



La réforme du droit des contrats, des obligations et de la preuve

Conférence prononcée le 9 octobre 2015

En la Fondation Fundglode à Saint-Domingue (République Dominicaine)

Par

Barthélemy Mercadal

Agrégé des Facultés de droit et secrétaire général de l'IDEF

Le 16 février 2016, au plus tard, l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de la preuve sera promulguée.

Les articles du Code civil (1101 à 1381), soit 291 articles qui régissent aujourd'hui les contrats, seront remplacés par 322 articles numérotés 1101 à 1386-1.

A la veille de la réforme, 226 articles étaient inchangés depuis 1804 ; 46 avaient été modifiés, soit 16 % ; 19 étaient nouveaux, soit 6 %.

La réforme est fondamentalement animée par un esprit de justice contractuelle et tend à actualiser les dispositions du code civil, vieilles aujourd'hui de 211 années.

I-Esprit de la réforme

La réforme est caractérisée par les options de politique juridique suivantes :

1. Elle affirme solennellement, dès l'abord, la **liberté contractuelle** comme le principe de base du régime du contrat: « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

« Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché. » (art. 1102).

2. Elle défend aussitôt après la **loyauté contractuelle** en plaçant le contrat sous l'empire de la bonne foi, dès sa conclusion et pendant son exécution : « Les contrats doivent être formés



et exécutés de bonne foi » (art. 1103). Ce principe directeur est renforcé par diverses dispositions ponctuelles. Les négociations doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi (art. 1111), ce qui oblige celui qui sait à livrer à celui qui ne sait pas une information qu'il est censé savoir déterminante du consentement de l'autre (1129) ; lorsque deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a pris possession de ce meuble en premier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi (1199) ; le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable (1320-3) ; le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable (1336) ; la partie de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits ou la compensation de la jouissance à compter du paiement. La partie de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande (1353-3) ; celui qui l'ayant reçue de bonne foi a vendu la chose ne doit restituer que le prix de la vente (1353-6).

La faveur à la loyauté contractuelle relève de l'école de pensée connue sous le nom de « solidarisme contractuel ». Ce mouvement a pris de l'ampleur au cours des dernières décennies. Son origine se trouve chez Demogue qui lança, en 1931 dans son Traité des obligations en général, l'idée que le contrat est « une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis (par les parties) absolument comme la société civile ou commerciale » (Traité T 6 n°3). Il a aujourd'hui un étendard qui est « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? » (D. Mazeaud, Mélanges F. Terré 1999 p. 603). Une thèse lui a même été dédiée (A. S. Courdier, Le solidarisme contractuel, Dijon, 2003).

3. Elle rejette les **excès contractuels**, tels : les clauses de déséquilibre significatif (art. 1169), les actes suspects de conflit d'intérêts (art. 1151-1 et 1160), obligation d'agir dans un délai raisonnable dans plusieurs articles ; interprétation raisonnable (1188) : interprétation selon le sens donné par une personne raisonnable (1198), obligation de soins raisonnables à porter à la chose du contrat (1218), prise en compte seulement de la prévisibilité raisonnable (1221), exclusion d'une exécution forcée d'un coût manifestement déraisonnable (1222), devoir du gérant d'affaire de prodiguer tous les soins d'une personne raisonnable (1301-1).

4. Elle tend à **rapprocher** le droit français des contrats et des obligations d'autres droits européens continentaux par trois mesures qui rompent franchement avec la lettre du code de 1804 : la suppression de l'objet du contrat et son remplacement par le contenu du contrat (art. 1127) ; la suppression, en apparence pure et simple, de la cause, que l'on ne trouve dans aucune disposition ; l'introduction de l'imprévision, sous de strictes conditions (art. 1196) ; la résolution unilatérale du contrat elle aussi strictement encadrée (art. 1226) ;



5.Elle **renforce** la validité du contrat qui doit autant que possible ne pas être annulé mais sauvé (cf. art. 1183, al. 2 : acceptation par le cocontractant de l'erreur de l'autre partie), en priorité être exécuté en nature, même si les obligations inexécutées sont des obligations de faire, l'article 1221 rompant avec l'ex-article 1142 qui ne sanctionnait l'inexécution que par des dommages-intérêts ;

6.Elle **facilite** le déroulement des relations contractuelles ; diverses dispositions tendent à rendre plus simple le déroulement du contrat : l'article 1178 permet la constatation de la nullité du contrat par le commun accord par les parties ; l'article 1218 prononce la résolution de plein droit du contrat en cas de force majeure irrémédiable ; l'article 1222 favorise l'exécution de l'obligation en obligeant le débiteur à rembourser au créancier les sommes qu'il a exposées pour palier la carence du débiteur qui s'y est refusé après sa mise en demeure et l'écoulement d'un délai raisonnable ; l'article 1226 entérine la résolution (ex-résiliation) unilatérale du contrat aux risques et périls de celui qui la décide.

7.Elle **introduit** un régime largement d'ordre public, au moins interne, à notre avis ; tel est le cas notamment de toutes les dispositions qui donnent le dernier mot au juge et de celles protectrices du contractant le plus faible car elles perdraient leur raison d'être si les parties pouvaient les écarter (1196).

II- Objectifs de la réforme

Selon le législateur, la réforme ne tend pas à refondre de fond en comble le droit des contrats, des obligations et de la preuve. La loi d'habilitation lui a néanmoins fixé comme objectif général de : « moderniser, simplifier, améliorer la lisibilité, 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 ».

1.Sur l'objectif de simplicité

En apparence, l'ordonnance a simplifié le régime du contrat par une mesure radicale. Elle supprime d'un trait (1127) deux notions qui, selon l'opinion qui a convaincu le gouvernement, seraient complexes, fausses et inutiles. En réalité, cette innovation bouleversante est un pur coup d'épée dans l'eau, car l'ordonnance s'empresse de rétablir ces notions. L'objet du contrat revient sous couvert de l'obligation essentielle qui est déterminante pour apprécier la validité du contrat puisque la clause qui la prive de sa substance est réputée non écrite (1168) et la cause retrouve ses fonctions de police de la validité du contrat sous les notions de « contrepartie » (1167) et de « but » (1161).

Les dispositions édictées ne sont pas toujours cohérentes avec elles-mêmes. A titre d'exemple l'article 1105 définit le contrat à titre onéreux comme celui par lequel une partie procure à l'autre un « avantage » tandis que selon l'article 1167 ce contrat est nul s'il n'apporte pas à celui qui s'oblige une « contrepartie ».



2. Sur l'objectif d'accessibilité du droit commun des contrats

Autant le remplacement de l'« objet » du contrat par le « contenu » du contrat obscurcit l'appréciation de la validité du contrat, n'importe quelle clause de son contenu ne pouvant être considérée comme emportant sa nullité (1127), autant l'affirmation des deux fonctions de la cause, sous la l'exigence d'une contrepartie ni illusoire ni dérisoire et d'un but licite du contrat, écartent pour une bonne part les spéculations qui avaient minées l'entendement de ce qu'était la cause au sens de l'ex-article 1108.

Au-delà de cette mutation de taille, l'ordonnance favorise l'accessibilité par d'autres voies :

1. Elle adopte souvent un **parti pris didactique**, multipliant les définitions et le recours à des articles destinés plus à l'usage des profanes que des juristes (par exemple, la possibilité de faire un écrit authentique ou sous signature privée (1364), s'inscrivant ainsi dans le mouvement contemporain où le législateur agit en pédagogue et répond aux exigences constitutionnelles d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

Les nouvelles définitions explicitent ce qu'en 1804 les rédacteurs du code avaient, dans bien des cas (par exemple à propos de la novation ou de la délégation considéré comme ressortant du sens étymologique du mot utilisé. Elles ne sauraient cependant, pour cette raison, être considérées comme purement descriptives. Sous cette apparence, elles posent des critères d'identification de la figure juridique en cause. Elles revêtent ainsi le caractère de qualification, c'est-à-dire qu'elles indiquent un critère distinctif et un régime juridique correspondant : toute opération qui leur est conforme obéit aux règles que le code fixe pour chacune d'elles et toute opération qui en est distincte échappe audit régime, sauf rétablissement de la qualification par le juge soit pour erreur sur le sens de la loi, soit pour fraude à la loi, soit pour adaptation à la finalité de la loi.

2. Elle **codifie nombre de solutions jurisprudentielles**, qui depuis deux cents ans adaptent le régime mis en vigueur en 1804 aux réalités du moment, ce qui facilite la connaissance de la règle, car un article du code se lit et s'assimile plus vite qu'une décision de justice. Notamment, elle entérine des opérations qui n'étaient pas formellement régies par le code jusque-là, telle la promesse unilatérale (1124), le pacte de préférence (1125), la cession de dettes consentie avec l'accord du créancier (1338 s.) ; la cession de contrat (1340) et elle apporte un plan plus rationnel à la présentation des dispositions nouvelles ; elle crée notamment un régime commun à toutes les mesures donnant lieu à restitution des prestations par une partie à l'autre (1353 s.).

3. Sur l'objectif de sécurité juridique

L'objectif de « sécurité juridique » est appelé de ses vœux par tout un chacun, qui l'entend exclusivement comme « certitude absolue » de la règle de droit dont l'application idéale devrait être quasi mécanique. Sous cet angle, il n'est qu'un leurre. Comme l'a écrit Carbonnier (Flexible droit, 1983, p. 214), « le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite » et Holmes, juge à la Cour suprême des États-Unis, avant lui (O.W. Holmes jr. Collected legal Papers 1921 p. 177-



181, cité par Nguyen Phu Duc in Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise p. 204), avait proféré : « Le droit dans son évolution n'a pas été basé sur la logique mais sur l'expérience » et, bien que « la méthode logique flatte cette aspiration humaine vers la certitude et la tranquillité », dans la nature des choses, « la certitude généralement n'est qu'une illusion, et la tranquillité n'est pas la destinée de l'homme ». En dépit de ces appréciations de sagesse, une étude récente tend à surmonter cette incertitude par l'établissement d'indicateurs juridiques permettant d'établir un classement des différents ordres juridiques (Index de la sécurité juridique (ISJ), Rapport pour la Fondation pour le droit continental, mai 2015, www.fondation-droitcontinental.org).

L'impératif de sécurité juridique doit donc être apprécié à l'aune de la nature du droit qui par essence ne peut apporter la certitude. Celle-ci est incompatible avec la recherche du juste qui passe par une pesée des intérêts en conflit. Aussi certains aspects de la réforme véhémentement décrié pour porter atteinte à la sécurité juridique, tels l'abus de faiblesse, le déséquilibre significatif, l'imprévision, doivent-ils être regardés comme une recherche du juste et traiter par la recherche de clauses susceptibles de réduire les aspects nuisibles à l'autre but du droit, servir l'utile. Sur les solutions pouvant aller en ce sens, voir les nos ... ; ..., ...

Par là-même, elle modernise le code en retenant des dispositions conformes à l'air du temps dominant, dans le double souci de favoriser les échanges économiques, dont le contrat est la traduction juridique, et de protéger la partie la plus faible.

4. Sur l'objectif d'efficacité du droit français.

Par son parti pris de simplicité, d'accessibilité et de sécurité juridique, l'ordonnance modernise le code ce qui est de nature à rendre son contenu plus facile à appréhender et à appliquer, d'où peut-on espérer une amélioration du travail des juristes et un accroissement de leur productivité.

Tendant à améliorer la qualité du droit français des contrats, elle doit contribuer à renforcer son attractivité. Il en aurait besoin selon une étude récente (G. Cuniberti, La faible attractivité internationale du droit français des contrats, Mélanges Audit) qui a dénoncé son manque d'attrait aux yeux des parties à des contrats internationaux. Il en ressort, sur la base de l'examen des sentences arbitrales rendues sous les auspices de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), que le droit français est choisi bien moins souvent que le droit anglais et vient en quatrième position après ce droit, le droit suisse et le droit américain, juste devant le droit allemand. Mais il se doit d'être souligné que dans les fameux classements Doing Business, annuellement publiés par la Banque mondiale depuis 2004, l'efficacité d'exécution des contrats en droit français (« Enforcement Contracts ») est classée en 10^{ème} position dans le rapport 2015, après l'avoir été en 7^{ème} et 8^{ème} les années précédentes.

En dépit de l'objectif affiché d'améliorer l'attractivité du droit français, le nouveau régime du contrat ignore totalement l'incidence de ses dispositions sur la validité et l'efficacité des contrats internationaux dont on espère et on souhaite pourtant que les parties qui les concluent les soumettent à la loi française. Aucune disposition ne précise si elle est d'ordre public international



français alors que les plus importantes innovations (abus de faiblesse, déséquilibre significatif, imprévision, résolution unilatérale) que comporte la réforme sont de nature à être redoutées par les parties à un contrat international. Comme auparavant, pour savoir si telle disposition de la loi française doit s'appliquer à un contrat international, les parties devront scruter la jurisprudence ou supputer ce qu'elle pourrait être. Où sera alors la simplification, l'amélioration de la lisibilité, le renforcement de l'accessibilité du droit commun des contrats, la garantie de la sécurité juridique et de l'efficacité de la norme ? Bien pire, ce n'est pas le refus de choisir l'application du droit français qui sera à redouter mais le détournement des affaires vers d'autres cieux que la France. Ce qui compte par-dessus tout dans les échanges internationaux, c'est l'ordre public international du juge saisi d'une demande d'exequatur d'un jugement étranger ou d'une sentence arbitrale. Dès lors, l'auteur de cette demande n'obtiendra pas l'exécution recherchée si le juge français saisi lui oppose que la décision qu'il lui soumet est contraire à l'ordre public international français pour violation des dispositions du Code civil sur l'abus de faiblesse, le déséquilibre significatif, l'imprévision ou la résolution unilatérale. C'est alors l'attractivité de la France qui sera perdante et pas celle du droit français car le cocontractant exposé à ce risque préférera conclure avec une partie ressortissante d'un pays dont la législation ne l'expose pas à un tel risque. Encore que l'économie allemande n'a pas l'air de souffrir de l'existence dans la législation allemande du déséquilibre significatif, de l'imprévision et de la résolution unilatérale.

Annexe : texte du projet d'ordonnance.