



**REPONSE A LA CONSULTATION PUBLIQUE DU MINISTERE DE
LA JUSTICE SUR L'AVANT-PROJET D'ORDONNANCE
PORTANT REFORME DU DROIT DES CONTRATS, DU REGIME
ET DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS**

INTRODUCTION

1. Le Club d'Iéna est un *think tank* juridique réunissant des universitaires, des membres des professions judiciaires et juridiques, des présidents, directeurs et cadres d'entreprises privées et publiques et des élus, qui se sont donné pour objectif d'analyser le droit français et de proposer des réformes afin notamment de le rendre plus pratique et plus efficace au service de notre pays.

A cette fin, le Club d'Iéna entend répondre à la consultation publique du Ministère de la Justice sur l'avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations, du point de vue de la pratique du droit économique (droit de la concurrence, droit de la distribution, droit de la consommation et droit européen des affaires).

2. Nous effectuerons tout d'abord une appréciation globale et synthétique de l'avant-projet d'ordonnance (I) puis examinerons en détail les dispositions qui nous semblent soulever le plus de difficultés (II).

I. COMMENTAIRE SYNTHETIQUE

3. Le Club d'Iéna tient tout d'abord à saluer la volonté du Gouvernement de réformer le Code civil, entreprise nécessaire et même indispensable plus de 200 ans après son adoption et au vu de l'abondante jurisprudence qui en a précisé, voire complété, les dispositions, afin d'adapter le droit français aux évolutions de la vie des affaires et de la pratique contractuelle.

4. L'initiative du Ministère de la Justice de soumettre l'avant-projet d'ordonnance à une consultation publique apparaît louable. Cependant, cette consultation tardive des citoyens, des professionnels, des experts, des universitaires et des praticiens, ne résout pas réellement les défauts de méthode et de fond de la réforme annoncée.

En effet, l'habilitation à réformer le Code civil par voie d'ordonnance en se dispensant de toute discussion parlementaire approfondie d'un texte aussi important est extrêmement contestable.

La méthode ignore les enseignements modernes de la sociologie de la décision, qui commande que les bons textes naissent de la contradiction : le débat public aurait permis de corriger les

erreurs et incohérences du texte, d'éclairer le sens de certaines dispositions, et de mettre des travaux préparatoires à la disposition des juges comme des praticiens du droit (afin de connaître l'intention du législateur et d'interpréter les dispositions nouvelles).

Préparé par une commission réunissant les meilleurs juristes du temps, le projet de Code civil de 1804 fut soumis au Tribunal de cassation et aux cours d'appel pour observations, puis discuté de façon approfondie par le Conseil d'Etat réuni en assemblée plénière, qui n'y consacra pas moins de 109 séances, dont 57 présidées par Bonaparte lui-même, sans d'ailleurs que son point de vue l'emporte en toute occasion.¹

La consultation publique à laquelle il est à présent procédé ne corrige pas ce défaut majeur. Il aurait été préférable d'interroger *ex ante* les professionnels intéressés sur les questions soulevées et les solutions possibles plutôt que de placer le public devant le fait accompli en lui soumettant un projet entièrement rédigé, dont il apparaît que les postulats principaux sur lesquels il est fondé ne correspondent pas aux besoins actuels de l'économie de notre pays.

5. Sur le fond, l'avant-projet d'ordonnance serait source d'une grande insécurité juridique pour les entreprises et d'une perte d'attractivité et de compétitivité du droit français dans les rapports internationaux.

6. Toute une série de dispositions défavorables aux opérateurs économiques sont en effet envisagées, que nous examinerons en détail ci-dessous (partie II). Si ces options étaient retenues, il en résulterait une diminution de la liberté contractuelle et une « consumérisation » de l'ensemble du droit des contrats.

7. L'avant-projet semble en outre ignorer les droits spéciaux, notamment le droit de la consommation et le droit des pratiques restrictives de concurrence et ne prévoit ni harmonisation ni articulation avec ces règles.

En particulier, l'introduction d'une disposition sanctionnant les clauses abusives dans tous les contrats s'ajoute aux dispositions d'ores et déjà prévues par le droit de la consommation et le droit de la concurrence, qui poursuivent le même objet mais en prévoyant des conditions de mise en œuvre et un régime juridique particuliers et des sanctions différentes. L'option retenue de créer un droit général sans se préoccuper des droits spécifiques aboutirait à doter le droit français de trois régimes juridiques distincts pour des clauses similaires.

Plus généralement, l'avant-projet d'ordonnance gagnerait en lisibilité et en prévisibilité si les notions retenues étaient harmonisées lorsque cela est possible (en se référant à des notions connues en droit spécial par exemple) et si les articulations entre droit commun et droits spéciaux (par exemple, l'exclusion du droit commun des contrats en cas d'application du droit spécial) étaient clairement prévues.

¹ V. Patrice Gueniffey, *Bonaparte*, Gallimard, 2013, pp. 650-656.

8. S'il était adopté en l'état, l'avant-projet d'ordonnance serait source d'une insécurité juridique généralisée.

Le texte proposé fragilise le contrat dès sa formation (notamment par l'introduction du principe de bonne foi à ce stade) et introduit une faculté de remise en cause généralisée des contrats, en étendant le vice de violence à l'abus de dépendance ou à l'état de nécessité, en sanctionnant les clauses jugées abusives même lorsqu'elles ont été négociées et en consacrant la théorie de l'imprévision.

En outre, l'avant-projet propose de remplacer des concepts précis, définis par une abondante jurisprudence par des notions floues et incertaines (en particulier, en abandonnant la notion de cause et d'objet du contrat et de l'obligation au profit de celle de « contenu du contrat »), qui susciteront d'importantes difficultés de mise en œuvre et seront source de contentieux.

9. Enfin, l'avant-projet d'ordonnance risque d'entraîner une perte d'attractivité et de compétitivité du droit français dans les rapports internationaux.

A l'heure actuelle, dans les rapports avec des entreprises étrangères, le droit français et la compétence des tribunaux français sont encore largement choisis par les opérateurs internationaux. Dans le rapport *Doing Business* de 2015², si la France se classait en 31^e position en termes de réglementation d'affaires, elle se positionnait au 10^e rang s'agissant de l'exécution contractuelle et du commerce international.

La réforme envisagée risque d'entraîner un déclassement de notre droit qui est soumis aujourd'hui à la concurrence de plus en plus forte d'autres systèmes juridiques (choisis soit comme modèle d'inspiration pour réformer un droit étranger, soit comme loi applicable à un contrat) : la globalisation du droit est en marche et si cette réforme était adoptée, le droit français des contrats se verrait rapidement surpassé par des droits étrangers plus modernes et mieux adaptés à la situation économique actuelle.

En effet, un cocontractant étranger saura que s'il soumet son contrat au droit français (tel que réformé par l'avant-projet d'ordonnance soumis à consultation), le juge pourra contrôler son intention, annuler les engagements de son cocontractant dépendant, supprimer toute obligation déséquilibrée même négociée de bonne foi et mettre fin au contrat dès lors qu'il n'est plus rentable pour son partenaire. Par conséquent, il sera fortement incité à le soumettre à un droit plus respectueux de la volonté des parties, comme le droit anglais ou le droit suisse. Si l'avant-projet d'ordonnance était adopté en l'état, les entreprises internationales, y compris françaises, seraient découragées de choisir le droit français (et la compétence des tribunaux français) autant pour des raisons d'efficacité économique que de sécurité juridique.

² *Doing Business 2015 – Au-delà de l'efficacité*, Doing Business, Groupe de la Banque Mondiale, 29 octobre 2014, page 186, disponible en anglais à l'adresse suivante : <http://français.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB15-Full-Report.pdf>

II. COMMENTAIRE ANALYTIQUE

10. Nous examinerons tour à tour les dispositions qui posent le plus de difficultés techniques et proposerons des voies d'amélioration.

a. Les dispositions préliminaires

11. Il convient de saluer la consécration de la **liberté contractuelle** au sein des dispositions préliminaires du Code civil.

Il est cependant contestable que ce principe soit rétrogradé à un rang inférieur aux autres libertés par l'Art. 102, alinéa 2³. En effet, il s'agit d'un principe à valeur constitutionnelle⁴, dont le Conseil constitutionnel a rappelé à de nombreuses reprises l'importance, tant au stade de la formation que de l'exécution du contrat : « *lorsque le législateur souhaite réglementer les conditions d'accès à un contrat, il doit le faire en respectant la liberté des conventions et en limitant les entraves rendues nécessaires par l'intérêt général ou la protection de l'ordre public* »⁵ ; « *le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant* »⁶.

En outre, le principe de liberté contractuelle est essentiel au fonctionnement concurrentiel des marchés.

Par conséquent, les éventuelles limites à la liberté contractuelle doivent être strictement et précisément définies, afin d'éviter toute dérogation excessive et injustifiée à ce principe fondamental.

Or l'Art. 102, alinéa 2, de l'avant-projet d'ordonnance porte une atteinte excessive au principe de liberté contractuelle. On relèvera, d'une part, le caractère énigmatique de la formulation retenue (s'agissant des « *droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées* ») et, d'autre part, l'exclusion contestable des personnes

³ Cet alinéa dispose que 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* ».

⁴ Voir notamment les décisions du Conseil constitutionnel du 19 décembre 2000, n° 2000-437 DC (la liberté contractuelle « *découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ») et du 10 juin 1998, n° 98-401 DC (« *Considérant, enfin, que le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaît manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ») – s'agissant respectivement de la formation et de l'exécution des contrats.

⁵ Pierre-Yves Gahdoun, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31, Dossier « Le droit des biens et des obligations, mars 2011.

⁶ Voir la décision du 13 janvier 2003, n° 2002-465 DC (§4) : « *Considérant que le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* ».

publiques. Ce choix, qui semble teinté d'idéologie, apparaît inquiétant pour les opérateurs économiques car la liberté contractuelle, gage d'efficacité économique, constitue le fondement de l'économie de marché.

Par conséquent, il conviendrait de rédiger l'Art. 1102 comme suit :

« Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat. »

Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. »

12. L'extension du principe de bonne foi au stade de la formation du contrat risque de fragiliser le contrat dès sa formation. Elle ouvre la porte à tous les procès d'intention lorsqu'il s'agit d'apprécier *a posteriori* si le contrat a été conclu de bonne ou de mauvaise foi. Cette disposition non seulement sera un nid à contentieux mais se révèlera vraisemblablement inutile compte tenu de la nouvelle sous-section relative aux négociations (Art. 1111 et 1112), qui couvre les cas pour lesquels la jurisprudence avait fait application du principe de bonne foi au stade de la formation du contrat.

Par conséquent, il est proposé de maintenir la solution actuelle du Code civil. Le nouvel Art. 1103 du Code civil disposerait alors :

« Les contrats doivent être exécutés de bonne foi ».

13. Enfin, il convient de saluer la consécration législative de catégories de contrats issues de la doctrine ou de la pratique contractuelle, notamment le contrat-cadre (Art. 1109) et le contrat à exécution successive (Art. 1110).

En revanche, l'absence de définition d'autres catégories de contrats auxquelles se réfère pourtant l'avant-projet d'ordonnance, en particulier le « contrat de prestation de services », risque de constituer une source de contentieux (*Cf.* en matière de fixation du prix, Art. 1164).

b. La formation du contrat

(i) Le devoir d'information (Art. 1129)

14. Les obligations d'information prévues par les droits spéciaux (droit de la consommation⁷, droit commercial⁸) semblent suffisantes pour assurer une protection efficace des cocontractants faibles. La généralisation du devoir d'information à tous les contrats risque en revanche de rendre l'appréciation des obligations d'information imposées par les droits spéciaux de plus en plus subjective : en effet, pour l'avant-projet d'ordonnance, seul importe le caractère

⁷ Art. L. 111-1 et s. du Code de la consommation.

déterminant de l'information pour le consentement de l'autre partie, quelle que soit sa nature ou le degré de connaissance qu'en a le débiteur de l'obligation d'information (et même si son ignorance est parfaitement légitime).

15. En outre, le devoir d'information consacré par l'avant-projet d'ordonnance apparaît trop large. Il impose au débiteur de l'obligation d'information, dans un premier temps, de rechercher quelle information est déterminante pour le consentement de son cocontractant ; et s'il ne détient pas l'information déterminante, il devra, dans un second temps, chercher à l'obtenir par tous moyens et à tout prix. Ainsi, le contractant serait non seulement soumis à un devoir d'information mais également à un devoir de renseignement sur ce qui constitue une information déterminante pour le consentement de l'autre partie, et enfin à un devoir de recherche d'informations.

Les références à l'information qu'un contractant « *devrait connaître* », à l'information dont l'importance est « *déterminante pour le consentement de l'autre* », et à la confiance faite au cocontractant, sont sujettes à interprétation et donneront lieu à de nombreux contentieux.

16. Par ailleurs, il est regrettable que l'avant-projet, qui consacre un devoir d'information, ne mentionne pas l'obligation de se renseigner (à moins que l'ignorance « *légitime* » d'une information ne se réfère à un tel devoir de renseignement).

Il est proposé de limiter le champ d'application du devoir d'information. L'Art. 1129, alinéa 1, pourrait ainsi disposer :

« Celui des contractants qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ».

(ii) Les vices du consentement

• *Le dol (Art. 1136 à 1138)*

17. L'Art. 1136 consacre la réticence dolosive en se référant à la « *dissimulation intentionnelle d'une information qu'il devait lui fournir conformément à la loi* ». Cette formulation manque de clarté et risque de couvrir un grand nombre de cas dans lesquels des obligations d'information sont imposées, notamment par le droit spécial.

Il conviendrait dès lors de préciser que seul le devoir d'information consacré par le nouvel Art. 1129 est concerné : l'Art. 1136 ne viserait ainsi que la « *dissimulation intentionnelle d'une information qu'il devait lui fournir conformément à l'article 1129 du présent Code.* »

⁸ Art. L. 330-1 du Code de commerce.

18. En outre, l'Art. 1138 devrait prendre en compte les spécificités de la réticence dolosive. En particulier, l'Art. 1138 dispose que « *L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable* », sans prévoir, semble-t-il, aucune exception : l'excuse automatique de l'erreur provoquée par une réticence dolosive risque d'exonérer le cocontractant de tout devoir de renseignement.

Si l'Art. 1136 n'est pas modifié tel que proposé ci-dessus (c'est-à-dire en se référant à l'Art. 1129, qui limite le devoir d'information aux informations *légitimement* ignorées par le cocontractant), l'Art. 1138 pourrait disposer :

« L'erreur qui résulte de manœuvres ou de mensonges constitutifs d'un dol est toujours excusable ; celle qui résulte de la dissimulation intentionnelle d'une information qu'un contractant aurait dû fournir conformément à la loi n'est excusable qu'à condition que le cocontractant l'ignore légitimement. (...) »

19. De plus, l'Art. 1138 précise que l'erreur qui résulte d'un dol « *est une cause de nullité relative alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat* », en contradiction avec la jurisprudence actuelle⁹ selon laquelle l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis. Le nouvel Art. 1138 mettrait fin à cette solution de bon sens ; or, il serait à la fois inéquitable et inefficace d'imposer une telle obligation à l'acquéreur.

L'Art. 1138 pourrait ainsi disposer :

« (...) L'erreur qui résulte de manœuvres ou de mensonges constitutifs d'un dol est une cause de nullité relative alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat. ».

• *La violence économique (Art. 1142)*

20. L'avant-projet d'ordonnance consacre le vice de violence économique, mais semble l'étendre au-delà des limites actuellement fixées par la jurisprudence.

En effet, la jurisprudence¹⁰ sanctionne l'exploitation abusive d'une situation de dépendance sous trois conditions restrictives : le contractant doit démontrer une situation de dépendance économique, une exploitation abusive de cette situation, et la preuve d'une menace directe des intérêts légitimes effectivement exercée sur la personne en situation de dépendance.

21. Or le nouvel Art. 1142 ne se référerait pas à une situation de dépendance économique mais à des notions plus larges : « *un état de nécessité ou de dépendance* », ou une « *situation de faiblesse* ». Ces notions indéfinies risquent de conduire à une extension du domaine d'application du vice de violence dommageable à la vie des affaires.

⁹ Civ. 1^e, 3 mai 2000, Bull. I n° 131 (arrêt *Baldus*) ; Civ. 3^e, 17 janvier 2007, Bull. III, n° 5.

¹⁰ Civ. 1^e, 3 avril 2002, Bull. I, n° 108 ; Civ. 1^e, 18 février 2015, pourvoi n° 13-28.278.

Il existe en effet de nombreux cas dans lesquels l'un des contractants se trouve dans un état de dépendance : dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un contrat de distribution, le cocontractant pourrait aisément invoquer son état de dépendance pour remettre en cause le contrat.

Par conséquent, l'Art. 1142 devrait plutôt se référer à « *l'état de dépendance économique* » (en lieu et place de l' « *état de nécessité ou de dépendance* » et de la « *situation de faiblesse* »), tel que consacré par la jurisprudence relative à l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique en droit de la concurrence.

22. Enfin, la consécration d'un vice de violence économique paraît redondante avec la sanction des clauses abusives. Ces deux dispositions risquent de fragiliser le contrat en ouvrant trop largement la porte à sa remise en cause. Il est dès lors proposé non seulement de limiter le champ d'application du vice de violence économique (comme proposé ci-avant), mais également de supprimer la disposition relative aux clauses abusives (voir ci-dessous).

(iii) Le contenu du contrat

- *L'abus dans la fixation unilatérale du prix (Art. 1163)*

23. L'avant-projet d'ordonnance prévoit de restreindre la faculté de fixation unilatérale du prix aux contrats-cadre et contrats à exécution successive. Une telle limitation n'est pas nécessaire. La fixation unilatérale du prix devrait être généralisée à tous les contrats, comme le prévoit actuellement la jurisprudence.

24. Le nouvel Art. 1163 consacre un pouvoir de révision du prix par le juge, en cas d'abus dans sa fixation. Aux termes de l'avant-projet, le juge pourrait se référer, « *notamment* », aux usages, aux prix de marché, et aux attentes légitimes des parties. Ces notions sont particulièrement floues : la notion de « *prix de marché* » peut donner lieu à de multiples discussions (dans certains cas, ce prix n'existe même pas) ; quant aux attentes « *légitimes* » des parties, elles ne peuvent être décidées par le juge – par hypothèse, chaque partie cherche à maximiser son profit et nourrit des attentes différentes relativement au contrat projeté. Cette disposition serait ainsi source de contentieux et donnerait lieu à d'interminables discussions entre les parties, le juge et les experts, afin de déterminer le prix « *non abusif* ».

25. Le pouvoir de révision ainsi conféré au juge en ferait une véritable partie au contrat et conduirait à une judiciarisation des relations contractuelles préjudiciable à l'économie française dans son ensemble. Par conséquent, en cas d'abus dans la fixation unilatérale du prix, les pouvoirs du juge devraient être limités à la seule sanction de l'abus par l'octroi de dommages-intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat, comme le prévoit actuellement la jurisprudence.

L'Art. 1163 pourrait être ainsi formulé :

« Sauf dispositions légales contraires, il peut être convenu que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation.

En cas d'abus dans la fixation unilatérale 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 sanction des clauses abusives (Art. 1169)

26. L'introduction dans le Code civil d'une règle générale sanctionnant les clauses abusives, qui s'ajoute aux législations spéciales sanctionnant de telles clauses dans les relations BtoC et BtoB (c'est-à-dire les contrats dans lesquels un rapport de domination entre les contractants est le plus probable)¹¹ et au vice de violence consacré par l'avant-projet d'ordonnance, apparaît comme un très mauvais signal envoyé au monde des affaires.

La généralisation de la qualification de clause abusive nuit à la prévisibilité nécessaire à la vie des affaires : les cocontractants ne pourront jamais être assurés de la validité de telle ou telle clause, pourtant librement acceptée, voire même négociée.

L'instauration d'un droit commun des clauses abusives ne règle pas les véritables questions que suscite la matière, qui ont trait aux clauses abusives entre professionnels, auxquelles le texte n'apporte aucune réponse.

27. Il serait préférable de ne pas introduire de règles relatives aux clauses abusives en droit commun des contrats et de se limiter à la sanction de la seule violence économique.

28. Toutefois, si l'introduction dans le Code civil d'une règle générale sanctionnant les clauses abusives était maintenue, des ajustements seraient nécessaires.

29. S'agissant, en premier lieu, du champ d'application de la disposition nouvelle, il conviendrait de préciser son articulation avec les règles de droit spécial.

Il semble, *a priori*, que le nouvel Art. 1169 du Code civil aurait vocation à s'appliquer uniquement aux clauses stipulées dans les contrats entre non-professionnels (dans lesquels la probabilité d'un rapport de domination ou d'asymétrie entre cocontractants est pourtant très réduite, de sorte que la protection de l'une de ces parties ne paraît pas *a priori* et en toute hypothèse nécessaire), et non les clauses stipulées dans les contrats de consommation (qui

¹¹ Article L. 132-1 du Code de la consommation d'une part, et Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce d'autre part.

continueraient d'être régies par le Code de la consommation¹²) ni celles imposées dans des contrats conclus entre professionnels (qui relèveraient du Code de commerce¹³).

Il conviendrait cependant que l'avant-projet d'ordonnance le confirme expressément, puisqu'il ne prévoit en l'état aucune articulation entre le droit commun et les droits spéciaux. Or, en l'état du texte, des clauses similaires seraient susceptibles de relever de trois régimes distincts (droit commun des contrats, droit de la consommation et droit de la concurrence).

Le nouveau texte pourrait disposer que l'application du droit spécial exclut celle du droit commun des contrats.

A défaut, les sanctions prévues par les différents régimes se cumuleraient : un professionnel pourrait ainsi demander la mise en jeu de la responsabilité de son cocontractant en vertu du droit de la concurrence et la suppression de la clause abusive en vertu du droit commun des contrats, conduisant ainsi à un véritable contournement des règles du Code de commerce.

30. En outre, l'avant-projet d'ordonnance prévoit l'application de l'Art. 1169 à tous les contrats, négociés ou non. D'une part, de véritables négociations devraient écarter l'hypothèse d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ; d'autre part, un tel déséquilibre, s'il a été librement négocié et consenti, ne devrait pas être remis en cause par le juge, sous peine de porter atteinte au principe de liberté contractuelle (pourtant solennellement affirmé par l'Art. 1102, alinéa 1, introduit par l'avant-projet d'ordonnance). L'Art. 1169 permettrait de remettre en cause des contrats négociés pied à pied, ce qui serait en contradiction totale avec le principe affirmé.

Si la sanction des clauses abusives était généralisée, son champ d'application devrait être limité aux contrats non-négociés (contrats d'adhésion) ou aux clauses non-négociées, à l'instar de la solution adoptée par le droit allemand des contrats¹⁴.

31. S'agissant de la qualification de la clause abusive, il est regrettable que l'avant-projet d'ordonnance se réfère à des critères particulièrement flous (« déséquilibre », « significatif »), laissés à la libre appréciation du juge, et qui ne manqueront pas d'être source de contentieux. Les difficultés d'interprétation de ces notions en droit spécial seraient généralisées à l'ensemble de notre droit. En pratique, il serait impossible pour les parties d'acquiescer la certitude qu'une clause stipulée dans leur contrat n'est pas susceptible d'être qualifiée d'abusive.

32. En outre, et contrairement au droit de la consommation¹⁵, l'avant-projet d'ordonnance ne fournit, en l'état, aucune directive positive au juge afin d'apprécier le déséquilibre significatif

¹² Article L. 132-1 du Code de la consommation.

¹³ Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

¹⁴ §305 et s. du BGB relatif au mécanisme d'éradication des clauses abusives non négociées.

¹⁵ Art. L. 132-1, alinéa 5, du Code de la consommation : « le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même

entre les droits et obligations des parties. En particulier, l'Art. 1169 ne précise pas si le déséquilibre est apprécié clause par clause ou en considération des autres clauses du contrat et des circonstances ayant présidé à sa conclusion. Afin de limiter l'ingérence du juge dans la loi des parties, la réforme projetée devrait préciser les modalités d'appréciation du déséquilibre significatif, en invitant le juge à tenir compte des autres clauses du contrat et des circonstances qui entourent sa conclusion.

33. Quant à la sanction prévue par l'avant-projet d'ordonnance (la clause abusive « *peut être supprimée par le juge* »), elle est inédite et, par conséquent, risque de générer de l'insécurité juridique et du contentieux.

D'abord, il conviendrait de consacrer une sanction connue des juges et des praticiens : la clause abusive devrait soit être réputée non écrite (comme en droit de la consommation) soit être annulée à la demande du cocontractant. A défaut, de nombreuses questions émergeront quant à la notion de « *suppression* » : celle-ci est-elle rétroactive ou ne vaut-elle que pour l'avenir ? concerne-t-elle uniquement la clause abusive ou peut-elle conduire à la « *suppression* » du contrat ?

Ensuite, la sanction ne devrait pas être laissée à la libre appréciation du juge. A l'instar du droit de la consommation (où la clause *est* réputée non écrite) et du droit de la concurrence (où la clause *engage* la responsabilité de son bénéficiaire), la sanction de droit commun devrait être automatique. A défaut, une clause pourrait être déclarée abusive sans encourir de sanction, à la discrétion du juge.

34. Enfin, il convient de saluer la précision apportée par l'Art. 1169, alinéa 2, qui dispose que « *L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ».

c. Les sanctions : la nullité (Art. 1178)

35. L'avant-projet d'ordonnance maintient une solution originale propre au droit français, en prévoyant que la nullité ne peut être prononcée que par le juge (à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord).

36. Il conviendrait de consacrer la nullité extrajudiciaire (par voie de notification d'une partie à l'autre), solution adoptée par de nombreux droits étrangers¹⁶ et les projets de réforme européens¹⁷.

qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre ».

¹⁶ Voir, notamment, les droits espagnol, italien, néerlandais, et britannique.

¹⁷ Voir, notamment, les Principes du droit européen des contrats et les Principes Unidroit.

37. Sur un plan théorique tout d'abord, on relève que la nullité du contrat est automatique dès lors que l'une de ses conditions de validité fait défaut au stade de sa formation. La nullité préexiste donc au jugement et le juge ne fait que la constater : pourquoi une telle constatation ne pourrait-elle pas émaner de l'une des parties au contrat ?

38. En outre, l'exclusion de la nullité extrajudiciaire n'apparaît pas en parfaite cohérence avec les autres sanctions et conséquences de l'inexécution, prévues par l'avant-projet d'ordonnance. Celui-ci consacre en effet la caducité de plein droit en cas de disparition d'un élément constitutif du contrat (Art. 1186), alors que la nullité en cas de défaut d'un élément constitutif du contrat dès sa formation ne pourrait être prononcée que par le juge. De même, l'avant-projet consacre la faculté de résolution unilatérale du contrat en cas d'inexécution suffisamment grave (Art. 1226) d'un contrat pourtant exempt de vice.

39. Plus généralement, la consécration de la nullité extrajudiciaire permettrait aux parties (y compris à celle dite « faible », que la nullité judiciaire est censée protéger) de réaliser d'importants gains en temps et frais de justice. En particulier, la partie faible pourrait demander la nullité du contrat par voie de notification, au lieu d'engager dans un procès long et coûteux et à l'issue incertaine.

d. Les effets du contrat

(i) Les effets du contrat entre les parties : la théorie de l'imprévision (Art. 1196)

40. L'avant-projet d'ordonnance introduit en droit positif la théorie de l'imprévision qui permet de réviser les conditions convenues, en particulier le prix, en cas de changement de circonstances imprévisible. Il s'agirait d'un changement considérable de notre droit positif puisque la Cour de cassation s'est toujours montrée hostile à la réception de cette théorie, à laquelle le juge administratif s'est montré plus ouvert. La consécration de la théorie de l'imprévision aura indéniablement pour effet d'affaiblir la portée de l'accord des parties et la sécurité juridique qui y est attachée.

41. L'utilité pratique de la disposition apparaît en réalité discutable, dans la mesure où les contrats entre professionnels prévoient quasiment systématiquement que l'une des parties assume le risque d'un changement de circonstances imprévisible (stipulation de clauses de sauvegarde) et où les contrats de consommation sont assortis d'un droit de résiliation unilatérale, d'ordre public, en faveur du consommateur. Si néanmoins l'on devait admettre la prise en compte de l'imprévision, il faudrait l'encadrer de manière rigoureuse.

42. L'avant-projet d'ordonnance se réfère au « *changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat qui en rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* ». Il serait, ici encore, opportun de s'inspirer du

droit allemand des contrats¹⁸ qui se réfère, d'une part, aux circonstances qui ont constitué le fondement du contrat et, d'autre part, à un changement de circonstances imprévisible au point que les parties n'auraient pas conclu le contrat ou du moins ne l'auraient pas conclu dans les mêmes conditions si elles avaient agi en connaissance de cause.

L'Art. 1196, alinéa 1, pourrait être formulé ainsi :

« Si un changement de circonstances qui sont le fondement / la base du contrat, imprévisible lors de sa conclusion, est tel que l'une des parties, qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes si elle avait prévu ce changement de circonstances, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant, sauf stipulation contractuelle prévoyant cette situation / applicable au changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. »

43. Il convient de saluer l'absence de pouvoir de révision judiciaire en cas d'imprévision, qui aurait conduit à une judiciarisation excessive et dommageable à la vie des affaires. En revanche, si le juge met fin au contrat à la demande de l'une des parties, une indemnisation devrait être accordée à l'autre partie.

44. Enfin, il ne paraît pas nécessaire de prévoir qu'à défaut d'accord entre les parties pour renégocier (ou si la renégociation échoue), les parties pourront saisir le juge, d'un commun accord, afin de procéder à l'adaptation du contrat. En effet, les parties peuvent déjà s'accorder pour adapter le contrat elles-mêmes¹⁹ ou demander au juge d'intervenir comme amiable compositeur²⁰.

L'Art. 1196, alinéa 2, pourrait être écrit ainsi :

« En cas de refus ou d'échec de la renégociation, une partie peut demander au juge de mettre fin au contrat. »

(ii) Les effets du contrat à l'égard des tiers (Art. 1201)

45. D'abord, l'avant-projet d'ordonnance devrait préciser si la preuve d'un manquement contractuel suffit à prouver une faute délictuelle, c'est-à-dire si le manquement contractuel du débiteur suffit à engager sa responsabilité auprès de tiers au contrat.²¹

¹⁸ §313 du BGB.

¹⁹ L'avenant est d'ailleurs expressément prévu par l'avant-projet d'ordonnance (Art. 1194).

²⁰ Art. 12, alinéa 4, du Code de procédure civile.

²¹ Ass. Plén., 6 octobre 2006, Bull. Ass. plén, n° 9 : « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ».

46. Ensuite, il serait opportun de déterminer le régime de l'action en responsabilité : s'agit-il d'une action en responsabilité contractuelle (permettant le jeu, notamment, des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, des clauses attributives de juridiction, etc.) ou d'une action en responsabilité délictuelle ?²²

(iii) La durée du contrat : la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée (Art. 1212)

47. Cette disposition risque de généraliser aux contrats civils le régime de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, qui impose une notification écrite de la rupture d'une relation commerciale établie et le respect d'un délai de préavis afin de protéger le cocontractant contre une éviction brutale.

48. Le risque existe en effet que les plaideurs demandent au juge de transposer dans le Code civil le droit de la rupture de relations commerciales prévu à l'article L. 442-6 du Code de commerce, puisque l'expression « *préavis raisonnable* » qui figure à l'Art. 1212 est très proche de la formulation du Code de commerce.

49. Or la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce a connu une double dérive, à l'origine d'une rigidification générale des relations commerciales²³, dont la réforme du droit des contrats devrait tenir compte.

En premier lieu, le juge s'est écarté de plus en plus de la volonté des parties exprimée dans le contrat, pour accorder à la victime de la rupture des préavis de plus en plus longs, jusqu'à 24 mois (voire 36 mois), n'hésitant pas à ignorer les délais et les cas de résiliation sans préavis contractuellement fixés. En outre, la durée des préavis a été allongée de manière aléatoire et imprévisible, puisque pour une même durée de relation commerciale, des préavis très différents sont désormais imposés par les juridictions (voire au sein d'une même juridiction).

50. En second lieu, et de manière plus préoccupante, quelques arrêts récents de la Cour de cassation ont approuvé ou encouragé l'octroi d'indemnités de rupture pour préavis insuffisant à hauteur de la marge brute non réalisée pendant les mois de préavis manquants, alors que le cocontractant évincé n'avait subi aucun préjudice (parce qu'il s'était, par exemple, reconverti concomitamment, voire avant, le terme du préavis²⁴). La jurisprudence a ainsi institué un régime de responsabilité sans préjudice, en allouant une indemnité automatique et forfaitaire dès lors que le délai de préavis jugé suffisant n'a pas été respecté.

51. Cette double dérive de la jurisprudence, juridiquement infondée et inéquitable, se révèle aussi un facteur d'inefficacité : soit elle impose aux entreprises de rester en relation avec des

²² Cf. jurisprudence relative aux chaînes translatives de propriété.

²³ V. Louis VOGEL, « *La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme* », Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain.

²⁴ Com., 9 juillet 2013, n° 12-20.468 ; 6 novembre 2012, n° 11-24.570.

partenaires inefficients, pendant des préavis très longs ; soit elle les incite à intégrer à leur structure de coûts l'indemnité de rupture, nécessairement répercutée sur les prix au consommateur.

52. Les entreprises françaises sont ainsi freinées dans leurs tentatives d'adaptation aux contraintes concurrentielles et pénalisées par rapport à leurs concurrentes étrangères.

53. Le risque de généralisation de la jurisprudence relative à la rupture brutale des relations commerciales établies à l'ensemble des contrats civils devrait inciter le législateur à prendre en compte les enseignements que l'on peut tirer de la jurisprudence.

54. Par conséquent, la disposition proposée devrait préciser que si un délai de préavis ou des cas de résiliation sans préavis ont été contractuellement prévus par les parties, ceux-ci s'imposent au juge et aux parties. En tout état de cause, le délai de préavis raisonnable ne saurait excéder six mois, sauf accord contraire des parties.

La rédaction de l'Art. 1212, alinéa 1, pourrait être la suivante :

« Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, l'une ou l'autre partie peut y mettre fin à tout moment, conformément aux stipulations contractuelles relatives à la rupture unilatérale du contrat ou, à défaut, sous réserve d'un délai de préavis raisonnable, dont la durée ne saurait excéder six mois sauf accord contraire des parties. »

55. En outre, il devrait être précisé que seul le préjudice résultant de la brutalité de la rupture du contrat est susceptible d'être indemnisé.

L'Art. 1212, alinéa 2, pourrait être ainsi rédigé : *« Seul peut être indemnisé le préjudice subi par le cocontractant du fait de la brutalité de la rupture ».*

(iv) L'inexécution du contrat

- L'exécution forcée en nature (Art. 1221)

56. Il convient de saluer la consécration par l'avant-projet d'ordonnance du droit à l'exécution forcée en nature (Art. 1221).

57. En revanche, son rejet en cas de « *coût manifestement déraisonnable* » de l'exécution peut conduire à des effets pervers. D'une part, cette disposition ouvre la porte à l'immixtion du juge dans le contrat et à une appréciation subjective du coût manifestement déraisonnable. D'autre part, elle risque de fragiliser le principe de la force obligatoire des contrats et du respect de la

parole donnée, et à inciter les contractants à adopter des stratégies opportunistes en se livrant à des calculs coût-avantage pour déterminer leur intérêt à respecter leurs obligations²⁵.

58. Le refus d'octroi de l'exécution en nature devrait par conséquent être limité aux cas traditionnels d'impossibilité morale, matérielle ou juridique et à des cas exceptionnels (comme la démolition d'un immeuble entier pour un manquement mineur). L'Art. 1221 pourrait disposer :

« Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement disproportionné et particulièrement déraisonnable. »

- La résolution unilatérale (Art. 1226)

59. La consécration d'un droit de résolution extrajudiciaire est louable.

60. En revanche, s'il est évident que l'inexécution est irrémédiable, la formalité de la mise en demeure retarderait inutilement la résolution du contrat, aggravant éventuellement le dommage qui résulte de l'inexécution.

e. Les actions ouvertes au créancier : les actions directes (Art. 1331-3)

61. La formulation actuelle de cette disposition, qui se réfère aux « *cas déterminés par la loi* », laisse de côté la question des actions directes de création jurisprudentielle, par exemple l'action directe en garantie des vices cachés contre le vendeur initial ou les vendeurs intermédiaires. Faut-il en déduire que les actions directes consacrées par la jurisprudence ne sont plus autorisées ?

62. L'Art. 1331-3 devrait en outre préciser quel est le régime de l'action transmise à l'acquéreur ou au sous-acquéreur des droits et actions relatifs à la chose vendue²⁶ (si cette action directe, d'origine jurisprudentielle, est maintenue).

f. Les restitutions : la compensation de la jouissance (Art. 1353-2)

63. La nouvelle règle de compensation de la jouissance mettrait fin à certains abus de la part d'acheteurs qui invoquent très tardivement un vice caché, restituent le bien en cause et récupèrent la totalité du prix, alors que ce bien a perdu la quasi-totalité de sa valeur. Tel est le cas, par exemple, en cas de résolution de la vente d'un camion pour vices cachés : l'acheteur

²⁵ A l'heure actuelle, le risque financier lié à l'exécution en nature qu'encourt le débiteur l'incite fortement à exécuter ses obligations conformément aux stipulations contractuelles.

²⁶ V. ci-dessus, *Les effets du contrat à l'égard des tiers*.



peut avoir roulé 200.000 km et se voir restituer 100% du prix du camion, alors que celui-ci a perdu 80% de sa valeur.

64. Cependant, cette règle de compensation de la jouissance pourrait être réservée aux biens dont la valeur décroît avec l'usage (par exemple un véhicule automobile, un ordinateur ou un appareil électroménager), par opposition à ceux dont la valeur ne décroît pas avec l'usage (comme une œuvre d'art ou un immeuble).

CONCLUSION

65. En conclusion, si l'avant-projet d'ordonnance soumis à consultation consacre des avancées positives, celles-ci sont dans une large mesure annulées par un certain nombre de dispositions qui, en générant l'insécurité juridique et en accroissant démesurément la judiciarisation du contrat, envoient un mauvais signal au monde des affaires.

66. Des modifications substantielles de l'avant-projet seraient opportunes, afin de favoriser le développement économique de notre pays et la compétitivité du droit français.

67. Enfin, l'ordonnance devra clairement indiquer que les dispositions nouvelles n'entreront en vigueur que pour les contrats conclus postérieurement à sa ratification.

Louis VOGEL

Professeur de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Président du Club d'Iéna