
La lettre de France



La lettre de France

La réforme du droit français
des contrats en pratique :
les exemples symptomatiques donnés
par la Chancellerie

*Kouroch BELLIS**

* Chercheur contractuel à l'Université Panthéon-Assas (Sorbonne – Paris), LL.M. Droit privé général (Université Panthéon-Assas), LL.M. Histoire du droit (Université Panthéon-Assas), École de droit de Paris (Université Panthéon-Assas). Rédigeant actuellement une thèse de doctorat portant sur l'obligation naturelle, l'auteur de cette *Lettre de France* a enseigné le droit des contrats dans son université.

Plan de la lettre

Introduction	253
I. L'achat d'un meuble non livré	254
II. L'achat sans information préalable d'un appartement à la vue bientôt obstruée	258
III. La vente de droits d'auteur par un salarié menacé de licenciement	258
IV. La location estivale d'appartement menacée de changement de date	260
V. L'acheteur d'une maison incertain quant à l'existence d'un pacte de préférence	263
VI. Le boulanger fournisseur de pain et l'augmentation brutale du prix du blé	265
VII. L'assistance informatique défectueuse d'une entreprise	266
VIII. La cuisine construite avec du matériel de moindre qualité que contractuellement prévu	269

1. Revenir en détail sur la réforme du droit des contrats nécessiterait des développements sans doute trop longs et trop polémiques pour une revue juridique. Par ailleurs, nombre de publications¹ rendent compte de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations² qui devrait entrer en vigueur le 1^{er} octobre 2016 sous réserve de ratification parlementaire conforme³.

2. Le communiqué de presse du ministère de la Justice (la Chancellerie)⁴ et le compte rendu du Conseil des ministres⁵ à l'occasion de la réforme ont cependant suscité une moindre attention. Or, il est tout à fait intéressant de constater que le Gouvernement a voulu être pédagogue et montrer ce que la réforme apporte concrètement aux entreprises et aux particuliers. Dans le communiqué de presse de trois pages, une d'entre elles introduit la réforme censée mettre en place des règles « pragmatiques »⁶, puis deux sont consacrées aux « [d]étails de la réforme ». Chaque évolution qui a paru notable au ministère est alors reprise, systématiquement accompagnée d'au moins un « cas concret » illustrant les avantages de la réforme. La plupart de ces cas avaient été présentés la veille en Conseil des ministres, c'est-à-dire devant le Président de la République, le Premier Ministre et

¹ La bibliographie sur le sujet est amenée à être très importante. Rappelons simplement ici que la *Revue des contrats* lui a consacré un numéro spécifique (« La réforme du droit des contrats: quelles innovations? », RDC 2016.Hors série du 1^{er} avril 2016) et les revues *Droit et patrimoine* (2016.mai) et *Contrats Concurrence Consommation* (2016.mai.dossier consacré à la réforme) un dossier spécial.

² *Ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, J.O. 11 fév. 2016, en ligne: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>> (consulté le 15 juin 2016).

³ Du fait de la relative incertitude sur l'entrée en vigueur de ces dispositions précises, la version du texte avant la réforme sera désignée, ci-après, « C. civ. 1804 » et la version de l'ordonnance sera désignée, ci-après, « C. civ. Ord. ».

⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, communiqué, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations » (11 février 2016), en ligne: <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_Communique_presse_droit_contrats_02_2016.pdf> (consulté le 15 juin 2016) (ci-après « Communiqué de presse »).

⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », compte rendu du Conseils des ministres, 10 février 2016, Paris, en ligne: <<http://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2016-02-10/reforme-du-droit-des-contrats-du-regime-general-et-de-la-pre>> (consulté le 15 juin 2016).

⁶ Communiqué de presse, préc., note 4, p. 1.

l'ensemble des membres du Gouvernement. La réforme a donc été comprise et adoptée à partir de cette présentation qui s'appuie sur des cas concrets censés mettre en lumière ses éléments les plus saillants.

3. Cette approche pragmatique étant tout à fait judicieuse, je reviendrai sur chaque exemple pratique donné par le communiqué de presse⁷. Ce sera une merveilleuse manière de dépeindre ce que signifiera cette réforme en pratique et de se demander ce que vaudra un contrat soumis au droit français à partir du 1^{er} octobre 2016.

I. L'achat d'un meuble non livré

4. Le Chancellerie commence par un peu d'angélisme :

La réforme rendant le droit accessible, chacun pourra facilement savoir ce qu'il peut faire lorsqu'il rencontre une difficulté liée à un contrat.

Cas concret : j'ai acheté un meuble sur LeBonCoin⁸, et le vendeur refuse de me le livrer. En lisant le code civil, je saurai que j'ai le droit de ne pas le payer tant qu'il ne m'a pas livré et que j'ai le droit d'exiger qu'il me livre ce qu'il a promis, sans pouvoir m'imposer de me donner de l'argent à la place.⁹

5. Le nouveau droit des contrats serait donc devenu beaucoup plus lisible.

Concernant l'exception d'inexécution, il est vrai que le nouveau titre III du livre III du Code civil mentionne explicitement cette institution alors qu'elle était absente des anciens articles. C'est la moindre des choses puisque ce mécanisme est aujourd'hui fondamental, mais c'est tout de même une réelle amélioration.

Cependant, l'exemple pratique est spécialement mal choisi. En effet, il est bien évident que dans une vente à distance, ou même avec contact non télématique, le prix est toujours payé avant que la livraison ne se fasse. D'autant plus que le site donné en exemple ne sert absolument pas d'in-

⁷ Je ne mentionnerai donc pas ce qui est présenté comme des « cas concrets » au sujet de la preuve numérique et de la cession de créance, puisqu'il s'agit en réalité d'expliquer ces règles en utilisant le terme « entreprise » et non de donner des cas réellement concrets. Ce procédé est d'ailleurs justifié par la trivialité dont de tels exemples réellement pratiques seraient affectés, il ne s'agit donc pas ici d'une critique.

⁸ Il s'agit d'un site privé de petites annonces, étonnement nommé.

⁹ Communiqué de presse, préc., note 5, p. 2.

termédiaire au paiement : la somme est directement encaissée par le vendeur. De la part de l'acheteur, il n'y a donc pas d'exception d'inexécution qui vaille. Pour une réforme qui se voulait connectée avec la réalité, cela commence mal.

6. Concernant l'exécution forcée en nature, le caractère plus lisible du nouveau droit des contrats peut être remis en question et, surtout, je ne vois pas en quoi cette réforme garantira mieux la sécurité juridique dans une telle opération de vente.

Concernant la lisibilité, le célèbre premier alinéa de l'article 1134 originel prévoyant la force obligatoire des contrats¹⁰ a été repris presque à l'identique par l'article 1103 prévu par l'ordonnance¹¹. Quant à l'exécution forcée en nature précisément, l'ancienne formulation était limpide : « La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. »¹² Tandis que les articles 1217 et 1221 et suivants prévus par l'ordonnance traitent systématiquement de l'« exécution forcée en nature » sans être plus explicites quant à cette expression quelque peu technique. D'un autre côté, il est vrai que notre acheteur retrouvera plus facilement les dispositions du nouveau droit, peut-être parce que l'article 1103 prévu par l'ordonnance figure parmi les dispositions préliminaires, mais surtout parce que les dispositions relatives à l'exécution forcée en nature sont regroupées dans une sous-section explicitement consacrée à cette question, alors que la phrase que j'ai citée est une règle incidente au sein d'un article et d'un paragraphe relatifs à la résolution pour inexécution.

Le droit antérieur à la réforme est encore plus confus dans ses sections traitant directement des effets des obligations. Il divise en effet l'« obligation de donner » (section II du chapitre III) de l'« obligation de faire ou de ne pas faire » (section III du chapitre III) et explique que, dans le premier cas, il faut « livrer la chose »¹³ alors que, dans le second, seuls des dom-

¹⁰ C. civ. 1804, art. 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

¹¹ C. civ. Ord., art. 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »

¹² C. civ. 1804, art. 1184.

¹³ C. civ. 1804, art. 1136.

mages et intérêts peuvent être demandés¹⁴. Dans le cas concret présenté par la Chancellerie, l'acheteur aurait naturellement été amené à croire qu'il se trouve dans la seconde situation et donc qu'il n'a droit qu'à des dommages et intérêts.

Encore une fois, ces améliorations sont la moindre des choses par rapport à un texte qui date de 1804 et qui, formellement, partait de rien alors que tout le droit civil était à établir, mais elles sont réelles.

7. Par contre, si l'on suit la lecture qu'aura l'acquéreur du meuble, rien ne va plus. En effet, juste après l'article 1103 du Code civil, figurera l'article 1104 qui disposera :

Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public.¹⁵

À première vue, au sujet de la « formation de bonne foi », la réforme ne fait que reprendre, dans un mauvais français, la jurisprudence française qui a étendu le devoir de bonne foi aux négociations précontractuelles. Et nous serions proches de l'article 1375 du *Code civil du Québec* qui dispose de manière beaucoup plus élégante : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction. »¹⁶ Cependant, l'article 1104 du Code civil traite déjà explicitement des négociations, la formation se situe donc en aval de celles-ci, il s'agit d'autre chose. À lire strictement l'article, la bonne foi dans la formation d'un contrat concerne donc les termes mêmes de ce contrat : c'est bien le contrat lui-même qui devra être « construit » conformément à la bonne foi.

Imaginons alors, dans notre cas d'espèce, que le vendeur découvre que le prix auquel il a fixé son meuble était trop bas, et que l'acheteur le savait bien puisque sur son site privé, il annonce qu'il arrondit ses fins de mois à travers une activité d'achat-vente de meubles. Le contrat aurait-il été formé de bonne foi ? Ou bien supposons qu'il y a eu inspection préalable du meuble¹⁷, qu'il y avait inscrit sur le meuble le nom de la famille de

¹⁴ *Id.*, art. 1142.

¹⁵ C. civ. Ord., art. 1104.

¹⁶ C.c.Q., art. 1375.

¹⁷ Cela est courant pour les achats conclus à travers le site en question.

l'acheteur et donc que du fait de cette valeur sentimentale, l'acheteur aurait été prêt à payer bien plus cher. Le contrat aurait-il été formé de bonne foi? En somme, avec cette nouvelle disposition, il y aurait une multitude de situations dans lesquelles on pourrait remettre en cause le caractère juste du prix et, en l'espèce, notre pauvre acheteur aura bien du mal à obtenir son meuble face à ce désordre législatif.

La jurisprudence pourrait prendre la relève et être ferme quant à ces revendications afin de les faire cesser, me direz-vous. Peut-être (je dis bien «peut-être»), mais il faudra attendre dix ou vingt ans avant que la jurisprudence ne se fixe réellement¹⁸. Espérons donc que l'achat ait été effectué vers 2035! Par ailleurs, il est dommage qu'une réforme, censée clarifier les choses, appelle d'emblée à des précisions jurisprudentielles... Enfin, même si la jurisprudence se fixe de manière ferme, encore faut-il que l'acheteur soit au courant. Le Code civil doit être un outil de pacification, c'est-à-dire qu'il doit permettre de faire cesser un litige avant même qu'il ne naisse par la solution claire qu'il donne par avance à cet éventuel litige. Ou, dans le cas où un litige est déjà né, cette pacification signifie la résolution immédiate de ce litige, avant toute procédure contentieuse, grâce à la limpidité des dispositions du Code civil. Nous sommes ici loin du compte.

8. Quant au nouvel article 1221¹⁹, prévoyant l'exécution forcée en nature, il pourra très largement pousser le vendeur à aller jusqu'au procès du fait de la seconde exception qu'il prévoit. J'y reviendrai à la fin de cette étude²⁰, à l'occasion d'un autre exemple concret donné par la Chancellerie.

9. La Chancellerie avait raison de vouloir créer un droit qui soit lisible en plus d'être techniquement efficace. Si le citoyen a conscience de l'efficacité du droit des contrats, qui lui paraîtrait alors limpide, les problèmes survenant à l'occasion de la relation contractuelle se résoudraient d'eux-mêmes et les tribunaux ne seraient pas inutilement encombrés. Cependant, la somme de règles floues insérées dans le droit français des contrats ne va manifestement pas dans ce sens.

¹⁸ «Plusieurs dizaines d'années» estimait le Pr. Olivier TOURNAFOND, «Les mauvais penchants de la réforme du droit des contrats», *Droit et patrimoine* 2015.51.

¹⁹ C. civ. Ord., art. 1221.

²⁰ *Infra*, VIII.

II. L'achat sans information préalable d'un appartement à la vue bientôt obstruée

10. En réalité, la Chancellerie vante elle-même les mérites de l'article 1104 prévu par l'ordonnance en écrivant ceci :

La réforme consacre la notion de bonne foi à tous les stades de la vie du contrat, y compris au moment de sa formation.

Cas concret : j'achète un appartement avec vue sur mer ; si le vendeur sait, et que je n'ai pas raisonnablement les moyens de savoir, qu'un immeuble va être construit, bouchant la vue, il doit me le dire.²¹

Pendant, en réalité, dans un tel cas, l'acheteur sera bien plus avisé d'invoquer l'article 1112-1 prévu par l'ordonnance, qui prévoit en son premier alinéa :

Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.²²

Il est étrange, voire inquiétant, de constater que la Chancellerie ne maîtrise pas ses propres textes, écrits par ordonnance, donc au sein de bureaux ministériels. Dans le cas concret présenté, nul besoin de recourir au concept de bonne foi.

III. La vente de droits d'auteur par un salarié menacé de licenciement

11. La Chancellerie veut se montrer au service des petites gens et écrit :

La réforme protège le contractant le plus faible, en sanctionnant par la nullité du contrat l'abus de l'état de dépendance d'une partie.

Cas concret : je cède mes droits d'auteur à l'entreprise qui m'emploie, dans la crainte d'une compression de personnel que mon employeur m'a annoncée ; je pourrai faire annuler cette cession.²³

²¹ Communiqué de presse, préc., note 4, p. 2.

²² C. civ. Ord., art. 1111-2, al. 1.

²³ Communiqué de presse, préc., note 4, p. 2.

Encore une fois, la Chancellerie ne semble pas maîtriser son sujet. Elle raisonne en effet selon la version de 2015 de l'ordonnance, qui prévoyait :

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.²⁴

Cependant, sous la pression des commentateurs, le texte est devenu :

Il y a également 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 excessif.²⁵

Nous voyons que le nouveau texte a réinséré la condition de l'avantage manifestement excessif, présent dans les avant-projets ayant précédé l'élaboration par la Chancellerie de son propre projet²⁶. Sans cette condition supplémentaire, le risque était que tout contrat conclu dans une situation de dépendance ou de nécessité soit remis en cause. Or, c'est bien ainsi que raisonne la Chancellerie : il suffit, selon elle, que le salarié ait craint d'être licencié pour que le contrat soit nul. Or, il serait injuste qu'un tel contrat soit nul si les droits d'auteur avaient été négociés de bonne foi et pour un prix raisonnable.

²⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, *Projet d'ordonnance du 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 15 juin 2016), art. 1142.

²⁵ C. civ. Ord., art. 1143.

²⁶ Il s'agit de l'article 1114-3 de l'Avant-projet Catala : Pierre CATALA (dir.) et MINISTÈRE DE LA JUSTICE DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, *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, art. 1114-3 :

Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif.

et de l'article 66 du Rapport Terré sur le droit des contrats : François TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2008 :

Toutefois, lorsqu'un contractant, en l'exploitation de l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou de sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel.

Le communiqué de presse²⁷ montre donc une fois de plus que la Chancellerie ne maîtrise pas ce qu'elle a produit, mais, pour une fois, il se trouve que la réforme fait mieux que ce que présente la Chancellerie, réjouissons-nous-en.

IV. La location estivale d'appartement menacée de changement de date

12. La frayeur quant au niveau de maîtrise de la technique contractuelle par la Chancellerie continue d'être suscité avec l'exemple suivant :

Un dispositif de lutte contre les clauses abusives dans les contrats d'adhésion est introduit.

Cas concret. : j'ai loué un appartement pour mes vacances sur Airbnb, et le contrat permet au propriétaire de l'appartement de changer la période de location à n'importe quel moment, sans mon accord et sans indemnité. Grâce à la réforme, je pourrai demander au juge de supprimer cette clause.²⁸

« Le contrat » est ainsi visé par la Chancellerie, mais lequel ?

13. Reprenons l'article 1110, al. 2 prévu par l'ordonnance, qui définit le contrat d'adhésion :

Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.²⁹

Et l'article 1171, al. 1 prévu par l'ordonnance ajoute :

Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.³⁰

La question est alors celle de savoir si vraiment, dans ce cas, l'une des parties détermine à l'avance les conditions générales du « contrat ». Il faut alors s'en remettre aux conditions générales du site, qui prévoient, en lettres capitales :

²⁷ Communiqué de presse, préc. note 5.

²⁸ *Id.*, p. 2.

²⁹ C. civ. Ord., art. 1110, al. 2.

³⁰ *Id.*, art. 1171, al. 1.

Le site, l'application et les services constituent une plateforme en ligne sur laquelle les hôtes peuvent créer et publier des annonces pour des hébergements que les voyageurs peuvent consulter pour obtenir des informations ou pour réserver lesdits hébergements directement auprès des hôtes. Vous comprenez et acceptez qu'Airbnb n'est partie à aucun accord passé entre les hôtes et les voyageurs, et qu'elle n'a pas la qualité de courtier en immobilier, d'agent immobilier ou d'assureur. [...]

Si vous décidez de publier une annonce sur Airbnb, vous comprenez et acceptez que votre relation avec Airbnb est limitée à être un membre et un co-contractant tiers indépendant, et non un employé, agent, co-entrepreneur ou partenaire d'Airbnb pour quelque raison que ce soit, et vous agissez exclusivement en votre nom et pour votre propre bénéfice, et non au nom ou pour le bénéfice d'Airbnb.³¹

Et ces conditions générales insistent par ailleurs sur le fait que les hôtes sont responsables de leur annonce et peuvent fixer eux-mêmes des conditions (comme la présence d'une photographie sur le profil utilisateur du voyageur souhaitant réserver le logement), que les voyageurs peuvent les contacter et qu'il revient ensuite à chacun de contracter par l'intermédiaire du site en question. En somme, Airbnb ne fait que mettre en relation des gens qui contractent eux-mêmes. Trois contrats sont alors passés : chacun des utilisateurs (hôte et voyageur) contracte avec Airbnb en vue de l'utilisation du site et les deux utilisateurs contractent ensemble. À quel contrat la Chancellerie fait-elle donc référence dans son exemple ?

14. Si elle désigne, comme cela semble être le cas, le contrat conclu entre le voyageur et Airbnb, certes celui-ci n'a pas été négocié et a été déterminé à l'avance par la société californienne, il s'agit donc bien d'un contrat d'adhésion. Mais, si Airbnb avait prévu que l'hôte a le droit de modifier la date du séjour, il ne s'agit pas de déséquilibre significatif entre les obligations du voyageur et ceux d'Airbnb. D'ailleurs, cette obligation d'accepter les changements de date ne serait pas due envers Airbnb. Les futures dispositions du Code civil relatives au contrat d'adhésion seraient donc hors sujet.

On peut aussi penser au contrat de location, même s'il est peu probable que la Chancellerie soit allée si loin dans le raisonnement. Alors, trois possibilités peuvent être envisagées. Ou bien l'hôte a écrit dans

³¹ En ligne : <<https://www.airbnb.fr/terms>> (consulté le 15 juin 2016).

l'annonce qu'il se réserve le droit de modifier la date de séjour. Alors, il ne s'agit pas de « conditions générales » et, bien que la clause n'ait pas été négociée, il serait difficile de dire qu'elle ait été « soustraite à la négociation » à partir du moment où le voyageur utilisateur du site pouvait contacter l'hôte. Ou bien encore, une telle clause se trouve dans les conditions générales du site. Dans ce cas, elle n'a pas été « déterminée à l'avance par l'une des parties » au contrat, conclu entre l'hôte et le voyageur. Ou bien enfin, Airbnb a laissé à l'hôte une option quant aux conditions générales, comme elle le fait pour les conditions d'annulation choisies à l'avance par l'hôte et applicables au voyageur qui réserve en connaissance de cause. Il faudrait alors imaginer qu'une des options soit que l'hôte puisse effectivement déplacer la date de séjour. Une telle clause serait-elle « déterminée » à l'avance par l'hôte ? La réponse positive est défendable. S'agirait-il de « conditions générales » ? À partir du moment où un tel choix serait inévitablement mis en exergue pour permettre au voyageur de savoir quelle option l'hôte a choisie, je plaiderais pour une réponse négative, mais il est vrai que l'inverse serait défendable, dans cette hypothèse, rappelons-le, totalement utopique.

15. Et c'est là le point le plus important : une telle clause dans un tel site est de l'ordre de l'utopie. Après tout, si quelqu'un veut se soumettre à de telles conditions, à partir du moment où il est informé, pourquoi pas³² ? Seulement, il est évident qu'en pratique, personne ne voudrait contracter dans une telle situation. En donnant un tel exemple, la Chancellerie fait donc une fois de plus l'aveu de sa déconnexion de la réalité. Dans une économie libérale, un site de mise en relation de particuliers à fin de location estivale d'hébergements ne peut fonctionner que s'il est efficace. Nous venons de voir que, techniquement, les clauses contractuelles en question ne pourraient vraisemblablement pas être remises en cause mais, économiquement, un site de location privée prévoyant un libre changement de date de la part de l'hôte ne serait absolument pas viable. La logique concurrentielle de l'économie libérale ferait qu'un autre site éclore aussitôt sans cette règle, et que voyageurs et donc hôtes utiliseraient ce site concurrent. C'est d'ailleurs bien pour cela qu'Airbnb prévoit, à rebours de l'exemple de la Chancellerie, des pénalités en cas d'annulations par l'hôte

³² Techniquement parlant, il ne saurait s'agir d'une condition potestative puisque l'obligation elle-même ne serait pas remise en cause par la simple volonté de l'hôte, seulement le moment de son exécution. Autrement dit, il ne s'agirait pas d'une condition potestative puisque l'obligation ne serait pas elle-même conditionnelle.

et une annonce publique précisant que la réservation a été annulée (section 9 E des conditions générales). Ainsi, les voyageurs seront au courant et pourront choisir librement sur le marché de la location estivale, en étant informés que réserver tel logement, c'est prendre le risque d'une annulation impromptue. Le marché doit être encadré, notamment dans certaines situations, mais il ne faut pas oublier qu'il a ses vertus. Et la Chancellerie montre par cet exemple qu'en plus de ne pas maîtriser la technique juridique, elle n'a pas compris la logique libérale qui doit gouverner le droit commun des contrats.

V. L'acheteur d'une maison incertain quant à l'existence d'un pacte de préférence

16. Le nouveau droit des contrats tel que prévu dans l'ordonnance fragilise le contrat : nous l'avons vu à travers l'exigence de bonne foi à la formation du contrat, mais nous le verrons aussi à travers d'autres exemples. Le ministère de la Justice prétend cependant tout à fait l'inverse dans son communiqué en donnant l'exemple d'un pacte de préférence :

L'ordonnance sécurise le contrat en instaurant par exemple des actions dites interrogatoires.

Cas concret : je m'apprête à acheter une maison, et j'entends dire que la personne qui me la vend avait promis à un voisin que s'il la vendait, il lui proposerait en premier de l'acheter. Je peux demander au vendeur de la maison de me le confirmer. S'il ne le fait pas dans un délai raisonnable, le voisin ne pourra pas contester la vente par la suite.³³

Si l'on y réfléchit, une telle règle détruit la force de tout pacte de préférence. En effet, si deux personnes veulent conclure une vente entre eux alors que le propriétaire a conclu un pacte de préférence, il suffira pour l'acheteur d'envoyer une lettre recommandée au propriétaire et que celui-ci ne réponde pas pour rendre la vente valide. Il s'agirait d'une violation directe du pacte de préférence, alors que l'acheteur en avait connaissance et donc que le bénéficiaire du pacte aurait eu le droit de se substituer à l'acheteur. Peut-être l'acheteur était-il de bonne foi, me direz-vous... Mais cela n'a aucun sens. Si une personne conclut avec une autre, surtout pour l'achat d'une maison, elles se rencontrent à un moment donné, au

³³ Communiqué de presse, préc., note 4, p. 2.

moins par l'intermédiaire de représentants. Quel serait le sens d'envoyer une lettre recommandée puis de ne plus en parler en l'absence de réponse et de signer le contrat, sinon d'éluider l'effet d'un pacte de préférence dont on connaît l'existence?

17. Mais rassurons-nous, la Chancellerie fait en réalité ici référence à l'article 1123 prévu par l'ordonnance, qui dispose :

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 déciderait de contracter.

Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu.

Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.

L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat.³⁴

Nous le voyons, c'est en réalité au bénéficiaire du pacte de préférence que le tiers peut s'adresser. Mais alors, le communiqué³⁵ jette le trouble : la demande en question doit-elle intervenir avant ou après que le contrat soit conclu ? Si c'est après, cette disposition n'a aucun intérêt, puisque le bénéficiaire se prévaut directement du pacte de préférence s'il le veut, le tiers sera vite fixé.

D'une manière générale, nous voyons le problème de la technique de l'ordonnance, rédigé dans des ministères sans discussion préalable et donc sans possibilité de comprendre ce qu'on a voulu dire à travers un texte. C'est d'autant plus vrai quand le texte en question a une sérieuse tendance à être mal rédigé, à ne pas être très bien pensé techniquement, ni même très bien compris par ses compilateurs-rédacteurs.

³⁴ C. civ. Ord., art. 1123.

³⁵ Communiqué de presse, préc., note 4, p. 2.

VI. Le boulanger fournisseur de pain et l'augmentation brutale du prix du blé

18. Le communiqué entend ensuite expliquer les mérites de la révision pour imprévision insérée dans l'ordonnance :

La réforme préserve la relation contractuelle, dans l'intérêt mutuel des parties, en ouvrant, dans les contrats de droit privé, une possibilité raisonnée d'adapter, prioritairement par la négociation, si nécessaire par voie judiciaire, un contrat que des bouleversements économiques imprévisibles rendraient économiquement intenable pour l'une des parties.

Cas concret : un boulanger qui a conclu un contrat de fourniture de pain à un certain prix à un restaurant, et qui se trouve confronté à une hausse brutale, imprévisible et durable du prix du blé, pourra exiger de son cocontractant une renégociation du contrat, et en cas de refus, obtenir du juge, soit qu'il rétablisse l'équilibre du contrat, soit qu'il y mette fin.³⁶

Cette question est tellement discutée qu'il n'y a pas lieu d'y revenir en détail. Disons simplement que la principale critique adressée à l'admission de la révision pour imprévision est que cette admission pousse les parties justement à l'imprévision au moment de la conclusion du contrat. Les parties seront d'autant moins attentives aux clauses contractuelles qu'on pourra remettre en cause son équilibre par la suite. En l'espèce, si le boulanger a eu connaissance du communiqué, il ne sera pas incité à insérer dans le contrat une clause prévoyant une révision du prix de la fourniture de pain en cas de hausse du prix du blé, il y aura de toute façon droit. Quel est l'effet pervers ? Puisque boulanger ne demandera pas à insérer cette clause, il pourra obtenir un meilleur prix et avoir une meilleure position dans la négociation contractuelle, puisqu'à défaut le restaurant demanderait une contrepartie à la clause précise déterminée par les parties. Alors qu'avec cette règle, le juge décidera sans que le risque de hausse du blé assumé par le restaurateur n'ait fait l'objet d'une contrepartie. Le boulanger est donc dans tous les cas gagnant à se taire, mais injustement peut-on penser...

19. Nous voyons ici le dommage économique qu'une telle règle crée. Imaginons que le restaurateur soit lui-même fournisseur, et que derrière lui une chaîne de sociétés achètent et revendent le pain (transformé). Est-il juste de faire subir le risque de la hausse du blé à tous les autres membres

³⁶ *Id.*, p. 3.

de la chaîne, du fait de l'absence de diligence voire de l'insouciance et peut-être même de l'avidité du boulanger à l'origine? D'autant plus qu'il faut se rendre compte qu'une hausse du prix n'est jamais réellement imprévisible : effectivement, la hausse en question peut ne pas être prévisible mais, d'une manière générale, nous savons que les cours du blé sont très volatiles et qu'une hausse brutale peut intervenir à tout moment. Aux parties donc de prendre leurs précautions, et spécialement au boulanger. Car qui de lui ou du restaurateur (ou de la société au bout de la chaîne) doit légitimement mieux connaître le marché du blé? Le boulanger bien sûr. Qui du boulanger ou, par exemple, d'un hôtelier proposant un petit-déjeuner (avec du pain naturellement) se doit le plus de se tenir informé du cours du blé? La réponse est évidente. Il est encore une fois injuste de faire subir au restaurateur, ou au non-spécialiste au bout de la chaîne, les conséquences d'un événement que le boulanger était beaucoup plus à même de prévoir.

20. D'ailleurs, dans ces conditions, un tel contrat a-t-il été «formé de bonne foi»? Il est difficile de répondre avant que la jurisprudence ne se fixe d'ici dix ou vingt ans, mais nous voyons que l'insertion simultanée en droit français de ces multiples règles qui, contrairement à ce que la Chancellerie veut faire croire, fragilisent le contrat crée un désordre juridique dont on ne connaît pas vraiment l'issue.

Alors que la Chancellerie vante la déjudiciarisation du contrat que sa réforme entrainerait, nous voyons qu'il s'agit de l'inverse. La cause en est peut-être justement sa déconnexion de la réalité et de la pratique. En tout cas, la Chancellerie montre une fois de plus qu'elle n'a pas compris la logique libérale du droit commun des contrats, dans lequel les opérateurs doivent se prendre en charge pour éviter de scléroser le marché et de provoquer des réactions en chaîne, dangereuses pour l'ensemble des opérateurs économiques. En l'espèce, elle croit défendre notre boulanger, mais elle ne lui rend pas service en le déresponsabilisant, d'autant plus que lui aussi devra alors assumer le risque de l'insouciance de son fournisseur n'ayant pas prévu la hausse de ses prix d'approvisionnement.

VII. L'assistance informatique défectueuse d'une entreprise

21. C'est principalement en ce qui concerne la résolution du contrat pour inexécution que la déjudiciarisation opèrerait :

Ce souci d'efficacité et de rapidité a aussi conduit à donner aux cocontractants de nouvelles prérogatives, leur permettant d'éviter un recours trop systématique au contentieux.

Cas concret: si le prestataire qui fournit une assistance informatique ne parvient pas à faire fonctionner correctement le réseau et intervient systématiquement avec une grande lenteur en cas de panne, l'entreprise pourra, si ces manquements graves au contrat persistent, y mettre fin sans avoir à passer devant le juge.³⁷

Il s'agit de la consécration d'une jurisprudence récente³⁸ permettant au créancier d'une obligation de mettre fin au contrat par voie de notification et hors l'intervention d'un juge à ses risques et périls³⁹, contrairement à ce que prévoit le Code civil⁴⁰. En cette matière, la déjudiciarisation est donc réelle, mais est-elle souhaitable? Nous ne trancherons pas ici théoriquement cette question délicate. Indiquons seulement qu'une récente thèse dédiée à la question avait tranché en faveur de la résolution judiciaire⁴¹.

22. Revenons donc simplement au cas concret présenté par la Chancellerie. À première vue, la règle créée paraît parfaite: une entreprise a besoin de partenaires efficaces, si un ne l'est pas, elle pourra s'en séparer sans avoir à engager une procédure longue et coûteuse. Le marché se trouverait donc libéré de plusieurs facteurs sclérosants: l'opérateur inefficace et une longue procédure. Cela permettrait alors à d'autres opérateurs plus efficaces d'intervenir directement et l'ensemble des opérateurs économiques y gagneraient.

Certes, mais le raisonnement a ses lacunes. Dans son exemple, la Chancellerie pose comme fait établi que l'assistance informatique est de mauvaise qualité mais, en pratique, qui sera juge de cela? Avec la nouvelle règle, qu'est-ce qui empêche alors l'entreprise qui reçoit l'assistance d'être de mauvaise foi? Imaginons qu'elle veuille passer un contrat plus avanta-

³⁷ *Id.*

³⁸ Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, *Bull. civ.* 1, n° 300; GAJC.181 (*Tocqueville c. Clinique des Ormeaux*).

³⁹ C. civ. Ord., art. 1226, al. 1, *in limine*: « Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. »

⁴⁰ C. civ. 1804, art. 1184, al. 3: « La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. »

⁴¹ Thomas GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, coll. « Thèses: Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2007.

geux avec un autre opérateur, il sera très facile pour elle de présenter des petites lacunes comme importantes et de procéder à une résolution extrajudiciaire. Ce serait alors au prestataire informatique d'engager une procédure longue et coûteuse pour faire valoir ses droits. Bien entendu, l'entreprise qui reçoit l'assistance sera d'autant plus dissuadée d'être de mauvaise foi que la jurisprudence sera stricte dans un second temps mais, outre le temps que la jurisprudence se fixe, il faudra prendre en compte la situation créée. Encore une fois, je n'ai pas d'avis tranché sur la question, je veux seulement montrer que la situation n'est pas, en règle générale, aussi angélique qu'elle en a l'air.

23. Dans certains cas particuliers cependant, une telle règle peut être particulièrement problématique. Dans l'exemple donné, imaginons que l'entreprise qui reçoit les services soit importante et puissante, tandis que l'entreprise d'assistance informatique soit petite, une jeune pousse (« start-up » en anglais). Une telle règle devient évidemment dangereuse pour la petite entreprise. En effet, elle offrirait à l'entreprise importante un moyen de pression pour imposer ses desiderata, puisque si la petite ne les accepte pas, il pourra être mis fin au contrat. Évidemment, la petite entreprise pourra saisir un juge, mais il faut déjà qu'elle existe encore, c'est-à-dire qu'elle n'ait pas fait faillite d'ici l'audience, qu'elle ait les moyens de construire un dossier et, d'une manière générale, que les dommages causés à son développement ne soient pas irréversibles, en ce qui concerne les investisseurs et la clientèle qui auront déjà eu tendance à fuir.

Il est assez ironique qu'une telle règle soit adoptée en France, où il est si difficile en règle générale de licencier un employé et où la fonction publique connaît un statut extrêmement protecteur. Et l'exemple donné montre une fois de plus une sorte d'aveuglement de la Chancellerie qui consiste à considérer toute personne (physique ou morale) dont elle se préoccupe à un instant donné comme la partie faible. Elle n'a manifestement pas compris la diversité que peut offrir la réalité derrière une même qualification juridique, ni que le droit *commun* des contrats vise justement à embrasser cette diversité pour laisser les cas spécifiques être traités par des ensembles spécifiques de règles. À cet égard, on peut se demander s'il n'aurait pas été plus judicieux, au minimum, de limiter la faculté de résolution extrajudiciaire aux contrats de consommation, d'adhésion, de distribution en somme aux situations dans lesquelles il y a manifestement une partie faible, au bénéfice de celle-ci.

VIII. La cuisine construite avec du matériel de moindre qualité que contractuellement prévu

24. Juste après l'exemple précédent, la Chancellerie illustre la règle peut-être la plus dangereuse de la réforme :

Ce souci d'efficacité et de rapidité a aussi conduit à donner aux cocontractants de nouvelles prérogatives, leur permettant d'éviter un recours trop systématique au contentieux.

[...]

Cas concret : un restaurateur fait installer une nouvelle cuisine ; il pourra se contenter d'un plan de travail de moindre qualité installé par erreur, en refusant de payer la totalité du prix initialement convenu plutôt que d'exiger une réinstallation complète.⁴²

A priori, si l'on suit le raisonnement de la Chancellerie, la nouvelle règle est parfaite pour le restaurateur. Il fait installer une cuisine mais, manque de chance, l'ouvrier a installé du matériel de moindre qualité. Au lieu de demander à ce que tout soit refait, et perdre du temps alors qu'il veut ouvrir vite son restaurant et faire connaître au public la délicieuse cuisine sicilienne, il peut tout simplement demander que le prix soit réduit à hauteur de la prestation fournie.

Pourtant, la réalité est autre. Relisons l'article 1221 prévu par l'ordonnance :

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.⁴³

Nous le voyons, la disproportion manifeste est une exception au *droit* à l'exécution forcée en nature. Autrement dit, dans notre cas d'espèce, contrairement aux dires de la Chancellerie, ce n'est pas que le restaurateur *pourra* se contenter du plan de travail de moindre qualité, mais qu'il *devra* s'en contenter. Parce qu'il n'y a absolument pas besoin de cette exception pour pouvoir s'en contenter en échange d'un moindre prix, cela a toujours

⁴² Communiqué de presse, préc., note 4, p. 3.

⁴³ C. civ. Ord., art. 1221.

été possible (avec l'accord de l'entrepreneur). Et il faut rappeler que cette disposition est de droit commun.

25. Imaginez-vous donc passer une commande de cuisine pour votre appartement. Finalement, la cuisine installée ne correspond pas à la commande. Bien sûr, il s'agissait d'une « erreur », nous dit angéliquement la Chancellerie ; une condition non présente dans les textes et, de toute façon, dont l'absence de réalisation est impossible à prouver. Eh bien, vous n'aurez *droit* qu'à compensation financière. Et même si vous souhaitiez une telle compensation pour éviter les tracas et gagner du temps, votre puissance de négociation sera évidemment bien plus faible, puisque vous n'aurez *droit* à rien de plus. Certains diront qu'il faut alors introduire les dommages et intérêts punitifs en droit français, mais voilà une autre institution hasardeuse qu'on introduirait en droit français avec un risque d'effets secondaires alors que la règle originelle de l'exécution forcée en nature sans exception lorsque c'est possible⁴⁴ convenait parfaitement. Par ailleurs, je ne vois pas vraiment l'intérêt de cette pirouette juridique et judiciaire qui aboutirait au même résultat. Il s'agirait en effet de dire que détruire la cuisine coûterait trop cher à l'entrepreneur alors que l'intérêt pour le créancier est considéré par le juge comme faible, donc le créancier n'aurait droit qu'à une réduction du prix, mais, du fait de la négligence fautive de l'entrepreneur, il aura droit à tout de même plus d'argent, avec lequel le créancier pourra faire reconstruire la cuisine. Et tout cela avec la nécessité de faire intervenir un juge. Autant directement donner une véritable force obligatoire au contrat et prévoir explicitement que l'entrepreneur doit respecter son engagement, quel qu'en soit le coût. Il fera plus attention la prochaine fois !

26. D'ailleurs, il paraît choquant de conférer aux juges la fonction de censeurs. Désormais, les juges expliqueront aux gens si vraiment l'intérêt qu'ils ont à l'exécution du contrat qu'ils ont conclu est important. Dans l'exemple donné, le juge explique en quelque sorte au restaurateur : « Vous n'avez qu'à vous contenter de cette cuisine qui vous convient très bien ! Vous êtes tout de même une personne très exigeante ! Cela vous apprendra à vivre plus simplement ! » En d'autres termes, on se fait juge des désirs des gens, qui ont pourtant payé pour l'accomplissement de ces désirs, et auquel d'autres personnes se sont pourtant engagé. Et l'exemple donné est d'autant plus choquant qu'il s'agit ici d'un restaurateur, c'est-à-dire d'un

⁴⁴ C. civ. 1804, art. 1184.

professionnel qui connaît tout de même mieux ce qu'il a besoin comme type de cuisine et « l'intérêt » de l'exécution contractuelle par rapport au coût des travaux qu'un juge !

27. D'une manière plus générale, que cela signifie-t-il en pratique ? Mettez-vous en situation. Vous engagez un entrepreneur dans le cadre du droit français pour un travail de construction. Eh bien, quels que soient les termes du contrat, l'entrepreneur fait ce qu'il veut. En effet, que risque-t-il ? Dans le meilleur des cas pour cet entrepreneur, vous, qui n'êtes pas spécialiste des cuisines et avez autre chose à faire que d'inspecter en détail chaque travail de construction que vous faites entreprendre, ne vous rendez pas compte de la différence de qualité. Alors, c'est tout au bénéfice de l'entrepreneur malhonnête, dont le devis était bien sûr moins cher que ceux d'autres entrepreneurs honnêtes du fait de cette liberté laissée par le nouveau droit français des contrats, et donc que vous avez choisi. Dans le pire des cas pour lui, vous vous rendez compte que ce qui a été installé ne correspond pas à la commande. Mais, il coûterait trop cher de tout détruire pour tout reconstruire : cet entrepreneur ne devra alors que rembourser la différence de prix de matériaux, sans que le coût de main d'œuvre n'en soit affecté. Dans de telles conditions, pourquoi respecter ses engagements ? Le droit est censé pousser les hommes à se comporter de manière juste ; ici, c'est tout l'inverse qu'il fait !

Je reviens alors à la question soulevée initialement : que vaudra un contrat soumis au droit français à partir du 1^{er} octobre 2016 ? On se le demande bien.

