconnu à une des parties le pouvoir de fixer le prix, comment s'assurer qu'elle le fasse dans des limites acceptables ? Deux questions méritent à cet égard réflexion.

D'abord, comment fixer le prix ? Attend-on du créancier qu'il fasse preuve d'altruisme et fasse passer les intérêts de son partenaire avant les siens ? Attend-on du plombier qui fixe son prix après intervention qu'il privilégie les intérêts de son client aux siens ? Ce serait illusoire.

Attend-on du créancier qu'il prenne en compte les intérêts de son cocontractant, ce qui devrait le pousser à fixer un prix raisonnable ? Sans doute. Il ne faut pas percevoir ici une exhortation à l'angélisme, mais simplement un retour à la notion même d'abus, si habilement mise en lumière par Philippe Stoffel-Munck⁴(7). Lorsque les parties confient à l'une d'elles le soin de fixer seule le prix, c'est dans un but précis : permettre l'adaptation du contrat à l'évolution des circonstances, maintenir son équilibre. Il ne s'agit pas de donner blanc-seing à son partenaire et d'être à sa merci, pieds et poings liés par sa décision. Dès lors, celui qui détournerait la clause de fixation unilatérale de sa finalité, pour l'utiliser à des fins égoïstes, commettrait un abus de droit. Deux exemples viennent à l'esprit :

- celui qui fixe un nouveau tarif volontairement excessif pour pousser l'autre vers la sortie ou la ruine ;

- celui qui fixe un nouveau prix empêchant son partenaire de pratiquer des tarifs compétitifs. Imaginons qu'une compagnie pétrolière vende à un pompiste son carburant à 3 € le litre, quand les concurrents le revendent au consommateur final moitié moins.

Oui, on peut attendre du contractant qu'il fixe un prix raisonnable, tenant compte des intérêts des deux parties. Les articles 1164 et 1165 me paraissent aller dans ce sens, dès lors qu'ils exigent du créancier qu'il puisse « motiver le montant en cas de contestation ». Celui qui fixe le prix sait donc, par avance, que sa liberté n'est pas discrétionnaire, qu'il doit l'exercer dans les limites de la raison, et qu'il devra en rendre compte.

Ensuite, comment sanctionner les abus ? En 1995⁵(8), la Cour de cassation avait assorti l'abus de deux conséquences possibles. La victime d'une fixation abusive du prix pouvait demander la résolution du contrat aux torts de l'auteur de celle-ci, ainsi que des dommages-intérêts⁶(9). La sanction est dissuasive. Si le créancier fixe un prix abusif, il ne s'expose pas simplement à une diminution du prix par le juge. Bien plus comminatoire est la menace d'une résolution judiciaire aux torts exclusifs. La victime peut préférer maintenir le contrat-cadre, mais voir le prix réduit de manière indirecte. Imaginons que le créancier ait fixé le prix à 10 alors qu'il n'aurait pas dû excéder 4. On versera 6 de dommages-intérêts à sa victime, ce qui aboutira peu ou prou à un rétablissement par le juge de l'équilibre contractuel. La solution ne manque pas d'intérêt lorsque la victime de la fixation abusive a réalisé d'importants investissements et ne

souhaite pas rompre la relation commerciale. On s'interroge toutefois sur la précellence donnée aux dommages-intérêts, alors qu'une réfaction directe du prix par le juge eût été possible, et ne produirait pas nécessairement les mêmes conséquences sur le terrain fiscal.

L'article 1164 du code, applicable aux contrats-cadres, consacre ces deux possibilités : « En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ». L'incise « et le cas échéant » était absente des arrêts de 1995. Faut-il comprendre que la fixation abusive du contrat n'est pas toujours suffisamment grave pour entraîner une résolution ? Le juge serait alors appelé à séparer le bon grain de l'ivraie, l'abus bénin du mauvais abus, seul le dernier emportant résolution ?

On s'interrogera davantage sur le choix du législateur de modifier, à l'occasion de la loi de ratification, l'article 1165, relatif aux contrats de prestation de services. Dans sa version issue de l'ordonnance de 2016, il disposait : « En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts ». La loi du 20 avril 2018 modifie l'alinéa 2, qui devient : « En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat ».

La symétrie est parfaite. Le sort des contrats de prestation de services est aligné sur celui des contrats-cadres. Mais est-ce légitime ? Que l'on mette fin à un contrat-cadre parce que le fort a abusé de sa liberté se conçoit. Celui qui a consenti à la clause de fixation unilatérale du prix faisait confiance à son cocontractant. Sa confiance trahie, il peut vouloir sortir du contrat. Mais *quid* en matière de prestations de services ? Rien n'attend les parties après la fixation du prix puisque, de l'aveu même de l'article 1165, la fixation unilatérale du prix ne peut avoir lieu qu'après l'exécution du contrat. Le contrat a donc été, par hypothèse, correctement exécuté (10). Est-il bien logique de permettre au client du prestataire de solliciter l'anéantissement du contrat au seul motif que la fixation du prix aurait été abusive ? On sait bien que la résolution n'est plus nécessairement rétroactive. Mais tout de même : n'y a-t-il pas quelque excès à permettre au client de ne pas payer du tout l'entrepreneur au seul motif que celui-ci a, dans un moment d'égoïsme égoïste, fixé un tarif excessif ? Tout travail ne mérite-t-il pas salaire ?

1.2. La réduction unilatérale

Le mécanisme de réduction unilatérale du prix est autonome de celui précédemment évoqué, même s'il peut lui ressembler dans la mesure où le juge réduit indirectement le prix abusif en accordant des dommages-intérêts. Il n'est plus ici question ni d'abus, ni de clause accordant à une partie le pouvoir de fixer seule le prix.

L'élément déclencheur de la réduction du prix, c'est l'inexécution. Le créancier d'une obligation mal exécutée (c'est-à-dire en quantité insuffisante, en qualité insuffisante ou avec retard) peut accepter cette exécution imparfaite et réduire le prix de manière proportionnelle. Il n'est pas ici question de sanction de l'abus, mais de rétablissement du *synallagma*.

Le domaine de la réduction du prix est plus large que celui de l'abus dans la fixation unilatérale. Faute de restriction dans l'article 1223, il englobe *a priori* tous les contrats de droit commun (11). Le texte de l'article 1223 a été profondément réécrit par la loi de ratification. Il nous en faut connaître les deux versions, car la réécriture n'a pas - et c'est honnête - été qualifiée d'interprétative par le législateur, ce qui la prive d'effet rétroactif. La réduction de l'article 1223 présente tous les atouts de l'unilatéralisme. Pourtant, cet unilatéralisme apparent masque mal la réalité : l'unilatéralisme ne serait-il pas insuffisant ?

1.2.1. L'unilatéralisme apparent

L'article 1223, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, laissait entendre que la réduction du prix était une prérogative unilatérale du créancier. Celui-ci pouvait, après mise en demeure, « accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix ».

La liberté du créancier de l'obligation mal exécutée était donc double. Il pouvait, d'abord, choisir d'opter pour la réduction du prix, qui n'est qu'une sanction parmi d'autres disponibles à l'article 1217. Le créancier peut parfaitement poursuivre la résolution plutôt que la réduction, ou la réduction plutôt que l'exécution forcée. Son choix est, sur ce point, discrétionnaire.

La liberté s'exprime ensuite dans la fixation de la réduction. C'est en effet au créancier qu'il

appartient de fixer le montant de la réduction. Sur ce point, le code est peu disert. Il se borne à évoquer une réduction proportionnelle du prix. Mais qu'est-ce à dire ?

- Premier exemple : une société commande 100 tonnes de ciment à une autre. Le débiteur ne livre que 80 tonnes. La réduction proportionnelle ne paraît pas excessivement complexe à déterminer. Une règle de trois amènerait à réduire le prix de 20 %.

- Deuxième exemple : une société commande une chaîne d'embouteillage de jus de fruit. Celle-ci fonctionne mal et tombe régulièrement en panne. À combien doit s'élever la réduction ?

- Troisième exemple : une société affrète un avion pour transporter ses dirigeants pour assister à un sommet. L'avion promis n'est finalement disponible que trois jours après la date convenue. Comment déterminer le montant de la réduction ?

Où l'on perçoit immédiatement la difficulté à cerner ce qu'est une réduction proportionnelle. La proportionnalité arithmétique est sans doute une clé, mais elle ne peut constituer l'alpha et l'oméga du raisonnement. Tel est notamment le cas lorsque l'inexécution n'est pas quantitative mais qualitative, ou liée à un retard. Ces difficultés d'évaluation de la proportionnalité pourraient priver le mécanisme de la réduction du prix de son succès pratique. Combien de créanciers oseront l'employer avec le risque de se voir reprocher une réduction excessive ? L'un d'entre eux osera-t-il réduire le prix à zéro au motif que l'inexécution était totale ?

1.2.2. L'unilatéralisme insuffisant ?

La réduction est présentée comme unilatérale. Il n'est pourtant pas sûr que ces apparences soient conformes à la réalité. En vérité, l'unilatéralisme s'avère bien souvent insuffisant. Cette insuffisance s'illustre à trois égards.

D'abord, et c'est le plus patent, la volonté unilatérale butte sur la contestation émanant du débiteur. Le propre de l'unilatéralisme n'est pas d'évincer le juge, mais de ne le faire intervenir qu'en cas de contestation. Le débiteur de la prestation imparfaitement exécutée peut contester la réduction du prix décidée unilatéralement par le créancier, soit en son principe, soit en son *quantum*. Cette possibilité semble inexpugnable. On n'imagine guère que le débiteur puisse par avance renoncer à la faculté de contester le principe ou le montant de la réduction de prix, faute de quoi il serait à la merci du créancier.

Ensuite, et c'est tout aussi flagrant, la volonté unilatérale est insuffisante lorsque le prix a déjà été intégralement payé par le créancier. Comment en effet parler de réduction unilatérale lorsqu'il faut en réalité se faire rembourser une partie du prix par le débiteur ? Il n'y a plus guère là d'unilatéralisme. La réserve figure expressément à l'article 1223, dont la rédaction a évolué. En 2016, il était prévu : « S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais ». La phrase laissait entendre que la réduction unilatérale du prix n'était envisageable que si le prix n'avait pas encore été intégralement payé. Le texte remanié dispose : « Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix ». L'enseignement n'est plus le même. Oui, affirme-t-on, la réduction du prix de l'article 1223 existe même lorsque le créancier a déjà payé. Mais, dans cette hypothèse, le créancier n'a d'autre choix que de solliciter l'accord du débiteur, ou de demander au juge de prononcer la réduction du prix. Arrêtons-nous un instant : « accord des parties », demande faite au « juge »... Où est l'unilatéralisme ? On se paye de mots !

Enfin, et même si c'est moins évident, on se demande si l'unilatéralisme est vraiment de principe dans l'article 1223 dans sa version de 2018. En effet, le texte évoque désormais « l'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier qui doit être rédigée par écrit ». La décision du créancier, prétendument unilatérale, doit-elle rencontrer l'acceptation du débiteur ? Sauf à donner aux mots un sens qui n'est pas le leur, comme la prétendue « acceptation » du débiteur cédé dans l'ancien article 1690 en matière de cession de créance, comment expliquer la coexistence de l'unilatéralisme et de l'accord ? La formulation paraît bien malheureuse !

2. L'interventionnisme

L'aphorisme de Denis Mazeaud est connu : « Chassez le juge par la porte, il reviendra par la fenêtre ». La « réforme de la réforme » n'a pas entendu chasser le juge. Simplement déplacer son intervention. À l'unilatéralisme s'allie l'interventionnisme. La volonté seule ne peut tout. Ce pouvoir du juge se manifeste, sur le terrain des effets du contrat, à deux égards. En premier lieu,

et c'est le plus symbolique, au travers de la révision judiciaire pour imprévision. En second lieu, et c'est tout aussi symptomatique, au travers de l'exécution forcée.

2.1. La révision judiciaire

Peu de sujets faisaient autant polémique que la révision judiciaire pour imprévision. Après moult tractations, après quelques ballons d'essai plus ou moins ambitieux lancés en 2005, 2008 et 2013, le Rubicon a été franchi en 2016. L'article 1195 nouveau du code civil acceptait l'inacceptable : autoriser le juge à réviser le contrat, non pas sur requête conjointe des parties, mais à la demande d'une seule d'entre elles. C'en était fini du *Canal de Craponne* 📖(12)...

L'était-ce vraiment ? C'était sans compter la volonté des sénateurs, qui ont entendu se saisir de la loi de ratification pour revenir sur la consécration de 2016. La commission des lois du Sénat a ainsi tenté de modifier l'article 1195, ne donnant au juge que le pouvoir de résilier le contrat, le privant ainsi du pouvoir de le réviser. Audacieuse « ratification » du texte ! Les députés, quant à eux, n'entendaient pas revenir sur le principe consacré en 2016. Il a fallu la réunion d'une commission mixte paritaire pour que nos parlementaires s'entendent. Finalement, ce sont les sénateurs qui ont plié. Quels sont les arguments qui les ont conduits à accepter la révision judiciaire ? Le premier est une modification des dispositions du code monétaire et financier, dont le nouvel article L. 211-40-1 prévoit : « L'article 1195 du code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code ». Sont donc exclues du champ de l'imprévision les obligations découlant d'instruments financiers. La notion recoupe les valeurs mobilières, à l'exception des parts sociales. Le deuxième argument concerne le caractère supplétif de l'article 1195 : les députés ont convaincu les sénateurs que, le texte n'étant pas d'ordre public, il serait le plus souvent écarté par les parties. L'argument suppose une discrimination entre les parties sophistiquées, qui penseront à écarter 1195, et les moins informées, qui se le verront imposer. Le dernier argument opposé aux sénateurs est celui de l'inapplicabilité pratique du texte. On a ainsi avancé qu'en pratique le juge n'utiliserait quasiment jamais le pouvoir conféré par l'article 1195. Curieuse conception du rôle du législateur que de consacrer un texte en espérant qu'il ne s'applique jamais !

Une fois le principe évoqué, entrons dans le détail, adoptant pour une fois un rythme ternaire. Évoquons tour à tour les conditions, le remède et les palliatifs.

2.1.1. Les conditions

L'article 1195 subordonne le traitement de l'imprévision à quatre conditions cumulatives.

Un changement de circonstances. La formule ne vise pas les seules circonstances économiques. Toutes sortes de circonstances peuvent affecter l'équilibre économique du contrat. L'essentiel est qu'elles aient une traduction économique. Le spectre est large : création d'une taxe nouvelle (éco-tax), modification législative (passage aux 35 heures), renchérissement du cours d'une matière première, embargo...

Un changement imprévisible lors de la formation du contrat. *Stricto sensu*, rien ou presque n'est imprévisible. Ni la tempête, ni l'attaque terroriste, ni le tsunami. Si l'on peut songer à l'événement, mettre un mot dessus, c'est qu'il est possible de le prévoir. Ou alors, imprévisible n'a pas ce sens-là. Imprévisible ne veut pas dire « qui ne peut être prévu » mais « que l'on n'avait pas de raisons particulières d'envisager ». Ce qui emporte une part inexpugnable de casuistique. L'étude de la force majeure, qui partage ce critère d'imprévisibilité, n'est pas pour rassurer. Un chat qui traverse la route est imprévisible, mais pas un chien 📖(13). Le vent qui souffle à 172 km/h est imprévisible, mais pas celui qui souffle à 180 km/h dans le département voisin. Tout est question de circonstances, de compétences des parties, d'expérience passée... Autant dire que le critère est fuyant. On aurait mieux fait de lui préférer le critère de la prévision, de substituer l'imprévu à l'imprévisible 📖(14). Il est bien plus objectif de sonder le contrat pour vérifier si l'événement a été envisagé par les parties que de sonder des années plus tard l'esprit et les reins du débiteur pour déterminer s'il aurait pu y penser 📖(15). Et puis, du reste, qu'est-ce qui justifie qu'on vérifie ce qui était prévisible pour le débiteur ? Il n'est pas plus en faute que le créancier de n'avoir pas prévu l'événement.

Un risque non accepté par la partie frappée par l'événement. L'idée est importante et appelle une once de finesse. Les parties peuvent parfaitement faire un pari sur l'avenir sans pour autant

accepter tous les risques. Prenons l'exemple du contrat d'entreprise à forfait : l'entrepreneur fait le pari que les coûts d'exécution seront inférieurs au prix forfaitaire. Accepte-t-il pour autant tous les risques ? Si demain, la loi change et lui impose un surcoût majeur pour retraiter ses déchets, dira-t-on que l'aléa chasse l'imprévision ? Je ne le crois pas. Il faut distinguer entre l'aléa accepté et celui qui ne l'a pas été. De fait, l'exclusion par le code monétaire et financier des obligations découlant d'instruments financiers n'est pas entièrement justifiée : s'il y a spéculation, ce n'est pas pour autant que les parties acceptent par avance tout imprévu, comme une taxe nouvelle confiscatoire.

Une exécution excessivement onéreuse. Le critère consacré par l'article 1195 rejoint l'*excessiva onerosità* italienne. C'est l'onérosité d'exécution qui justifie le traitement de l'imprévu. Deux réflexions s'évincent de ce choix du critère.

D'abord, le critère est foncièrement fuyant. À partir de quand caractérise-t-on l'excès ? La détermination semble relever du pouvoir souverain des juges du fond, ce qui interdit tout contrôle et toute unification par la Cour de cassation. On aurait pu penser à un critère plus objectif, comme celui de l'exécution à perte : dès lors que le débiteur perd de l'argent par l'exécution, il devrait pouvoir prétendre à un remède.

Ensuite, ce critère n'est pas le bon. Le créancier n'a que faire des coûts d'exécution du débiteur, tant qu'ils n'affectent pas la valeur de la prestation. *Primus* achète un téléviseur à *Secundus*, pour un prix de 500 €. Qu'il en coûte à *Secundus* 300 € ou 150 € auprès de son fournisseur, que le transporteur de *Secundus* lui ait consenti une réduction ou non n'a aucun impact sur l'utilité de la chose, et donc sur sa valeur. De surcroît, le critère retenu focalise à tort l'imprévision sur le débiteur, et contribue à la présenter comme une mesure d'humanisme au détriment de la force obligatoire, ce qu'elle n'est pas. En réalité, l'imprévision peut tout aussi bien affecter le créancier, lorsqu'elle prive de valeur la prestation reçue. Imaginons par exemple un changement technologique qui rende obsolète la chose livrée. Rien dans l'article 1195 ne permet de traiter cette situation problématique.

2.1.2. Le remède

Le remède mis en place par l'article prend la forme d'une fusée à deux étages. Le premier est une renégociation entre les parties. Le second est une saisine du juge pour qu'il révise ou résilie le contrat. La difficulté réside dans l'articulation de ces étages. Quand se détachent-ils ?

La partie confrontée à une exécution excessivement onéreuse « peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant ». Que signifie ce verbe pouvoir ? A *minima*, que la victime des circonstances n'est pas tenue de solliciter une renégociation : elle peut, à titre commercial, assumer les conséquences du bouleversement économique. Mais quel intérêt de le dire ainsi ? Faut-il alors comprendre que la renégociation est facultative ? Si la victime peut demander la renégociation, elle ne le doit pas. Ce qui pourrait signifier qu'elle peut directement saisir le juge d'une demande de résiliation ou de révision ? Quand la lettre du texte en contredit l'esprit !

Ensuite, l'article 1195 permet aux parties, « en cas de refus ou d'échec de la renégociation », de se mettre d'accord pour résoudre le contrat. L'incise n'a guère d'intérêt, le *mutuus dissensus* étant un principe large. Mais n'est-il pas illusoire de croire que les parties qui n'ont pas négocié ou en vain vont se mettre d'accord pour sortir du contrat, en ce compris les conséquences pécuniaires de la résolution ?

On passe alors au deuxième étage de la fusée : la saisine du juge. Elle est soit bilatérale, soit unilatérale. Soit les parties conviennent de saisir le juge. Hypothèse peu plausible : on voit mal les parties qui ne sont parvenues à s'accorder confier les clés du contrat au juge. Soit une partie seule saisit le juge d'une demande de révision ou de résolution.

Sur ce point, on éprouve un doute et quelques réserves. Un doute, d'abord : le texte prévoit qu'une partie peut demander la révision judiciaire. Faut-il comprendre que la saisine appartient aussi bien à la partie victime de l'événement imprévisible qu'à son cocontractant ? Ainsi, lorsque mon débiteur me demandera de renégocier le contrat, je pourrais refuser et saisir directement le juge pour qu'il résolve le contrat ? Cela semble surprenant.

Une réserve ensuite : le texte place sur un pied d'égalité l'échec et le refus des négociations. Il ne distingue pas davantage suivant la bonne foi ou la mauvaise foi d'une partie, source de l'échec des négociations. N'y a-t-il pas ici quelque prime à la mauvaise foi ? Le débiteur frappé par

l'événement pourrait, durant la négociation, se montrer inflexible et exiger une augmentation drastique du prix. Sachant que son cocontractant refusera légitimement, notre débiteur pourra saisir le juge. Ne faudrait-il pas, au contraire, sanctionner le refus de négocier et le refus de négocier de bonne foi ? Le texte n'en dit rien, et l'on peut en éprouver quelque regret, quand bien même l'article 1104 sur la bonne foi a une portée générale.

Enfin, quant au choix du remède : la révision judiciaire. Nos magistrats ont-ils vraiment envie de ce pouvoir ? Comment vont-ils l'exercer en droit ? Voici un contrat entre A et B. Apparaît en cours d'exécution une taxe nouvelle qui pèse exclusivement sur B, en sa qualité de producteur de produits polluants. L'équilibre du contrat est rompu, c'est un fait. Mais comment le juge répartira-t-il cette charge extracontractuelle ? En dehors du jugement de Salomon, comment pourrait-il procéder ? Et ce n'est pas le recours à l'expertise qui l'aidera : l'expert est un technicien, pas un ministre d'équité.

2.1.3. Les palliatifs

Souvenons-nous des arguments des députés : le maintien l'article 1195 n'est pas bien grave, car on pourra l'écarter et l'aménager. Mais comment ?

Peut-on, tout d'abord, écarter entièrement l'application de l'article 1195 ? Par principe, une réponse favorable s'impose. Le texte est supplétif de volonté. On réservera néanmoins l'hypothèse des contrats d'adhésion, dans lesquels la renonciation à l'article 1195 est plus délicate, surtout si elle est unilatérale et procède d'une clause non négociable. Quelle serait la portée de cette renonciation à l'article 1195 ? Elle me paraît incertaine, dès lors que l'article 1104 impose une obligation générale de bonne foi, laquelle est bien d'ordre public. Si l'on peut renoncer à la faculté de demander la révision judiciaire du contrat, cela dispense-t-il pour autant de la nécessité de prendre en compte, au titre de la bonne foi, les difficultés imprévisibles d'exécution qui frappent son cocontractant ? Peut-on, ensuite, n'écarter qu'une partie de l'article 1195 ? Le dépeçage pourrait consister à priver le juge de la faculté de révision, pour ne lui laisser que le pouvoir de résolution. On pourrait également imaginer ne conserver que le premier étage : la renégociation, à l'exclusion de toute intervention judiciaire.

On pourrait, enfin, aménager les modalités de l'article 1195. À ce titre, il semble possible de mieux définir les conditions de déclenchement du remède, mais aussi d'encadrer la renégociation, en lui donnant une durée maximale, en s'assurant de l'aide d'un médiateur. En somme, la révision judiciaire pour imprévision témoigne de l'interventionnisme judiciaire tel que consacré par la réforme. Toutefois, la portée pratique de cette incursion dans le contrat sera vraisemblablement limitée.

2.2. L'exécution forcée

L'intervention du juge se fait encore jour au travers de l'exécution forcée des conventions. La volonté ne peut pas tout, et le créancier doit se tourner vers le juge. Force doit rester à l'autorité, en quelque sorte. L'exécution forcée a fait l'objet d'une consécration en demi-teinte en 2016. La loi de ratification vient d'en étendre le champ des possibles. Évoquons, en premier lieu, l'affirmation du principe du droit à l'exécution forcée en nature puis sa relativité.

2.2.1. Le principe du droit à l'exécution forcée

Avant 2016, l'article 1142 du code civil posait par principe que « les obligations de faire et de ne pas faire se résolvent en dommages et intérêts ». La jurisprudence en déduisait, jusque dans les années 1970, que l'exécution forcée des obligations de faire et de ne pas faire était impossible. La solution était problématique, en ce sens que le débiteur pouvait toujours répudier le contrat et préférer servir des dommages-intérêts. On retrouve ici une vision économique du contrat, qui place sur un pied d'égalité l'exécution en nature et l'exécution par équivalent. Dit autrement, le débiteur, comme s'il était tenu d'une obligation alternative, peut se libérer en ne s'acquittant que de dommages-intérêts au lieu d'exécuter la prestation promise. Comme si, pour le créancier, il était indifférent de recevoir la chose promise ou une somme d'argent. Il suffit pour s'en convaincre de se remémorer la scélératesque jurisprudence *Consorts Cruz* de 1993 (16). À qui fera-t-on croire que le bénéficiaire d'une promesse de vente se satisfait de la simple indemnisation de ses espoirs déçus, alors que lui était assurée la vente ?

L'ordonnance du 10 février 2016 a renversé le principe. Alors qu'avant 2016 la règle était le refus

de l'exécution forcée en nature et que l'exception n'intervenait qu'à la marge, sous la plume du juge, l'ordonnance opère une révolution copernicienne. L'article 1221 affirme désormais que « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature ». La règle est désormais inversée, et le primat du droit à l'exécution forcée en nature établi (17). On se souviendra également que l'article 1217, lequel liste les sanctions de l'inexécution, fait apparaître l'exécution forcée en nature en deuxième rang, juste après l'exception d'inexécution. C'est dire la place symbolique qui lui est reconnue. Le créancier peut désormais exiger que soit accompli ce qui a été promis. Le juge doit prêter main-forte au créancier de l'obligation inexécutée. Rien ne lui permet par principe de s'opposer à la demande d'exécution forcée. Alors que, pour obtenir la résolution du contrat, le créancier doit établir la gravité de l'inexécution, alors que pour solliciter des dommages-intérêts, il lui faudra établir un préjudice, rien de tel en la matière. Le créancier peut, sans autre démonstration que celle de l'inexécution, exiger du juge qu'il ordonne l'exécution forcée en nature. Malheureusement, l'article 1221, créé à la faveur de l'ordonnance du 10 février 2016, avait tout d'un miroir aux alouettes. Le principe était, pour tout dire,

d'une

grande

relativité.

2.2.2. La relativité du droit à l'exécution forcée

La première limite au droit à l'exécution relève du bon sens. L'article 1221 prévoit que l'exécution forcée ne peut être demandée lorsqu'elle est « impossible ». Le mot recouvre deux hypothèses : l'impossibilité juridique et l'impossibilité matérielle. L'impossibilité juridique se rencontre lorsque l'exécution de l'obligation serait contraire à l'ordre public (18). On imagine bien volontiers que le juge ne prête pas main-forte à une convention contraire aux valeurs républicaines. Ainsi refuserait-il l'exécution forcée d'une convention de *strip-tease*, de mère porteuse, ou d'importation de produits frappés d'embargo. L'impossibilité matérielle doit faire l'objet d'une interprétation restrictive. Il faut en effet se garder de confondre impossible et difficile ou onéreux. *Impossibilium nulla obligatio est*, enseigne l'adage. Mais tel n'est pas le cas de l'exécution rendue excessivement onéreuse ou difficile. Le juge n'a pas le droit de refuser l'exécution forcée. Il peut néanmoins être tenté de déplacer le débat de l'article 1221 vers l'article 1195, si les conditions en sont réunies.

La deuxième limite au droit à l'exécution forcée est moins incontestable. Les pères de l'ordonnance de 2016 s'étaient montrés réceptifs à ceux qui craignaient l'abus du créancier. Il avait été suggéré de refuser l'exécution forcée lorsque celle-ci serait d'un coût manifestement excessif pour le débiteur. La proposition peut surprendre. Le débiteur qui s'est engagé à exécuter une obligation serait admis à se libérer sous forme de dommages-intérêts au motif que l'exécution en nature lui serait trop coûteuse ? Voilà qui malmène la force obligatoire des conventions.

L'ordonnance de 2016 avait amendé la proposition. Plutôt que de refuser l'exécution forcée au seul motif qu'elle serait trop onéreuse pour le débiteur, le texte de 2016 avait opéré une balance entre deux intérêts antagonistes. L'exécution forcée était refusée par le juge « s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ». Le texte prétendait ainsi prendre en compte les intérêts des deux parties. Il ne permettait pas au débiteur d'échapper à l'exécution forcée au seul motif tiré de son onérosité, pour peu que l'intérêt du créancier à obtenir l'exécution forcée soit aussi important. La tâche du juge était ardue, et ne va pas sans rappeler la balance des intérêts qu'il doit opérer en matière de clauses d'inaliénabilité (19). En pratique, l'article 1221 permettait essentiellement de priver le créancier de son droit à l'exécution forcée lorsqu'il n'avait pas d'intérêt à l'exiger, pas d'intérêt autre que de punir son débiteur. On songe à l'exemple topique du maître de l'ouvrage qui fait raser et reconstruire la maison dont les dimensions initiales ne respectaient celles convenues avec l'entrepreneur. Mais, à la réflexion, notre créancier abuse-t-il véritablement de son droit au seul motif que la reconstruction est excessivement coûteuse ? Est-il bien logique de le contraindre à accepter une indemnité et à vivre dans un appartement auquel il manque 30 cm de hauteur sous plafond ?

La loi de ratification a modifié l'article 1221 du code civil. Désormais, le droit du créancier prévaut, nonobstant la disproportion entre le coût d'exécution et l'intérêt du créancier, si le débiteur est de mauvaise foi. Le texte nouveau dispose ainsi : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ».

Reste à déterminer ce qu'est un débiteur de bonne foi. Certainement pas celui qui a tenté de tromper son cocontractant en lui dissimulant l'inexécution. Pas davantage celui qui s'est rendu coupable d'une faute dolosive. Mais doit-on déduire la mauvaise foi de la faute lourde, laquelle

n'est après tout qu'une négligence d'une exceptionnelle gravité ? Cela n'est pas totalement acquis, car la faute lourde ne suppose pas d'élément intentionnel. La restriction de l'exception ou, dit plus simplement, l'extension du droit à l'exécution forcée en nature aura-t-elle une portée pratique significative ? Il nous faudra attendre quelques mois pour le savoir. J'ai bien dit quelques mois seulement, car la modification de l'article 1221, pour significative qu'elle soit, est qualifiée par le législateur de purement « interprétative ». Il en résulte que le texte nouveau s'applique immédiatement (on n'ose dire rétroactivement), à tous les contrats conclus depuis le 1^{er} octobre 2016.

Au sortir de cette étude, que retenir de cette brève présentation des effets du contrat ? Une dialectique incessante, un pas de deux entre la liberté et la justice, entre l'unilatéralisme et l'interventionnisme judiciaire. Aucun n'a vocation à prévaloir. L'objectif était de rendre notre droit plus attractif, plus efficace. Cet objectif paraît atteint, sans pour autant remettre en cause les exigences de la justice contractuelle. Ceci dit, s'il faut terminer sur moins d'angélisme, la place réservée à l'interventionnisme judiciaire peut amener à douter de l'objectif de prévisibilité de notre droit. Convaincrons-nous un opérateur international de choisir le droit français comme *lex contractus* en lui vantant les nouveaux remèdes unilatéraux, quand il nous opposera que le juge peut remettre en cause ses prévisions ? Cela n'est pas certain.

Décidément, notre « nouveau droit des contrats » n'est pas figé par la loi du 20 avril 2018.

Scripta manent ?
La forme orale de la contribution a été conservée.

Mots clés :
DROIT COMMUN DES CONTRATS * Effets * Prix * Fixation unilatérale * Réduction unilatérale * Révision judiciaire


(1) L. n° 2018-287 du 20 avr. 2018, JO 21 avr.

(2) Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, JO 11 févr.

(3) Taxe intérieure sur les produits pétroliers.

(4) Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n^{os} 91-15.578, 91-19.653, 91-15.999, D. 1996. 13, concl. M. Jeol, note L. Aynès ; *ibid.* 1998. 1, chron. A. Brunet et A. Ghozi.

(5) L'on se souvient que les travaux préparatoires avaient envisagé d'y adjoindre les *contrats à exécution successive*. L'idée paraissait conforme à l'esprit prétorien. La solution ne fut pourtant pas retenue en 2016. Elle ne le fut pas davantage à l'occasion de la loi de ratification. Les parlementaires n'ont pas cru bon de rétablir le champ de la liberté. Elle demeure corsetée, restreinte aux seuls contrats-cadres.

(6) La réforme des contrats spéciaux permettra sans doute de faire disparaître ce *hiatus*. « Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », D. 2017. 1660 .

(7) *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, 2000, LGDJ.

(8) Arrêts préc., note 4.

(9) Les deux sanctions sont cumulatives, mais le *quantum* des dommages-intérêts dépendra du choix de la victime : ils seront plus élevés à titre principal qu'à titre accessoire de la résolution.

(10) On pourrait objecter que le législateur a principalement visé les contrats de prestation de services à exécution successive, et que la résolution n'opérerait que pour la fraction non encore exécutée. L'objection n'est toutefois pas pleinement convaincante, dès lors que le texte ne distingue pas, et que la possibilité d'un tel fractionnement suppose que l'obligation soit divisible.

(11) On en retranchera volontiers certains contrats spéciaux, à l'instar du contrat de travail ou du bail.

(12) Civ. 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, D. 1876. 1. 193 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénédé, *GAJC*, t. 2, 13^e éd., Dalloz, 2015, n° 165.

(13) En ce sens A. Weill et F. Terré, *Les obligations*, Dalloz, 1986, évoquant la contradiction entre les arrêts retenant que le conducteur d'un véhicule doit s'attendre à ce qu'un chat traverse la route, et ceux considérant que la traversée d'un chien est imprévisible pour le conducteur d'un deux-roues motorisé ; dans le même sens, C. Coutant-Lapalus, « Variations autour de l'imprévisibilité de la cause étrangère », LPA 2002, n° 41, p. 15.

(14) Sur ce point, v. L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, Economica, 2011, spéc. p. 238 s.

(15) Il est vrai que l'article 1195 ne dit pas sur quelle tête doit s'apprécier l'imprévisibilité, mais la jurisprudence rendue en matière de force majeure, qu'il peut être tentant de prendre comme élément de comparaison, vérifie si l'événement était imprévisible pour le débiteur, et non pour les parties. Un tel raisonnement postule que le débiteur ait été en tort de ne pas prévoir. On peut ne pas partager cette conviction, et considérer au contraire que l'absence de prévision de l'événement s'apprécie objectivement, en analysant le contrat et non la psychologie du débiteur.

(16) Civ. 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, D. 1994. 507, note F. Bénac-Schmidt ; *ibid.* 230, obs. O. Tournafond ; *ibid.* 1995. 87, obs. L. Aynès.

(17) La trilogie de l'article 1121 ancien ayant disparu, il n'y a plus lieu de distinguer ici entre les obligations de faire, ne pas faire et donner : toutes sont assujetties au même régime.

(18) Les bonnes moeurs sont-elles mortes ? Si elles subsistent à l'article 6 du code civil, l'article 1102 nouveau ne pose comme limite à la liberté contractuelle que l'ordre public.

(19) C. civ., art. 900-1.