

Le nouveau droit français des contrats

*Caroline ASFAR-CAZENAVE**

The new French contract law

El nuevo derecho contractual francés

O novo direito francês de contratos

新法国合同法

Résumé

Après s'être fait longtemps attendre, la réforme du droit français des contrats arrive enfin. Conformément à l'habilitation donnée au gouvernement par l'article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 met en œuvre la réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations. Nul doute à la lecture de ce texte, que le droit matériel du contrat élaboré tant dans les enceintes européennes qu'internationales a acquis une emprise essentielle sur le droit français. Le droit n'échappe plus aujourd'hui à la mondialisation et devient, en même temps qu'un vecteur de

Abstract

Long overdue, reform of French contract law finally happens. Pursuant to the authorization given to the government by Article 8 of Law No. 2015-177 of February 16, 2015 on the modernization and simplification of law and procedures in the areas of justice and internal affairs, the ordinance No 2016-131 of February 10, 2016 implements the reform of contract law and the regime governing the proof of obligations. No doubt when reading this reform that substantive contract law as developed in European and international fora has acquired an essential influence on French law. The law can no longer escape globalization, and becomes together with a reconciliation vector, an object of competition between states. Given this situation, and in this

* Maître de conférences en droit privé, Université de La Rochelle; Directrice du Diplôme d'Université Médiation et Règlement des Conflits; Codirectrice de l'Institut d'Études Judiciaires; Membre du Centre d'études juridiques et politiques (CEJEP).

rapprochement, un objet de compétition entre les Etats. Face à ce constat, et dans un tel contexte de concurrence législative, il était opportun, voir nécessaire, de rendre le droit français des contrats plus attractif et plus compétitif pour lui redonner une place de choix dans les contrats internationaux. Même si la réforme opère des changements majeurs, elle ne bouleverse pas pour autant le droit français des contrats.

Resumen

Después de una larga espera, la reforma del derecho contractual francés es una realidad. De acuerdo con las facultades otorgadas al gobierno en virtud del artículo 8 de la Ley N° 2015-177 del 16 de febrero de 2015 relativa a la modernización y simplificación del derecho y los procedimientos en los ámbitos de la justicia y los asuntos internos, la ordenanza N° 2016-131 del 10 de febrero de 2016 implementa la reforma del derecho contractual, del régimen y la prueba de las obligaciones. La lectura del texto no deja duda de que el derecho sustantivo contractual elaborado tanto en los foros europeos como internacionales ha adquirido una influencia esencial sobre el derecho francés. El derecho ya no escapa actualmente a la globalización y se convierte, al mismo tiempo en vector de aproximación y objeto de competencia entre los Estados. Ante esta situación, y en este contexto de competencia legislativa, era oportuno o incluso necesario, tener un derecho francés contractual más atractivo y más competitivo a fin de encontrarle un lugar destacado entre los contratos internacionales. Aun si la reforma opera grandes cambios, esta no

context of legislative competition, it was appropriate, even necessary, to make the French contract law more attractive and more competitive to give it a prominent place in international contracts. Although the reform operates major changes, it does not upset French contract law.

Resumo

Após se fazer esperar por um longo tempo, a reforma do direito francês de contratos finalmente chegou. Conforme a habilitação dada ao governo pelo artigo 8 da lei n° 2015-177 de 16 de fevereiro 2015 relativa à modernização e a simplificação do direito e dos procedimentos nos campos da justiça e dos negócios internos, a ordenança n° 2016-131 de 10 de fevereiro de 2016 implementa a reforma do direito dos contratos, do regime e da prova das obrigações. Não restam dúvidas da leitura desta reforma que o direito substantivo dos contratos como desenvolvido nos fóruns europeu e internacional tiveram uma influência essencial no direito francês. O direito não escapa mais nos dias de hoje a mundialização e se torna, ao mesmo tempo que um vetor de aproximação, um objeto de competição entre os Estados. Face à esta constatação, e em um contexto tal de concorrência legislativa, é oportuno, quicá necessário, de tornar o direito francês dos contratos mais atrativo e mais competitivo para devolver um lugar de escolha entre os contratos internacionais. Mesmo se a reforma opera mudanças

da un vuelco al derecho contractual francés. maiores, ela não muda o direito francês de contratos para tanto.

摘要

姗姗来迟的法国合同法改革终于开始启动。依据2015年2月16日第2015-177号《司法与内务领域法律与程序现代化与精简化法》第8条对政府的授权，2016年2月10日第2016-131号法令开始实施合同法与债务证据制度改革。通读这份改革文件不难看出，欧洲和国际上的实体合同法发展对法国法律产生了深刻影响。当今的法律在承受全球化的同时，更成为相互调和的媒介以及国家竞争的对象。面对这种立法竞争图景，让法国合同法更具吸引力和竞争力使其在国际合同中占得一席之地不仅是适当的，更是必要的。尽管这次改革作出了许多重大改变，但并没有从根本上动摇法国合同法的要义。



Plan de l'article

Introduction	723
I. Le renforcement des pouvoirs du juge sur fond de justice sociale.	729
A. La bonne foi.....	729
B. Les obligations tirées de l'existence d'un comportement loyal.....	731
1. Le devoir d'information	731
2. L'obligation de confidentialité.....	732
C. L'équilibre contractuel.	732
1. La révision du contrat en cas d'imprévision.....	732
2. Le déséquilibre lié au contrat lui-même.....	736
a. La consécration de la violence économique.	738
b. La protection contre les clauses abusives.	740
c. L'abandon de la révision judiciaire du prix abusif.....	743
d. Le coût manifestement disproportionné : l'exception au droit à l'exécution forcée.	744
II. La progression du pouvoir de la volonté unilatérale sur fond d'efficacité économique.	748
A. L'exception d'inexécution.....	749
B. La réduction du prix.....	750
C. La résolution du contrat.....	751
Conclusion	754



Après s'être fait longtemps attendre, la réforme du droit français des contrats arrive enfin. Conformément à l'habilitation donnée par l'article 8 de la *Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*¹, la garde des sceaux a présenté le 25 février 2015 un avant-projet d'ordonnance² visant à modifier la structure et le contenu du livre III du Code civil pour mettre en œuvre la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations³. La ministre a souligné avoir conscience de s'attaquer à un « monument du droit français » que le doyen Carbonnier qualifiait de « véritable Constitution de la France » et a, par conséquent, souhaité y procéder « avec mille précautions » tout en indiquant que plusieurs pays de droit étrangers s'étant inspirés de notre Code civil l'avaient déjà modernisé⁴. Ce texte a été soumis à une consultation publique participative à l'issue de laquelle le projet, nourri de ces différentes réflexions, a été adopté⁵. Il s'agit de l'*Ordonnance*

¹ J.O. 17 févr. 2015, p. 2961, art. 8.

² MINISTÈRE DE LA JUSTICE DE LA FRANCE, *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 25 février 2015, en ligne: <http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf> (consulté le 9 avril 2016) (ci-après « Projet Chancellerie 2015 »).

³ L'article 8, *id.*, qui comporte aussi des volets sur le statut de l'animal, sur la réforme du Tribunal des conflits, sur certains aspects de la procédure pénale et des dispositions relatives aux majeurs protégés a provoqué des crispations entre le gouvernement et le Sénat, ce dernier regrettant que ce pan si important du Code civil soit réformé sans que le Parlement puisse le discuter. Le Conseil constitutionnel, saisi par plus de soixante sénateurs de la constitutionnalité de l'article 8, a jugé conforme à la Constitution l'habilitation donnée au gouvernement, après avoir vérifié que l'habilitation est précisément définie dans son domaine et ses finalités (Cons. const. 12 févr. 2015, n° 2015-710 DC).

⁴ Jean CARBONNIER, « Le Code civil », dans Pierre NORA (dir.), *Les lieux de la mémoire*, t. 2 « La Nation », Paris, Gallimard, 1986, p. 309.

⁵ Le ministère de la justice a, en effet, lancé sur son site (en ligne: <<http://www.justice.gouv.fr>> (consulté le 9 avril 2016)) une consultation publique, ouverte jusqu'au 30 avril 2015, sur cet avant-projet d'ordonnance (*Id.*). L'article 27-I-3° de la *Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, J.O. 17 févr. 2015, p. 2961 (ci-après « la loi du 16 février 2015 ») donnait à compter de sa publication, un délai de douze mois au Gouvernement pour publier l'ordonnance, la réforme devant se poursuivre selon le calendrier suivant:

Mars-avril 2015: Communication du projet de texte aux administrations concernées et consultation publique sur le site internet de la Chancellerie. Parallèlement à cette consultation générale, le projet sera adressé aux universitaires qui ont travaillé à la

n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, publiée au Journal Officiel du 11 février 2016⁶ (ci-après « l'Ordonnance »). L'Ordonnance⁷ diffère sur certains points de l'avant-projet diffusé en février 2015 par la Chancellerie⁸. Ses dispositions devraient entrer en vigueur le 1^{er} octobre 2016, sous réserve de sa ratification par le Parlement dans un délai de six mois maximum à compter de sa publication⁹.

L'Ordonnance réaménage le plan du livre III du Code civil. Elle traite « Des sources des obligations » dans un Titre III qui comprend trois sous-titres relatifs au contrat, à la responsabilité civile qui n'entre pas dans la

rédaction du projet, aux partenaires associatifs ainsi qu'aux divers praticiens concernés par la réforme (Cour de cassation, le Conseil national des barreaux .).

Mai à juillet 2015 : Analyse des retours de consultation et amélioration du projet en associant les partenaires et les concertations interministérielles.

Septembre à décembre 2015 : Examen du projet d'ordonnance par le Conseil d'Etat.

Fin 2015-début 2016 : Présentation de l'ordonnance en conseil des ministres et publication de l'ordonnance.

Avant la fin du 1^{er} semestre 2016 : Dépôt du projet de loi de ratification de l'ordonnance.

⁶ J.O. 11 févr. 2016, texte n° 26.

⁷ *Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, J.O. 11 févr. 2016, texte n° 26 (ci-après « l'Ordonnance »).

⁸ Projet Chancellerie 2015.

⁹ L'Ordonnance s'appliquera aux contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016, les contrats antérieurs restant soumis au Code civil dans sa rédaction actuelle, sauf pour les dispositions relatives aux actions interrogatoires créées par les alinéas 3 et 4 de l'article 1123, par les articles 1158 et 1183, applicables aux contrats en cours dès le 1^{er} octobre 2016. Il s'agit selon le rapport remis au Président de la République « de dispositifs d'ordre procédural destinés à permettre à une partie de mettre fin à une situation d'incertitude, qui ne portent nullement atteinte aux contrats en cours et dont l'emploi est à la discrétion des intéressés » : 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*, J.O. 11 févr. 2016, texte n° 25 (ci-après « Rapport au Président de la République »). La première action interrogatoire permet à un tiers de demander par écrit au bénéficiaire d'un pacte de préférence d'avoir à confirmer l'existence d'un tel pacte et de son intention de s'en prévaloir (art. 1123 al. 3 et 4). La deuxième permet à un tiers de purger les doutes qui peuvent exister sur l'étendue des pouvoirs du représentant habilité à conclure un acte en lui demandant confirmation de son habilitation par écrit (art. 1158). Enfin la dernière action permet à une partie, en cas de nullité potentielle du contrat, de demander que l'autre partie confirme le contrat ou agisse en nullité. La cause de nullité doit avoir cessé (art. 1183).

réforme et aux quasi-contrats qui sont réformés. Elle traite en Titre IV « Du régime général des obligations » et, en Titre IV *bis* « De la preuve des obligations ». A noter que l'Ordonnance affecte la numérotation même des articles du Code civil. Par exemple, l'article 1134 ne porte plus sur le contrat, expression d'un accord de volonté ni sur la bonne foi dans l'exécution du contrat mais sur l'erreur sur la personne.

La réforme du droit des contrats est sans doute l'une des plus grande réforme du droit français, après celle du droit de la famille, du droit des personnes, des successions, du droit des sûretés et du droit de l'arbitrage. Elle répond à une volonté affichée de moderniser et de renforcer l'efficacité de l'institution. Aux termes de l'article 8 de la loi du 16 février 2015¹⁰, la refonte a plus exactement trois objectifs. Il s'agit tout d'abord de garantir la sécurité juridique et l'efficacité des normes en rendant plus lisible et plus accessible le droit commun des obligations. Le droit français des contrats est devenu un droit essentiellement jurisprudentiel, par conséquent peu accessible et complexe. C'est la raison pour laquelle l'Ordonnance prévoit une codification à droit constant de la jurisprudence, « reprenant des solutions bien ancrées dans le paysage juridique français bien que non écrites¹¹ ». L'idée est ensuite de renforcer la justice contractuelle en proposant des solutions équilibrées protectrices de la partie faible. L'intention est enfin de renforcer l'attractivité du droit français des contrats. Le droit commun des contrats, fondement des échanges économiques, est pour l'essentiel issu du livre III du Code civil intouché depuis 1804. Or ce dernier n'est plus adapté à la réalité de l'activité sociale et économique. Depuis que la France a été mal classée par le rapport de la Banque mondiale *Doing Business* mesurant la réglementation et la facilité à faire des affaires, l'idée s'est répandue que le droit français était peu attractif¹². Ce dernier est, en effet, peu prisé par les opérateurs économiques alors même que la France accueille un certain nombre d'investisseurs étrangers¹³. Ainsi par exemple, la clause de *hardship* serait stipulée

¹⁰ Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 ; art. 8.

¹¹ Cf. : Rapport au Président de la République.

¹² La méthode utilisée, sous forme de questionnaire, est inadaptée aux pays civilistes dans la mesure où n'ont pas été prises en compte certaines données telles que la sécurité juridique, la qualité des infrastructures ou la perception des investisseurs. En ligne : <<http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/france/>> (consulté le 9 avril 2016).

¹³ Sur cette question : Xavier LAGARDE, « Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats », D. 2005.2745.

dans les contrats internationaux parce que le droit français n'accepte pas la théorie de l'imprévision. Le droit français des contrats doit répondre aux attentes des opérateurs du commerce international en leur offrant un équilibre entre les principes de liberté contractuelle et de sécurité juridique.

Aussi, nul doute qu'au regard du droit matériel européen et international des contrats, le modèle français a vieilli. Dans les systèmes de droit continental, le Code civil français est concurrencé par des systèmes juridiques plus modernes car plus récents (le BGB allemand, le Code civil néerlandais ou québécois). Le droit n'échappe plus à la mondialisation et devient en même temps qu'un vecteur de rapprochement un objet de compétition entre les Etats. Il répond au souci de tout Etat de maintenir la compétitivité du territoire national par l'adoption d'instruments juridiques performants pour les acteurs économiques. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est inscrit le rapport de la mission présidée par M. Michel Prada portant sur « certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris¹⁴ », qui a formulé des propositions visant notamment à améliorer la compétitivité de l'arbitrage français en matière internationale¹⁵. Etant le principal instrument juridique de l'échange au niveau micro économique, le contrat est utilisé par les Etats pour attirer et garder les entreprises qui n'hésitent pas à localiser leurs activités en fonction de considérations juridiques. Face à ce constat et dans un tel contexte de concurrence législative, il était opportun, voir nécessaire, de rendre le droit français des contrats plus attractif et compétitif pour lui redonner une place de choix dans les contrats internationaux.

L'idée de réformer le droit des obligations est née au début des années 2000. Deux projets doctrinaux ont vu successivement le jour, l'un préparé sous l'égide du professeur Catala en 2005¹⁶ et l'autre sous celle du professeur

¹⁴ En ligne: <http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/1_Rapport_prada_20110413.pdf> (consulté le 9 avril 2016).

¹⁵ Afin de pérenniser la compétitivité de la place de Paris en matière d'arbitrage international, la mission a contribué au maintien à Paris du siège de la Chambre de commerce internationale. Saluant la réforme de l'arbitrage, la mission a proposé des solutions permettant de clarifier le régime des sentences rendues dans le cadre de contrats administratifs internationaux.

¹⁶ Disponible sur le site internet de l'Association Henri Capitant. Le projet de réformer le droit des contrats est né suite à un colloque relatif à la confrontation des concepts contractuels français aux principes du droit européen des contrats: Pierre CATALA, « Présentation générale de l'avant-projet », dans Pierre CATALA (dir.) et MINISTÈRE DE LA

Terré en 2008 sous le patronage de l'Académie des sciences morales et politiques¹⁷. Si l'avant-projet Catala a tenu à promouvoir la tradition contractuelle nationale, le projet Terré a été au contraire fortement influencé par les codifications européennes et, en particulier, les *Principes du droit européen du contrat*¹⁸ (PDEC). Ces deux avant-projets académiques ont servi de fondement à un avant-projet d'ordonnance diffusé par la Chancellerie le 27 novembre 2013¹⁹. Le projet d'ordonnance présenté par la Garde des sceaux en février 2015²⁰, suite à l'habilitation accordée au gouvernement pour procéder à la réforme par voie d'ordonnance, reprend presque à l'identique le contenu du document diffusé en 2013²¹, annonçant à peu de choses près ce que serait le nouveau droit français des contrats. La consultation publique lancée par le Ministère de la justice pour recueillir les observations des professionnels du droit et des acteurs du monde économique a permis au Gouvernement d'aboutir à un texte conforme aux objectifs fixés de simplification, d'accessibilité et d'efficacité du droit commun des contrats et du régime des obligations.

Même si elle opère des changements majeurs, la réforme ne bouleverse pas pour autant le droit commun des contrats. Le texte reste fidèle à

JUSTICE DE LA FRANCE, *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, 2006, p. 2 (ci-après « Avant-projet Catala »). Voir : « La réforme du droit des contrats : projets et perspectives », RDC 2006.1 ; George ROUHETTE, « Regards sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », RDC 2007.1371 ; Pierre CATALA, « Bref aperçu de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », D. 2006.chr.535.

¹⁷ Cf. François TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2008 (ci-après « projet Terré »).

¹⁸ *Principes du droit européen des contrats* : UNION EUROPÉENNE, *The Principles of European Contract Law*, 2002, en ligne : <<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/doc.html>> (consulté le 9 avril 2016).

¹⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DE LA FRANCE, *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, 23 octobre 2013 (ci-après « Projet Chancellerie 2013 »). Une version initiale avait déjà été diffusée en 2008 : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DE LA FRANCE, *Projet de réforme du droit des contrats*, juillet 2008 (ci-après « Projet Chancellerie 2008 »), puis remaniée en mai 2009 : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DE LA FRANCE, *Projet de réforme du droit des contrats*, mai 2009 (ci-après « Projet Chancellerie 2009 ») suite à un certain nombre de critiques émises par la doctrine. Sur le projet de 2013 : Denis MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! » D. 2014.chr.291. Voir : Olivier TOURNAFOND, « Le projet de la chancellerie de réforme du droit des contrats. Commentaire raisonné et critique », *Droit et patrimoine* 2014.nov.241. Voir plus généralement : *Droit et Patrimoine* oct.2014.

²⁰ Projet Chancellerie 2015.

²¹ Projet Chancellerie 2013.

la tradition juridique française et à l'esprit de « l'ancien » livre III du Code civil puisqu'il consacre en grande partie les solutions retenues par la jurisprudence. Parmi les avancées réalisées, notons par exemple, la consécration d'une obligation d'information et de confidentialité, la possibilité pour le juge de prendre en compte l'exploitation abusive d'une situation de dépendance, de lutter contre les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, d'admettre une exception au principe de l'exécution forcée en nature en cas de disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier et de réviser le contrat en cas d'imprévision. Le contrat est doté d'une nouvelle définition qui ne fait plus référence à la distinction classique des obligations de donner, faire ou ne pas faire²². La liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat et la bonne foi sont érigées comme des principes généraux servant de cadre de référence au droit commun des contrats. La cause disparaît mais les solutions fondées sur la notion sont maintenues. Des dispositions sur le pacte de préférence sont introduites et la promesse unilatérale est renforcée²³. Nul doute, à la lecture de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 que le droit matériel des contrats élaboré tant dans les enceintes européennes qu'internationales a acquis une emprise essentielle sur le droit français²⁴.

Nos propos se limiteront aux traits les plus saillants de la réforme qui se singularise par le renforcement du rôle du juge pour assurer des solutions équilibrées, protectrices de la partie faible (I) et, par la progression

²² Cf. l'art. 1101, au terme duquel « Le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destinés à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. »

²³ Ces points seront discutés, *infra*.

²⁴ Il s'agit des principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international publiés en 1994 (en ligne : <<http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-french.pdf>> (consulté le 9 avril 2016)) et complétés en 2004 (en ligne : <<http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-f.pdf>> (consulté le 9 avril 2016)) et 2010 (en ligne : <<http://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce-international/principes-dunidroit-2010-fr>> (consulté le 9 avril 2016)), des PDEC élaborés par la commission Lando, du projet de code européen des contrats élaboré par l'Académie des privatistes européens (Pavie) : (Giuseppe GANDOLFI (dir.), *Code européen des contrats, avant-projet, livre premier, I, Académie des privatistes européens, Commission Européenne*, Milano, Giuffrè, 2001), du projet de cadre commun de référence (DCFR) (en ligne : <<http://www.henricapitant.org/node/69>> (consulté le 9 avril 2016)) couvrant tout le droit privé et des travaux menés par la Société de législation comparée et l'association Henri Capitant aboutissant à la rédaction de principes contractuels communs (PCC) publiés en 2008.

de l'unilatéralisme pour tendre à des solutions efficaces et adaptées à l'évolution de l'économie de marché (II²⁵). L'objectif de justice contractuelle n'est donc pas exclusif de l'objectif d'efficacité économique du droit.

I. Le renforcement des pouvoirs du juge sur fond de justice sociale.

Pour promouvoir la justice sociale, la réforme consacre les principes de bonne foi, de loyauté et d'équilibre contractuel.

A. La bonne foi

L'Ordonnance réserve un chapitre relatif aux « Dispositions liminaires » regroupant les principes de liberté contractuelle (art. 1102²⁶), de force obligatoire du contrat (art. 1103) et de bonne foi (art. 1104). Il s'agit de trouver ici un équilibre entre la justice contractuelle et l'autonomie de la volonté. Ces principes, déjà consacrés dans le droit harmonisé des contrats²⁷, sont érigés comme des principes fondamentaux du droit français des contrats. Ils ont vocation à constituer des règles d'interprétation pour le juge. La bonne foi, expression d'une règle morale de comportement, acquiert en tant que principe général une fonction complétive et correctrice devenant une norme sur le fondement de laquelle le juge pourra réexaminer les comportements des parties, compléter les dispositions contractuelles ou réviser le contrat. Certains craignent que le juge puisse se saisir de cette notion pour faire main basse sur le contrat, mais cette crainte n'a pas lieu d'être. Prenons l'exemple de l'arbitrage, où c'est à l'aune de la bonne foi que les arbitres dégagent les principes généraux du commerce international sans fragiliser pour autant les contrats internationaux.

Actant le droit positif, le nouvel article 1104 de l'Ordonnance prévoit que la bonne foi doit irriguer tout le contrat, de sa négociation, à sa formation et à son exécution. Pour assurer l'effectivité du principe, l'alinéa

²⁵ Nous ne traiterons pas du régime des obligations ni du droit de la preuve.

²⁶ Et ses déclinaisons. À noter que la notion désuète de bonnes mœurs a disparu dans le nouveau texte au profit de celle d'ordre public.

²⁷ Voir : Principes Unidroit, art.1.7 ; PDEC, art. 1 : 201.

deuxième énonce que la disposition est d'ordre public²⁸. L'article 1112 alinéa 1^{er}, tout en rappelant le principe de la liberté des négociations et de leur rupture, impose ainsi une obligation impérative de négocier de bonne foi, c'est-à-dire dans le respect d'une certaine loyauté²⁹. Les négociateurs, s'ils restent libres de ne pas conclure, doivent avoir une attitude active et constructive dans la recherche de l'accord définitif. Concrètement, cette obligation de négocier de bonne foi engage les parties à ne pas faire de propositions inacceptables qui pourraient mener la négociation à un échec, voire entreprendre des propositions sérieuses et constructives en rapport avec l'objet et l'importance économique du contrat projeté. La négociation doit aussi pouvoir aboutir dans des délais raisonnables. Il s'agirait là d'une obligation de moyen et non de résultat, les parties devant tout mettre en œuvre, non pour parvenir à la conclusion du contrat définitif, mais pour faire aboutir leur négociation. Toute rupture abusive ou toute négociation menée de mauvaise foi engage la responsabilité de l'auteur de la rupture³⁰. La sanction prendra la forme de dommages et intérêts³¹.

Cette orientation doit être saluée car elle répond mieux aux attentes des opérateurs économiques leur offrant un juste équilibre entre les principes de liberté contractuelle et de sécurité juridique. Cet équilibre est attractif pour les acteurs commerciaux qui se sentiront libres de s'engager sans avoir peur des pertes qu'ils pourraient subir du fait d'une rupture abusive ou déloyale des pourparlers. La volonté du législateur est de protéger la confiance légitime des négociateurs. La liberté contractuelle, la concurrence oui, mais tempérée par la loyauté contractuelle, manifestation du principe général de bonne foi.

²⁸ À noter que le rapport au Président de la République accompagnant l'Ordonnance indique que l'Ordonnance est supplétive de volonté, c'est-à-dire qu'elle est toujours subsidiaire sauf dans ses dispositions impératives.

²⁹ Cette obligation de négocier de bonne foi est consacrée aux articles 2 : 301 des PDEC.

³⁰ Cf. l'art. 1112 al. 2. Voir aussi en ce sens : Principes Unidroit, art. 2.1.15 (relatif à la mauvaise foi dans les négociations) ; PDEC, art. 2 : 301 (sur les négociations contrares à la bonne foi).

³¹ L'alinéa 2 de l'article 1112 reprend la solution jurisprudentielle suivant laquelle « En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu. » En ce sens, voir par exemple : Com. 26 nov. 2003, D. 2004.869, note. Dupré-Dallemagne ; Com. 18 sept. 2012, D. 2012.2241.

B. Les obligations tirées de l'existence d'un comportement loyal.

La loyauté contractuelle, corollaire du principe de bonne foi, exige que les parties coopèrent activement en vue de la réalisation du but visé par le contrat. Le juge se voit investit du pouvoir de sanctionner tout manque de fidélité, de loyauté ou de réserve par rapport au comportement escompté d'un contractant de diligence moyenne. Un certain nombre d'obligations sont tirées de cette exigence de loyauté.

1. Le devoir d'information

Dans le prolongement de la jurisprudence française³² et des instruments d'harmonisation du droit des contrats, le nouvel article 1112-1 met à la charge des parties un devoir d'information d'ordre public portant sur l'objet du contrat ou la qualité des parties qu'il sanctionne de manière spécifique. Tout contractant, professionnel ou non, qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de son cocontractant doit l'en informer dès lors que ce dernier ignore légitimement cette information ou lui fait confiance (même si le principe reste toujours celui de s'informer). Le devoir d'information est restreint aux seules informations que l'une des parties « connaît »³³.

L'information concernée ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

S'agissant de la sanction du manquement à cette obligation, le dernier alinéa de l'article 1112-1 prévoit que le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement (erreur

³² La jurisprudence met à la charge des professionnels, spécialement du vendeur professionnel, une obligation d'information auxquels il incombe en outre de prouver qu'ils ont bien exécuté cette obligation : Civ. 1^{re}, 29 avr. 1997, *Bull. civ. I*, n° 132. De manière plus générale, la jurisprudence impose à tout contractant une obligation d'informer son cocontractant quand ce dernier ne pouvait facilement recueillir lui-même l'information manquante : Civ. 3^e, 29 nov. 2000, *Bull. civ. III*, n° 182, pour l'arrêté d'interdiction d'habiter frappant l'immeuble vendu.

³³ Et non plus « *devrait connaître* », comme il était indiqué à l'article 1129 du Projet Chancellerie 2015.

ou dol), le contrat peut être annulé. La sanction du devoir d'information est donc vue tant sous l'angle de la responsabilité que de la nullité.

2. L'obligation de confidentialité.

L'article 1112-2 de l'Ordonnance retient que les négociateurs sont tenus d'une obligation de confidentialité concernant les informations échangées pendant la négociation. Aux termes du texte, « Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions de droit commun. » Cette obligation de confidentialité est la contrepartie de l'obligation d'information. Le négociateur qui la viole abuse de la confiance légitime de son partenaire qui ne lui aurait pas communiqué les informations s'il avait su qu'elles auraient été mal utilisées. L'obligation de confidentialité porte sur une obligation de ne pas divulguer les informations communiquées pendant la négociation mais s'étend aussi à une obligation de ne pas exploiter ces informations. La réforme ne lève cependant pas le doute sur le domaine des informations à protéger.

C. L'équilibre contractuel.

Un contrat peut être déséquilibré pour différentes raisons. Le déséquilibre peut provenir du contrat lui-même mais il peut également tenir à des circonstances extérieures aux parties. C'est la question de l'imprévision.

1. La révision du contrat en cas d'imprévision.

Les parties peuvent rencontrer un certain nombre de difficultés lors de l'exécution de leur contrat à long terme. Des circonstances économiques, politiques, technologiques, ou géographiques peuvent venir déjouer leurs prévisions contractuelles et provoquer un déséquilibre entre elles. Quelle que soit la nature de ces circonstances, elles ont toutes en commun d'être extérieures aux parties.

Malgré quelques timides avancées³⁴, la Cour de cassation a toujours nié la théorie de l'imprévision pour des motifs de sécurité juridique,

³⁴ Com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547 (ci-après «Huard»), JCP G 1993.II.22164, note Virassamy; Com. 29 juin 2010, n° 09-67.369, JCP G 2010.1999, note Favario/D.

L'imprévision exposant à l'incertitude les transactions commerciales³⁵. Cette solution fondée sur le principe de la force obligatoire des conventions est également tirée de la présomption de compétence professionnelle qui pèse sur les opérateurs économiques³⁶. L'Ordonnance introduit l'imprévision dans le droit français des contrats, notion bien connue en jurisprudence administrative. Pour assurer un équilibre entre le principe *pacta sunt servanda* et la justice contractuelle, le nouvel article 1195 prévoit le traitement de l'imprévision par un mécanisme à trois étages. L'alinéa premier du texte (ou premier étage du mécanisme) permet tout d'abord aux parties de renégocier le contrat lorsqu' « un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour l'une des parties qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque »³⁷. Un contractant peut donc demander un réaménagement du contrat qui le lie si, après la formation du contrat, un changement par rapport aux données initiales vient modifier l'équilibre contractuel au point de lui faire subir une rigueur injuste³⁸. Le mécanisme de l'imprévision ne peut jouer qu'en cas de bouleversement de circonstances entraînant un déséquilibre majeur dans l'économie du contrat, le juge ne pouvant se contenter d'un simple déséquilibre. L'article 1195 retient que le contrat se poursuit pendant la renégociation. La demande de révision ne suspend pas l'exécution du contrat. Tant que l'adaptation n'est pas réalisée, le contrat doit continuer à être exécuté puisque après tout son exécution n'est pas impossible. C'est la différence avec la force majeure. En cas de refus ou d'échec de la négociation (deuxième étage du mécanisme), le deuxième alinéa prévoit que les parties peuvent convenir de la résolution du contrat ou, si elles en sont d'accord, demander au juge de procéder à son adaptation. En l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable (troisième étage du mécanisme), le juge peut, à la demande de l'une d'elle, réviser le contrat ou y mettre fin.

2010.2481, note Mazeaud, où le déséquilibre de l'économie générale du contrat est sanctionné sur le terrain de la cause.

³⁵ Cf. Civ. 1^{re}, 6 mars 1876 (*Canal de Craponne*), D. 1876.1.193, note Giboulot.

³⁶ La pratique a mis en place des clauses d'adaptation, donc si les parties n'ont rien prévu dans leur contrat, c'est qu'elles ont accepté de courir un risque.

³⁷ Le dispositif est donc supplétif et il est possible pour une partie d'intégrer le risque de l'imprévision dans le champ contractuel.

³⁸ Le droit français n'admettant pas la lésion, c'est-à-dire le déséquilibre des prestations au jour de la conclusion du contrat, le changement de circonstances doit être postérieur à la conclusion du contrat. Voir les articles 6 : 111 des PDEC et 6.2.2 des principes Unidroit.

L'article 1195 constitue l'une des avancées les plus importantes de la réforme. L'avant-projet d'ordonnance publié en février 2015³⁹, à son article 1196, prévoyait que le juge ne pouvait adapter le contrat qu'en cas de commun accord entre les parties. A défaut d'un tel accord, il ne pouvait que mettre fin au contrat dans des conditions qu'il fixait. Autant dire que la saisine du juge pour imprévision sur requête conjointe ne se serait que très rarement produite. Il est, en effet, peu probable que des contractants qui ont refusé ou qui ont échoué dans la négociation acceptent de s'en remettre conjointement au pouvoir du juge qui déciderait *in fine* de la répartition de la charge résultant du changement de circonstances. Il en résultait une certaine incertitude quant au sort du contrat en cas d'imprévision et on ne pouvait dès lors qu'inciter les rédacteurs de contrats internationaux à continuer d'insérer dans les contrats de longue durée des clauses de *hardship*. Le nouvel article 1195 vient considérablement étendre la portée de l'imprévision puisqu'il considère que la phase de révision judiciaire doit, faute d'accord des parties, pouvoir s'ouvrir à la requête d'une partie seulement.

La plupart des pays de l'Union européenne admettent la révision du contrat en cas de changement de circonstances extérieures aux parties. L'admission de la théorie de l'imprévision en droit français est conforme à l'utilité sociale et correspond à l'impératif de justice contractuelle en ce qu'elle évite, en l'absence de clauses d'adaptation dans le contrat, à une seule des parties de supporter la charge d'un événement imprévu. Elle permet de corriger l'injustice qui naît d'un déséquilibre contractuel résultant de la survenance d'événements extérieurs aux parties qu'elles ne pouvaient raisonnablement prévoir lors de la conclusion du contrat. Elle correspond également à la volonté des auteurs de la réforme de conférer au juge davantage de pouvoir modérateur pour atténuer la rigueur du principe de la force obligatoire du contrat.

L'influence du droit matériel européen et international des contrats est très nette en matière d'imprévision⁴⁰. Cependant, contrairement au

³⁹ Projet de Chancellerie 2015

⁴⁰ Voir: Principes Unidroit, art. 6.2.3; PDEC, art. 6: 11. Sur la question, voir: Maurício Almeida PRADO, « Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe », *R.I.D. Comp.* 2010.863; Rémy CABRILLAC, « Perspectives d'évolution du droit français en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé », dans *Mélanges en l'honneur de C. Jauffret-Spinozi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 227, aux pages 227 et suiv.; Sur la proposition de règlement du 11 octobre 2011 relatif à un droit commun

paragraphe deuxième de l'article 6: 111 des PDEC et à la jurisprudence arbitrale⁴¹, la réforme ne met pas à la charge des parties une obligation de renégocier le contrat de bonne foi. L'article 1195 n'impose pas aux parties d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin puisqu'il précise que l'entrée en négociation n'est qu'une simple faculté et que les parties sont même en droit de la refuser⁴². N'y a-t-il pas dès lors une contradiction entre affirmer d'un côté que le contrat doit être impérativement exécuté de bonne foi et de l'autre retenir que la négociation peut être refusée? Dans son arrêt *Huard*, la Cour de cassation s'est placée sur le terrain de la bonne foi pour imposer une obligation de renégociation du contrat en cas de *hardship*⁴³. Dans cette espèce, l'exploitant d'une station service ne pouvait plus être compétitif du fait du prix du carburant pratiqué par son fournisseur exclusif dans le cadre d'un contrat de longue durée. Les Hauts magistrats ont considéré que le refus de renégociation par le contractant profitant de la modification de circonstances économiques était contraire à la bonne foi et, que le juge pouvait engager la responsabilité contractuelle de la partie qui refusait la révision de façon abusive. Le juge dans un tel cas ne modifie pas directement le contrat, mais invite les parties, sur la base de l'obligation de bonne foi, à sa renégociation. La condamnation à des dommages et intérêts compense au moins partiellement les pertes économiques subies par la partie lésée. Il y a rééquilibrage.

Cette obligation de renégocier le contrat en vue de maintenir un équilibre des prestations réciproques est tirée de l'obligation de coopération,

européen de la vente: UNION EUROPÉENNE, Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, 2011/0284 (COD), Bruxelles, le 11 octobre 2011, en ligne: <http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/regulation_sales_law_fr.pdf> (consulté le 9 avril 2016) (ci-après « Proposition de règlement relatif à un droit européen commun de la vente »). Denis MAZEAUD et Cyril GRIMALDI, « Variations à quatre mains », dans *Mélanges en l'honneur de C. Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 527, aux pages 527 et suiv.

⁴¹ Voir par exemple: sentence CCI 4761(1987), *JDI* 1987.1012; sentence CCI 2508 (1976), *Clunet* 1977.939.

⁴² Aux termes de l'article 1195 alinéa 1^{er}, l'une des parties « peut [et non doit] demander une renégociation du contrat à son cocontractant » (nos italiques). Selon l'alinéa 2, « En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. » (nos italiques).

⁴³ Décision *Huard*.

corollaire de la loyauté contractuelle⁴⁴. Les aléas des contrats à long terme doivent amener les parties à se concerter en vue de prévenir toute difficulté dans l'exécution du contrat. La décision judiciaire de mettre fin ou d'adapter le contrat doit être entendue comme un ultime remède d'où l'obligation faite aux parties d'entrer en négociation qui, dans les PDEC, est assortie d'une sanction autonome⁴⁵. La procédure doit être aménagée de façon à inciter les parties à arriver à une solution amiable, même si elles ne sont pas tenues d'aboutir⁴⁶. C'est le sens de l'article L.441-8 du Code de commerce, issu de la loi Hamon du 17 mars 2014⁴⁷ qui exige, sous peine de sanctions administratives, que certains types de contrats contiennent une clause de renégociation pour limiter les risques liés aux fluctuations des matières premières agricoles et alimentaires. Il faut regretter que le nouvel article 1195 n'ait pas clairement posé une telle obligation. Le juge ne pourra donc pas, dans le cadre de la réforme, contraindre les parties à s'asseoir autour de la table des négociations pour redéfinir leur contrat et, condamner le récalcitrant à des dommages et intérêts sauf à éventuellement rapporter la preuve d'un refus abusif. Il ne pourra pas non plus opposer une fin de non recevoir tirée de l'absence de négociation préalable. C'est alors probablement la menace d'une résiliation ou d'une révision judiciaire qui incitera les parties à s'engager dans une renégociation.

2. Le déséquilibre lié au contrat lui-même.

Le Code civil ne pose pas de principe général d'équilibre des contrats. Il existe en France un adage selon lequel «Qui dit contractuel dit juste». Sauf les mineurs et les majeurs protégés, toutes les personnes sont réputées être égales entre elles et leurs contrats sont par conséquent présumés

⁴⁴ L'article 5.1.3 des principes Unidroit impose aux parties un devoir de coopération dans l'exécution de leur contrat. De ce devoir de coopération, il peut être tiré une obligation de renégocier le contrat en cas de *hardship*, même si l'article 6.2.3 ne met pas à la charge des parties une telle obligation.

⁴⁵ Cf. art. 6: 111, dernier al.

⁴⁶ Si les parties sont tenues de renégocier de bonne foi leur contrat en vue de maintenir un équilibre des prestations réciproques, elles ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord. L'obligation de renégocier le contrat entraîne deux obligations : une obligation d'entrer en discussion qui est une obligation de résultat et, une obligation de négocier de bonne foi avec la volonté d'aboutir qui est une obligation de moyen.

⁴⁷ *Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation*, J.O. 18 mars 2014, p. 5400 (ci-après la «loi Hamon du 17 mars 2014»).

équilibrés⁴⁸. Toutefois, il en est autrement en pratique puisque la partie la plus puissante tente le plus souvent d'imposer sa volonté à son cocontractant, y compris lorsqu'il s'agit de rapport entre professionnels.

Si le déséquilibre peut être sanctionné par la cause et la lésion, il faut admettre que les juges ne trouvent pas dans ces institutions un fondement suffisamment certain pour contrôler l'équilibre contractuel⁴⁹. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence recourt parfois aux notions d'économie du contrat⁵⁰ ou à celle de proportionnalité⁵¹. L'Ordonnance du 10 février 2016 a manifestement entendu renforcer l'exigence d'équilibre contractuel en consacrant des solutions tirées du droit positif, comme par exemple l'exclusion de la lésion sauf disposition contraire⁵², la nullité du contrat pour contrepartie illusoire ou dérisoire⁵³ ou la suppression des clauses qui privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur⁵⁴. La réforme innove surtout en permettant au juge de sanctionner l'exploitation de la situation de dépendance d'une partie par une autre ou d'éradiquer les clauses qui créent, dans les contrats d'adhésion, un déséquilibre significatif entre les parties⁵⁵. Le juge se voit également reconnaître le pouvoir de refuser l'exécution forcée lorsqu'elle présente une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier⁵⁶. En

⁴⁸ Voir l'article 1118 du Code civil qui énonce que « La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes. » Le Code civil cantonne donc la lésion à quelques cas précis, au profit des mineurs (C. civ., art. 1305) et des majeurs protégés et, de certains contrats (la vente immobilière, *id.*, art. 1674).

⁴⁹ Ghislain DE MONTEYNARD, *La recherche d'un équilibre contractuel au travers de la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation*, Rapport, Cour de cass. 2000.237.

⁵⁰ Jacques MOURY, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », D. 2000, chr.382.

⁵¹ Sophie LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, t. 335, coll. « Bibliothèque de Droit privé », Paris, L.G.D.J., 2000.

⁵² Ordonnance, art. 1168 : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. »

⁵³ Ordonnance, art. 1169 : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. »

⁵⁴ Ordonnance, art. 1170 : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »

⁵⁵ Cf. Ordonnance, art. 1143 et 1171.

⁵⁶ Cf. Ordonnance, art. 1221.

revanche, dans les contrats cadre et les contrats de prestation de service, il n'est plus question de donner au juge le pouvoir de réviser un prix abusif.

a. La consécration de la violence économique.

L'introduction du concept de violence économique répond à une prescription du législateur, sans doute influencé par les différentes législations européennes et le droit européen et international des contrats⁵⁷. L'article 8 de la *loi d'habilitation du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* impose effectivement au gouvernement de prendre une série de douze mesures, parmi lesquelles celles « qui permettent de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre ».

La Cour de cassation traditionnellement peu sensible à la notion de violence morale fondée sur l'abus de puissance économique avait déjà, par des arrêts récents, admis que la contrainte économique puisse être le reflet du vice de violence⁵⁸. Cette solution est aujourd'hui consacrée par le nouvel article 1143 aux termes duquel il y a violence « lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif⁵⁹ ».

⁵⁷ Les articles 4: 109 des et 3.2.7 des principes Unidroit sanctionnent par la nullité la violence économique. Ces textes adoptent une conception large de la lésion en permettant à une partie de demander au juge la nullité du contrat ou son adaptation lorsque le contrat présente à sa formation un déséquilibre excessif résultant de l'exploitation par une partie de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins de l'autre partie, de son ignorance ou de son inaptitude à la négociation.

⁵⁸ Cf. Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, D. 2000.879; Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, D. 2002.1860; Civ. 1^{re}, 4 févr. 2015, n° 14-10920.

⁵⁹ A noter que la référence faite à l'état de nécessité par l'article 1142 du Projet Chancellerie 2015 a disparu. Le texte disposait qu' « Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse. » L'état de nécessité serait dû aux circonstances économiques. Pour qu'il y ait violence, il faut que le contrat ait été conclu à des conditions anormales sous la pression des circonstances. Mais que fallait-il concrètement entendre par cette notion d'état de nécessité? S'agit-il de détresse économique, de l'urgence des besoins de l'autre partie? Il peut être tentant pour une partie qui ne veut plus exécuter

La violence économique est rattachée au vice de violence et n'est pas traitée comme une lésion qualifiée⁶⁰. Mais ce nouveau vice du consentement très protecteur du consentement de la partie faible se rapporte en réalité davantage à la lésion en ce qu'il permet de lutter contre les déséquilibres économiques manifestement excessifs. La partie victime devra démontrer l'illégitimité de la situation de puissance économique ce qui suppose qu'elle rapporte la preuve que son cocontractant tire abusivement profit de la situation de dépendance dans laquelle elle se trouve et, qu'il en tire en outre un « avantage manifestement excessif ». C'est donc seul l'abus de situation qui est sanctionné, l'abus étant apprécié par l'avantage manifestement excessif que doit en avoir tiré le cocontractant.

L'Ordonnance introduit ici un concept économique, – l'état de dépendance – aux contours peu définis. Aussi, la nullité, sanction grave en soi, est la pire des sanctions pour les acteurs commerciaux. Elle devrait être exclue lorsque la partie adverse accepte de verser le supplément du prix correspondant au juste prix du contrat⁶¹ ou au prix du marché. L'Ordonnance auraient pu encore aller plus loin en considérant que le juge puisse, à la requête de la partie lésée, adapter le contrat de façon à le mettre en accord avec ce qui aurait pu être convenu conformément aux exigences de bonne foi⁶². Elle aurait pu également admettre l'allocation de dommages et intérêts⁶³. Ces différents remèdes auraient été plus conformes à l'impératif d'efficacité économique voulu par la réforme.

ses obligations, de solliciter du juge la nullité du contrat souscrit sur le fondement de cette notion floue. Pour répondre aux craintes des entreprises, cette notion a été supprimée.

⁶⁰ À la différence de ce qui est retenu par le PDEC et les principes Unidroit. L'article 3.2.7 des principes Unidroit, qui a largement inspiré l'article 4: 109 des PDEC, rattache la sanction de l'avantage excessif à la lésion qualifiée.

⁶¹ À l'instar de ce que prévoit l'article 1681 du Code civil en cas de rescision pour lésion dans les contrats de vente.

⁶² Voir en ce sens : Principes Unidroit, art. 3.2.7(2) ; PDEC, art. 4: 109(2). C'est l'idée qui sous tendait l'article 1163 du Projet Chancellerie 2015 et qui a été abandonnée, selon lequel le juge pouvait réviser un prix abusif. Sur la question, voir nos développements, *infra*.

⁶³ Les articles 1164 et 1165 de l'Ordonnance disposent que dans les contrats cadre et les contrats de prestation de service le juge peut, en cas d'abus dans la fixation du prix, condamner les parties à des dommages et intérêts.

b. La protection contre les clauses abusives

Entre la violence économique et les clauses abusives, ce sont les liaisons dangereuses. Le déséquilibre contractuel peut plus subtilement naître, en effet, de l'existence de certaines clauses qui donnent des prérogatives excessives à l'une des parties. Selon l'article 1170 de l'Ordonnance, « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. » Le texte est général évoquant « Toute clause » sans exception. La clause visée est celle qui prévoit une obligation essentielle devant produire un certain résultat, comme par exemple, les clauses limitatives de garantie ou de responsabilité. Ces clauses ne sont admises qu'à la condition qu'elles ne neutralisent pas l'obligation essentielle du contrat⁶⁴. A défaut, elles pourraient être qualifiées de clauses abusives et pourraient alors tomber sous le coup de l'article 1171 qui, dans les contrats d'adhésion, répute non écrite toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Les articles L.132-1 du Code de la consommation et L.442-6-2° du Code de commerce ont manifestement servis de modèle, l'article 1171 reprenant même mot pour mot l'article L.132-1 du Code de la consommation quant aux critères d'appréciation du déséquilibre⁶⁵. Le Projet de Chancellerie, à son article 1169, prévoyait un mécanisme de protection générale contre les clauses abusives⁶⁶. Il s'agissait d'étendre à tous les contrats et, quelle que soit la qualité des parties, une technique de protection propre au droit de la consommation et au droit commercial. L'intro-

⁶⁴ Cet article fait tout particulièrement résonnance à la jurisprudence : Com. 22 oct. 1996, (ci-après « *Chronopost* »), D. 1997.121, note Sériaux ; Com. 29 juin 2010, (ci-après « *Faurecia* »), n° 09-11.841. Une clause limitative de responsabilité portant sur une obligation essentielle du débiteur ne sera pas nécessairement réputée non écrite. Elle ne sera prohibée que si elle contredit la portée de l'engagement souscrit, en vidant de sa substance cette obligation essentielle.

⁶⁵ Voir aussi l'article L.441-7 du Code de commerce issu de la loi Hamon du 17 mars 2004 qui sanctionne par une amende administrative le fait d'imposer des obligations manifestement disproportionnées dans les relations entre fournisseurs et distributeurs. Sur ce texte, voir : Frédéric BUY, « La sanction de la lésion dans les relations commerciales », D. 2014.1333 et 1334. À propos de l'article L.441-7 du Code de commerce modifié par la loi Hamon du 17 mars 2014, voir : D. 2014.1333, 1333 et 1334.

⁶⁶ L'article 1169 du Projet Chancellerie 2015 prévoyait qu'« Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. »

duction d'un tel dispositif a été virulemment critiquée⁶⁷ dans la mesure où la législation sur les clauses abusives n'a pas à s'appliquer dans les rapports entre professionnels. Si les professionnels peuvent être victimes de clauses abusives, il n'est pas souhaitable de leur transposer les modes de protection des consommateurs. Ces derniers peuvent trouver protection dans le droit commun⁶⁸. La jurisprudence a su ainsi utiliser le concept de cause pour rééquilibrer des contrats dans lesquels l'une des parties avait inséré une clause créant un déséquilibre significatif à son profit sans contrepartie⁶⁹, solution aujourd'hui entérinée par l'Ordonnance du 10 février 2016 qui, sans se référer au concept de cause, retient qu'« un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. »⁷⁰

La généralisation de la lutte contre les clauses abusives était d'autant moins souhaitable que la protection issue du Projet de Chancellerie de 2015 paraissait plus large que celle issue du droit spécial. La caractérisation d'un déséquilibre significatif sur le fondement de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce doit résulter d'une appréciation du comportement du commerçant qui a soumis ou tenté de soumettre son partenaire à des obligations créant un déséquilibre significatif à son profit. Aux termes de l'article 1169 du Projet de Chancellerie de 2015, la clause abusive se caractérisait par le relevé d'un seul critère objectif apprécié par le juge, le déséquilibre significatif crée au sein de la convention. La conception

⁶⁷ Voir notamment : Denis MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! » D. 2014. chr.291., n° 17, 297 et suiv. ; Olivier TOURNAFOND, « Le projet de la chancellerie de réforme du droit des contrats. Commentaire raisonné et critique », *Droit et patrimoine* 2014.nov.241 ; Philippe STOFFEL-MUNCK, « Les clauses abusives : on attendait Grouchy... », *Droit et patrimoine* 2014.oct.56 ; Voir aussi : Nicolas DISSAUX, « Les clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte », *Droit et Patrimoine* 2014.oct.53.

⁶⁸ Voir : Denis MAZEAUD, « La protection par le droit commun », dans Denis MAZEAUD et Christophe JAMIN (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998, p. 33, aux p. 33 et suiv. ; Denis MAZEAUD et Thomas GÉNICON, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », RDC 2012.276.

⁶⁹ Voir par exemple le fameux arrêt *Chronopost*, rendu à propos de la clause limitative de responsabilité en cas de retard dans la délivrance du pli, l'obligation de ponctualité étant considérée comme l'obligation essentielle du contrat. Certains ont vu en ce mouvement jurisprudentiel le renouveau de la cause alors que d'autres ont pensé à l'émergence du principe de la proportionnalité. En ce sens, voir : Yvan AUGET, « Au nom de la cause : vive le principe de proportionnalité », *Droit et Patrimoine* 2001.févr.33. *Contra* : François TERRÉ, « La proportionnalité comme principe ? » J.C.P. 2009.52.

⁷⁰ Voir : Ordonnance, art. 1169.

générale pouvait alors sembler excessive. Surtout, la condition de l'absence de négociation individuelle, pourtant exigée dans les différents projets de réforme⁷¹ et dans le droit européen des contrats⁷² n'était pas reprise. Le Projet de Chancellerie ne subordonnait pas la protection à la condition que la clause qui engendre un déséquilibre significatif n'ait pas été négociée. Les acteurs économiques et les professionnels du droit ont regretté une telle orientation car elle était contraire à la liberté des parties et était source d'insécurité juridique⁷³. Contrairement aux consommateurs à qui les professionnels imposent des contrats-types, les contrats entre partenaires professionnels sont le plus souvent négociés de sorte qu'une clause apparemment abusive peut ne pas l'être dans le contexte général du contrat⁷⁴. Le principe de la force obligatoire du contrat ne doit pas être sacrifié sur l'autel de la justice social. Afin de répondre à ces craintes, le nouvel article 1171 cantonne désormais le champ de la protection contre les clauses abusives aux seuls contrats d'adhésion, c'est-à-dire à ceux « dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont

⁷¹ Voir en sens l'article 1122-2 du projet Catala qui prévoit que « cependant, la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée. » Voir aussi en ce sens l'article 67 de l'avant-projet Terré qui comporte une disposition similaire: « En outre, la clause non négociée qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à sa demande. » Voir enfin le Projet Chancellerie 2009, article 87 bis, selon lequel: « une clause non négociée qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. »

⁷² Voir: PDEC, art. 4: 110 (relatif aux clauses abusives). Voir aussi le projet de cadre commun de référence élaboré par l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée, art. 4: 209; Proposition de règlement relatif à un droit européen commun de la vente, art. 7.

⁷³ Sur les critiques émises à l'encontre de l'ancien article 1169, voir: Denis MAZEAUD, « Droit des contrats: réforme à l'horizon! » D. 2014.chr.291, n° 17, 297 et suiv.; Olivier TOURNAFOND, « Le projet de la chancellerie de réforme du droit des contrats. Commentaire raisonné et critique », *Droit et patrimoine* 2014.nov.241; Philippe STOFFEL-MUNCK, « Les clauses abusives: on attendait Grouchy.... », *Droit et patrimoine* 2014.oct.56; Nicolas DISSAUX, « Les clauses abusives: pour une extension du domaine de la lutte », *Droit et Patrimoine* 2014.oct.53.

⁷⁴ Sur la question: Denis MAZEAUD et Christophe JAMIN (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Economica, 1998; Denis MAZEAUD et Thomas GÉNICON, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », RDC 2012.276.

déterminées à l'avance par l'une des parties⁷⁵». Cette catégorie de contrats devient le terrain d'élection de la lutte contre les clauses abusives. Ce sont les particuliers et les professionnels non commerçants qui bénéficieront principalement de la protection. La question reste de savoir si le juge pourra, dans sa recherche de clauses abusives, s'aider des listes dressées par le pouvoir réglementaire et par la Commission des clauses abusives.

Selon l'alinéa deuxième de l'article 1171, «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.» L'Ordonnance rappelle ainsi que la réglementation des clauses abusives n'interfère pas avec la règle selon laquelle la lésion n'est pas une cause de nullité des contrats⁷⁶. C'est ce que traduit le nouvel article 1170 selon lequel « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des obligations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. »

c. L'abandon de la révision judiciaire du prix abusif.

S'inspirant de la jurisprudence actuelle⁷⁷, l'Ordonnance admet que le prix puisse être déterminé unilatéralement par une partie dans le cadre de contrats cadre et les contrats de prestation de service (art. 1164 al. 1 et 1165)⁷⁸. Pour protéger la partie victime de la détermination unilatérale du prix, la refonte met en place de nouvelles règles pour prévenir ou remédier à une détermination abusive du prix. L'Ordonnance impose tout d'abord à l'auteur de la détermination unilatérale du prix de justifier du montant en cas de contestation⁷⁹. Elle renforce ensuite les sanctions en permettant, comme l'admet la jurisprudence, à la partie victime de la détermination abusive du prix de demander au juge des dommages et intérêts ou la résolution du contrat. Le Projet de Chancellerie de 2015 prévoyait en cas d'abus dans la fixation du prix dans les contrats cadre et de prestation de service, la possibilité pour le juge de réviser le prix en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes

⁷⁵ Cf. Ordonnance, art. 1110 al. 2.

⁷⁶ Voir l'article 1118 du Code civil qui cantonne la lésion à quelques cas précis et à certains contrats.

⁷⁷ Ass. plén. 1^{er} déc. 1995, D. 1996.13, concl. Jéol, note Ghestin.

⁷⁸ Ordonnance, art. 1111: «Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution.»

⁷⁹ C'est-à-dire exposer comment le prix a été calculé au regard des prévisions des parties.

légitimes des parties (voir les anciens articles 1163 al. 2 et 1164). L'Ordonnance marque ici un net recul, cette possibilité ayant disparu au profit de la seule fixation de dommages et intérêts, voire la résolution du contrat⁸⁰. Ce mécanisme de révision judiciaire du prix est pourtant prévu par les codes européens et internationaux d'harmonisation du droit des contrats⁸¹. L'idée est de sauver le contrat en le rééquilibrant et non de le résilier. Le rôle confié au juge français est bien moins innovant dans la mesure où en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge ne pourra pas lui-même substituer un prix au prix abusivement déterminé par une partie.

Par souci de sauvetage du contrat, dans l'hypothèse où le prix doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe plus ou qui cesserait d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus (art. 1167)⁸².

d. Le coût manifestement disproportionné : l'exception au droit à l'exécution forcée.

Entérinant l'évolution jurisprudentielle⁸³, l'article 1221 de l'Ordonnance, dispose que : « 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 et son intérêt pour le créancier. »

⁸⁰ Cf. Ordonnance, art. 1164.

⁸¹ Voir : PDEC, art. 6 : 105 ; Proposition de règlement relatif à un droit européen commun de la vente, art. 73-1° ; Principes Unidroit, art. 5.1.7.

⁸² Dans le même sens, voir : Ordonnance, art. 1166 : « Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie. »

⁸³ Voir : Civ. 1^{re}, 16 janv. 2007, D. 2007.1120, note Gout, où la cour juge que : « La partie envers laquelle un engagement contractuel n'a point été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible. » Rompant avec les termes de l'article 1142 du Code civil, la Cour de cassation reconnaît au créancier un véritable droit à l'exécution en nature, y compris dans le cas des obligations de faire, et ce indépendamment de l'intérêt qu'à le créancier à l'exécution et du coût qui en résulte pour le débiteur. En ce sens, voir : Civ. 3^e, 22 mai 2013, RDC 2014/1.22, obs. Laithier. Sur l'exécution en nature : Nicolas MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature? », RDC 2005.35 ; « Exécution du contrat en nature ou par équivalent, Colloque 14 octobre 2004 », RDC 2005.5 et suiv. ; « La primauté de l'exécution en nature », *Revue de droit Henri Capitant* 2011.déc. 9.

L'exécution forcée en nature est donc désormais officiellement inscrite dans le nouveau livre III du Code civil. Conformément au principe général de la force obligatoire du contrat (art. 1103), chaque partie devrait pouvoir imposer à l'autre partie l'exécution des obligations de somme d'argent mais aussi des obligations non pécuniaires qui sont à sa charge. Le créancier a le droit d'exiger l'exécution en nature de toute obligation, y compris la correction d'une obligation de faire ou de ne pas faire. Aucune distinction n'est faite, en effet, entre les obligations concernées, obligation de faire ou de donner. C'est ce qui résulte du nouvel article 1101 qui dispose que « [l]e contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations », sans faire de référence aux notions classiques d'obligations de donner, de faire ou de ne pas faire qui disparaissent. La réparation en nature, parce qu'elle remet les choses dans leur état antérieur, répare intégralement le préjudice. L'exécution en nature ne suppose pas que l'inexécution du contrat ait causé un préjudice au créancier. L'article 1222 propose une alternative au créancier en lui permettant, au lieu de poursuivre l'exécution forcée, de faire exécuter lui-même l'obligation ou de détruire ce qui a été mal exécuté après mise en demeure du débiteur et, de solliciter ensuite de ce dernier le remboursement des sommes engagées⁸⁴. Le créancier peut également faire exécuter le contrat par un tiers. Cette faculté dite de remplacement est déjà connue du droit français et du droit des contrats harmonisés⁸⁵. Ses conditions d'exercice se sont toutefois largement assouplies, l'autorisation préalable du juge n'étant plus exigée par le nouvel article 1222⁸⁶.

La liberté du droit du créancier de demander l'exécution forcée en nature connaît cependant des limites. Selon l'article 1221 de l'Ordonnance, l'exécution en nature ne peut être obtenue lorsqu'elle est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. L'exécution en nature ne peut donc être imposée lorsqu'elle est impossible en droit ou en fait⁸⁷. Elle ne

⁸⁴ Ce mécanisme reprend les articles 1143 et 1144 de l'actuel Code civil.

⁸⁵ Voir : Principes Unidroit, art. 7.4.5; PDEC, art. 9 : 506.

⁸⁶ En revanche, l'article 1222 maintient l'autorisation préalable du juge lorsque le créancier sollicite la destruction de ce qui a été fait en violation de l'obligation pour éviter les abus du créancier. Le créancier peut demander au débiteur les sommes engagées à cette fin (*cf.* art. 1222 al. 2).

⁸⁷ C'est l'hypothèse d'une impossibilité matérielle absolue, morale ou juridique.

peut être non plus prononcée lorsque bien que possible, elle entraîne un coût manifestement déraisonnable pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt. Certains critiquent cette solution qui s'inscrit pourtant dans le droit fil du droit harmonisé des contrats⁸⁸ car elle porterait atteinte au principe de la force obligatoire du contrat⁸⁹. Même si le texte suscite quelques interrogations, – notamment celles de l'impact de la faute du débiteur ou des changements radicaux de circonstances équivalant à une situation de *hardship* rendant l'exécution du contrat plus onéreuse pour le débiteur⁹⁰ – cette nouvelle exception doit être saluée comme un progrès car elle s'avère plus conforme à l'objectif d'utilité sociale voulu par la réforme. Cette limite à l'exécution en nature ne serait finalement que la traduction de la réserve de l'abus du créancier d'exiger en nature l'exécution de son obligation lorsqu'elle s'avère trop onéreuse pour le débiteur alors qu'il peut raisonnablement en obtenir l'exécution par un autre moyen qui lui offre une juste compensation⁹¹.

A noter pour conclure, que dans le but d'aller vers un droit commun des contrats plus juste, la réforme renforce la sanction des avants contrats consacrant leur force obligatoire. L'Ordonnance régit le pacte de préférence. La promesse unilatérale de contrat et le pacte de préférence. La promesse unilatérale est

⁸⁸ Voir les articles 9: 101 et 9: 102 des PDEC qui consacrent le droit du créancier à l'exécution forcée en nature tout en y apportant des exceptions lorsque celle-ci est impossible ou illicite, ou qu'elle comporte pour le débiteur des efforts ou des dépenses déraisonnables, ou que l'obligation présente un caractère strictement personnel ou que le créancier peut raisonnablement obtenir l'exécution par un autre moyen. Au sujet de l'exécution de l'obligation non pécuniaire: Principes Unidroit, art. 7.2.2. Voir également: COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Vienne, 1980, art. 46 (ci-après « CVIM »). La solution n'est pas la même en droit anglais où la sanction normale de l'inexécution des obligations est l'allocation de dommages-intérêts.

⁸⁹ En ce sens: Olivier TOURNAFOND, « Le projet de la chancellerie de réforme du droit des contrats. Commentaire raisonné et critique », *Droit et patrimoine* 2014.nov.241, sous art. 129 et 130.

⁹⁰ Autrement dit se pose la question de l'articulation entre les articles 1221 et 1195 de l'Ordonnance. Sauf à admettre un alignement entre les deux textes, le coût manifestement déraisonnable de l'exécution ne devrait pas résulter d'un bouleversement de circonstances extérieures aux parties survenant après la conclusion du contrat et qui serait de nature à déséquilibrer le contrat.

⁹¹ En ce sens: Denis MAZEAUD, « Droit des contrats: réforme à l'horizon! » D. 2014. chr.291.

définie par l'article 1124 comme étant «le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire». Selon l'article 1123, le pacte de préférence est «le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle se déciderait de contracter»⁹².

La promesse unilatérale voit son efficacité renforcée. Le nouvel article 1124, à son alinéa 3, met fin à une jurisprudence controversée⁹³, en prévoyant que le bénéficiaire d'une promesse peut obtenir la nullité du contrat conclu avec un tiers en violation de la promesse et la formation du contrat promis par le promettant⁹⁴. En outre, à rebours du droit positif⁹⁵, l'alinéa deuxième dudit texte considère que la révocation de la promesse pendant le délai d'option n'empêche pas la formation du contrat promis. La pratique n'aura donc plus à aménager les règles légales par des clauses d'exécution forcée en nature qui de fait, n'auront plus d'utilité. S'agissant du pacte de préférence, l'article 1123, allant dans le sens de la jurisprudence récente⁹⁶, introduit les sanctions de nullité et de substitution lorsqu'un contrat est conclu en violation du pacte avec un tiers qui en connaissait l'existence et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, le tout sans préjudice d'éventuels dommages et intérêts. Le tiers peut de son côté demander au bénéficiaire de confirmer l'existence d'un tel pacte (art. 1123 al. 3 et 4).

Renforcer l'intervention du juge dans le contrat pour répondre à un objectif de justice sociale ne signifie pas de renoncer à des solutions efficaces. Pour favoriser les échanges économiques, la réforme offre aux

⁹² L'Ordonnance reste en revanche muette sur la promesse synallagmatique, ce qui laisse supposer que cette dernière n'est pas un contrat préparatoire mais le contrat final lui-même.

⁹³ La jurisprudence retient aujourd'hui que la conclusion de la promesse avec un tiers ne donne lieu qu'à des dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle à l'égard du promettant et délictuelle à l'égard du tiers: Civ. 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199; Civ. 3^e, 11 mai 2011, n° 10-12.875; Com. 13 sept. 2011, n° 10-19.526.

⁹⁴ Cette sanction n'est pas exclusive d'une demande de dommages et intérêts.

⁹⁵ La jurisprudence juge que la révocation d'une promesse unilatérale de vente pendant le délai d'option fait obstacle à la conclusion du contrat, le promettant ne pouvant être condamné qu'à des dommages et intérêts: Civ. 3^e, 11 mai 2011, D. 2011.1457, note Mazeaud; Com. 13 sept. 2011, *RTD civ.* 2011.759.

⁹⁶ Cf. Ch. mixte, 26 mai 2006, D. 2006.1861, note Gautier.

contractants de nouvelles prérogatives leur permettant d'anticiper le contentieux lié à l'inexécution contractuelle ou de le régler unilatéralement sans passer par le juge.

II. La progression du pouvoir de la volonté unilatérale sur fond d'efficacité économique.

La montée de l'unilatéralisme est significative dans l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Le nouvel article 1217, qui regroupe l'ensemble des règles relatives à l'inexécution contractuelle, accorde une large place au pouvoir de la volonté unilatérale. Aux termes de cet article, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté ou l'a été imparfaitement peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;
- solliciter une réduction du prix ;
- provoquer la résolution du contrat ;
- demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Le dernier alinéa de cet article précise que ces remèdes, qui ne sont pas incompatibles, peuvent être cumulés, les dommages et intérêts pouvant toujours s'y ajouter. Il n'y a donc pas de hiérarchie entre les différentes sanctions.

L'article 1217, qui liste les cinq sanctions à la disposition du créancier d'une obligation inexécutée, est manifestement animé par les différents codes d'unification du droit des contrats et plus particulièrement des *Principes du droit européen du contrat*⁹⁷. Cette conception qui envisage de manière globale et unitaire les différents moyens mis à la disposition des parties en cas d'inexécution est tirée de la *Common Law* et détonne avec la tradition juridique française qui envisage de façon éparse et incomplète les

⁹⁷ Cf. PDEC, art. 8 : 101.

différentes sanctions de l'inexécution⁹⁸. Reprenons les dispositions spécifiques à chaque sanction de l'inexécution⁹⁹.

A. L'exception d'inexécution.

Les articles 1219 et 1220 de l'Ordonnance consacrent l'exception d'inexécution¹⁰⁰. Le premier texte, reprenant une jurisprudence classique¹⁰¹, admet qu'une partie puisse suspendre l'exécution de son obligation, alors même que celle-ci est exigible¹⁰², si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave. La condition de gravité du manquement fera l'objet d'un contrôle judiciaire *a posteriori*¹⁰³. Conformément aux conditions de fond posées par la jurisprudence¹⁰⁴, l'exception d'inexécution suppose en outre qu'il y ait une proportionnalité entre les obligations inexécutées, le créancier ne pouvant suspendre l'exécution de son obligation principale si le débiteur a seulement méconnu une obligation accessoire. Il doit par ailleurs s'agir d'obligations réciproques nées du même contrat ou de contrats distincts mais ayant un lien entre eux.

L'article 1220 est plus original. Dans la lignée du projet Terré et des codes du droit harmonisé des contrats¹⁰⁵ mais aussi de la *Convention de*

⁹⁸ À noter que l'Ordonnance définit en son article 1218 la force majeure en envisageant ses conséquences. Actant du droit positif, le critère de l'extériorité a disparu (*cf.* Ass. Plén. 14 avr. 2006, n° 04-18902 et n° 02-11168) au profit des seuls critères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. La formule des principes Unidroit et des PDEC est plus souple. Les articles 7.1.7 des principes Unidroit et 8.108 des PDEC exigent l'extériorité tout en précisant que le débiteur ne devait pouvoir raisonnablement prévoir cet événement et raisonnablement en éviter ses effets.

⁹⁹ L'Ordonnance consacre cinq sous-sections relatives aux différentes sanctions de l'inexécution.

¹⁰⁰ En ce sens, voir aussi : PDEC, art. 9 : 201 ; Principes Unidroit, art. 7.1.3.

¹⁰¹ Pour la vente : C. civ., art. 1612 et pour l'échange : C. civ., art. 1704. La jurisprudence a étendu l'exception d'inexécution à tous les contrats synallagmatiques.

¹⁰² Le créancier ne peut opposer l'exception d'inexécution au débiteur qui dispose d'un terme pour exécuter son obligation.

¹⁰³ L'usage abusif de l'exception d'inexécution pourra constituer une faute susceptible d'engager la responsabilité contractuelle de son auteur.

¹⁰⁴ Sur les conditions de l'exception, voir : Com. 29 janv. 2013, *Contrats, conc., consom.* 2013.comm. n° 74.

¹⁰⁵ PDEC, art. 9 : 201 ; Principes Unidroit, art. 7.1.3.

*Vienne sur la vente internationale de marchandises*¹⁰⁶, il admet la possibilité pour le créancier d'opposer une exception d'inexécution par anticipation pour inciter le débiteur à s'exécuter. Selon le texte, une partie peut, avant toute inexécution, suspendre l'exécution de sa prestation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Le mécanisme est subordonné à un formalisme, la « suspension devant être notifiée dans les meilleurs délais ». Le nouveau droit français est toutefois moins audacieux que les codifications privées visant à l'élaboration d'un droit commun des contrats en ce sens où est exigé, comme condition de mise en œuvre à l'exception d'inexécution anticipée, un risque manifeste d'inexécution à l'échéance, alors que les PDEC ou les principes Unidroit se suffisent d'un risque raisonnablement prévisible d'inexécution. Aux termes des articles 8: 105 des PDEC et 7.3.4 des principes Unidroit, lorsque le créancier peut raisonnablement suspecter une inexécution essentielle, il peut exiger « des assurances » de bonne exécution et peut suspendre l'exécution de ses propres obligations jusqu'à l'obtention de telles assurances¹⁰⁷.

L'exception d'inexécution, qui peut être invoquée en dehors de toute intervention judiciaire, est un moyen de défense provisoire qui permet au créancier de ne pas exécuter son obligation tant que le débiteur n'a pas lui-même proposé d'exécuter la sienne. Si le débiteur ne cède pas à la contrainte, le créancier pourra recourir à des moyens de pression plus radicaux en sollicitant du juge une réduction du prix.

B. La réduction du prix.

L'Ordonnance du 10 février 2016, se fondant sur le droit harmonisé des contrats, introduit une nouveauté en admettant la possibilité pour le créancier de réduire unilatéralement le prix lorsque le contrat est mal exécuté¹⁰⁸. Aux termes de l'article 1223 « Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une

¹⁰⁶ CVIM, art. 71.

¹⁰⁷ Il s'agit de garanties comparables aux mesures conservatoires connues en droit français.

¹⁰⁸ Sur la réduction du prix, voir: Pauline RÉMY-CORLEY, « La réduction du prix », dans François TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2009, p. 267.

réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore payé, il doit notifier sa décision dans les meilleurs délais.» Ce mécanisme n'est pas inconnu du droit français, l'article 1644 de l'actuel Code civil prévoyant que l'acheteur victime d'un vice caché puisse demander une réduction du prix (action estimatoire). L'article 50 de la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises* (CVIM) admet également le procédé. L'Ordonnance ne fait donc que généraliser le processus appliqué à l'origine aux seuls contrats de vente. Est ainsi admise l'idée que le créancier puisse revenir unilatéralement sur la parole donnée en remettant en cause la force obligatoire du contrat mais la révision partielle du contrat – soit la réduction du prix – doit être proportionnelle à la gravité de l'inexécution. Le créancier devra préalablement avoir mis en demeure le débiteur d'exécuter parfaitement son obligation. Il devra ensuite, dans les meilleurs délais, notifier à son débiteur sa décision de réduire le prix, s'il n'a pas encore payé. S'il a déjà payé le prix, il demandera remboursement au débiteur à hauteur de la réduction de prix opposée.

La réduction directe de prix ne peut être mise en œuvre que lorsque l'inexécution est imparfaite autrement dit partielle. Lorsqu'elle est totale, l'inexécution ne peut conduire qu'à la résolution.

C. La résolution du contrat.

Il s'agit là du remède le plus radical. Dans une sous section intitulée «La résolution», l'Ordonnance du 10 février 2016 prévoit que la résolution peut être obtenue par la mise en œuvre d'une clause résolutoire, par une notification unilatérale du créancier ou par une décision judiciaire.

La résolution du contrat pour inexécution est en théorie judiciaire. Le principe de la force obligatoire du contrat s'oppose à ce que le contrat puisse être anéanti unilatéralement par l'une des parties. Cependant, la jurisprudence récente admet un principe de résolution générale du contrat en cas de manquement grave de l'autre partie. Dans un arrêt en date du 13 octobre 1998, la Cour de cassation a pu effectivement juger que «la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls¹⁰⁹» peu important «que le contrat soit à durée déterminée ou non¹¹⁰». L'Ordonnance

¹⁰⁹ Cf. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, D. 1999.197, note Jamin.

¹¹⁰ Cf. Civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, D. 2001.1568, note Jamin.

consacre cette faculté mais va plus loin puisqu'aux côtés de la résolution judiciaire prévue aux articles 1227 et 1228, elle introduit la résolution unilatérale par notification. Inspiré par les codifications privées d'harmonisation¹¹¹, le nouvel article 1224 prévoit que «La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire, soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.» Ainsi, désormais, même en l'absence de clause résolutoire, une partie pourra mettre fin au contrat de manière unilatérale en cas de défaillance de son cocontractant. L'idée sous jacente du texte est de permettre au créancier de sortir d'un contrat mal exécuté sans attendre l'intervention du juge. La condition d'inexécution grave est tirée de la bonne foi et de la sécurité des transactions. Mais l'objectif d'efficacité économique du droit n'implique pas de renoncer à la protection du débiteur, le créancier ne devant pas pouvoir sortir du contrat à la moindre incartade du débiteur. Aussi, au préalable, le créancier doit, sauf urgence, sommer le débiteur d'exécuter son obligation dans un délai raisonnable en mentionnant «expressément» qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son engagement, le créancier sera en droit de résoudre le contrat¹¹². La résolution doit donc être précédée d'une mise en demeure préalable du débiteur d'exécuter le contrat. Si l'inexécution persiste, le créancier doit adresser au débiteur une notification motivée de la résolution¹¹³. Le contrat est résolu à la date de sa réception¹¹⁴.

Tout comme le droit européen, l'article 1226 alinéa quatrième de l'Ordonnance instaure un contrôle du juge *a posteriori*, le débiteur pouvant le saisir à tout moment pour contester le bien fondé de la résolution. C'est au créancier de prouver la gravité de l'inexécution, la résolution unilatérale intervenant à ses «risques et périls». Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation n'étant pas tenu de prononcer la résolution, le nouvel article 1228 lui permettant, selon les cas, soit de la constater ou de la prononcer – il la réservera aux seules inexécutions les plus graves – soit de condamner le débiteur à exécuter le contrat en lui accordant éventuellement un délai. Le juge garde le pouvoir d'allouer des dommages et intérêts en cas d'inexécution fautive ayant causé un préjudice au créancier.

¹¹¹ Voir: Principes Unidroit, art. 7.3.1 et 7.3.2; PDEC, art. 9: 301 et suiv.

¹¹² Cf. Ordonnance, art. 1226 al. 2.

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ Cf. Ordonnance, art. 1229 al. 2.

S'agissant des contrats à durée indéterminée l'Ordonnance – écartant les engagements perpétuels¹¹⁵ – admet dans son article 1211 que chacune des parties dispose d'une faculté de résiliation unilatérale sous réserve de respecter un délai de préavis. Le Projet de Chancellerie de 2015 mentionnait la limite de l'abus qui n'est pas reprise par le nouveau texte. Quoiqu'il en soit, le juge n'exercera qu'un contrôle *a posteriori* des motifs de la rupture, la responsabilité du contractant auteur de la résiliation unilatérale ne pouvant être engagée qu'en cas d'abus.

L'Ordonnance consacre enfin les clauses résolutoires de plein droit tout en les subordonnant à un certain formalisme. Ces clauses ont pour avantage de chasser l'aléa qui pèse sur le sort du contrat du fait de l'appréciation judiciaire quant à la gravité du manquement. Selon l'article 1225, la clause résolutoire désigne les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. La clause doit donc préciser l'évènement qui conduit à la résolution de plein droit. L'alinéa deuxième régit l'exercice de ces clauses en opérant une distinction. S'il a été convenu que la résolution résulterait du seul fait de l'inexécution, la résolution est acquise au créancier sans la délivrance préalable d'une mise en demeure, par la seule réception par le débiteur de la notification faite par le créancier. L'article 1225 prend le contrepied de la jurisprudence qui décide que la clause résolutoire de plein droit « ne peut être acquise au créancier sans la délivrance préalable d'une mise en demeure restée sans effet »¹¹⁶. Dans le cas inverse, la notification de la résiliation doit avoir été précédée d'une mise en demeure restée lettre morte mentionnant expressément la clause résolutoire. Dans les deux cas de figure, le créancier doit notifier la mise en œuvre de la clause résolutoire.

S'agissant des effets de la résolution, l'Ordonnance, influencée par les codes d'harmonisation du droit des contrats¹¹⁷, rompt avec les solutions de droit positif. Selon l'article 1229 al. 2, la résolution prend effet selon les cas, soit à la date prévue par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice.

¹¹⁵ Ordonnance, art. 1210.

¹¹⁶ Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, *Contrats, conc. consom.* 2004.comm. 55, obs. Leveneur.

¹¹⁷ PDEC, art. 9 : 305 ; Principes Unidroit, art. 7.3.5. Ce dernier prévoit que « La résolution du contrat libère pour l'avenir les parties de leurs obligations respectives. »

La résolution n'a donc plus d'effet rétroactif¹¹⁸. L'article 1230 prévoit en outre l'autonomie fonctionnelle de certaines clauses qui survivent à la résolution du contrat¹¹⁹. Il en est ainsi des clauses relatives aux règlements des différends (qu'il s'agisse de clause compromissoire ou de clause attributive de juridiction) et des clauses destinées à produire effet même en cas de résolution, telle que les clauses de confidentialité, de non concurrence ou les clauses pénales.

*
* * *

L'ambition portée par la réforme est, outre la sécurité juridique, de promouvoir la justice contractuelle mais sans nuire pour autant aux échanges économiques. Le rôle donné au juge est prépondérant. Les concepts de dépendance en termes de violence économique, de déséquilibre significatif en matière de clause abusive ou de coût manifestement disproportionné en matière d'exécution forcée lui offrent des supports solides pour réaliser un contrôle de l'équilibre contractuel au nom de la justice sociale. Ces concepts introduisent cependant une analyse économique du droit et, de cette large marge d'appréciation laissée au juge résultera une incertitude sur le sort du contrat gênante pour les praticiens et, qui va à l'encontre de l'impératif de sécurité juridique voulu par les auteurs de la réforme. Mais pour répondre à l'impératif d'efficacité économique, la réforme fait aussi une large place au pouvoir de la volonté unilatérale, que ce soit dans la détermination du prix, dans l'exception d'inexécution ou dans la mise en œuvre de la résolution du contrat tendant ainsi sous l'impulsion contractuelle européenne et internationale à renouveler la conception classique du principe de la force obligatoire du contrat.

Et quid de la responsabilité civile? La réforme du droit des contrats et des obligations la déplace aux articles 1240 à 1245-17. Le droit de la responsabilité civile, qui repose actuellement sur cinq articles du Code civil, inchangés depuis 1804, devrait faire l'objet d'une future réforme globale

¹¹⁸ Les restitutions sont traitées au troisième alinéa de l'article 1229 et n'ont lieu que lorsque les prestations échangées n'avaient d'utilité qu'en cas d'exécution complète du contrat résolu.

¹¹⁹ Voir: PDEC, art. 9: 305; Principes Unidroit, art. 7.3.5.3.

qui détaillera les dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle et celles propres à chacun de ces deux régimes¹²⁰.

¹²⁰ La réforme de la responsabilité civile a été annoncée en février 2015.

