

À propos du processus de réforme du droit français des contrats

Sébastien PIMONT*

En France, une réforme du droit des contrats – et plus largement des obligations – est en cours. Trois textes projetant la révision du titre 3 du Livre 3 du Code civil existent. Deux d'entre eux sont purement doctrinaux : l'avant-projet de réforme du droit des obligations rédigé par un groupe d'universitaires dirigés par le professeur Catala (ci-après avant-projet Catala ou « avt-pr. »)¹ et les propositions de réforme du droit des contrats présentées par un groupe de juristes dirigés par le professeur Terré (ci-après propositions Terré ou « prop. »)². Le dernier³, inspiré des deux premiers⁴, a été préparé par les services du ministère de la Justice (Direction des affaires civiles et du sceau) au cours de l'année dernière (2008) ; il s'agit du *Projet de réforme du droit des contrats* (ci-après projet de réforme ou « pr. ») ; il préfigure ce que pourrait être le futur droit des

* Maître de conférences, Faculté de droit et d'économie de Chambéry, Université de Savoie.

¹ *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Paris, La documentation française, 2005, disponible en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000622/index.shtml#>> (consulté le 5 juillet 09).

² *Pour une réforme du droit des contrats, Réflexions et propositions d'un groupe de travail sous la direction de F. TERRÉ*, Paris, Dalloz, 2008.

³ *Projet de réforme du droit des contrats*, disponible en ligne : <http://www.lexinter.net/ACTUALITE/projet_de_reforme_du_droit_des_contrats.htm> (consulté le 5 juillet 09).

⁴ Ainsi que de certaines réactions suscitées par l'avant-projet de réforme du droit des obligations dirigé par Pierre CATALA – voir notamment : Georges ROUHETTE, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », R.D.C. 2007.1371 et suiv.

contrats français ; en attendant qu'il soit inscrit à l'ordre du jour du Conseil des ministres, il marque une étape dans le processus de réforme du droit des contrats ; il annonce aussi une révision plus large de l'ensemble du droit des obligations : la responsabilité civile et le régime de l'obligation devant faire l'objet de projets de loi à venir.

Depuis quelques mois, à propos de ces textes, et, à l'invitation du ministère de la Justice, relativement au *Projet de réforme sur le droit des contrats*, de nombreux civilistes s'expriment et de savantes controverses s'engagent. Presque tout le droit des contrats français semble soumis à la critique, au questionnement. Des exemples ? On se demande si la « cause de l'obligation » ou du « contrat » doit demeurer une condition de validité du contrat. Le projet de réforme la fait disparaître (comme les propositions Terré, à la différence de l'avant-projet Catala) et la remplace par la notion énigmatique « d'intérêt » (pr. art. 49, 85 et suiv.)⁵. De même, on discute beaucoup de la théorie de l'imprévision. Depuis toujours, le juge judiciaire refuse de la consacrer. Pourtant, tous les projets en admettent plus ou moins nettement le principe (pr. art. 136 ; avt-pr. art. 1135-2, 1135-3 ; prop. art. 92). Et la doctrine est loin d'être unanime.

Une telle agitation doctrinale donne le vertige ; elle inquiète ceux qui, demain, devront appliquer le droit des contrats. Mais elle n'est pas sans raison. La question de la révision du titre 3 du Livre 3 du Code civil est de la plus haute importance pratique. En outre, sa portée symbolique est considérable. La prudence qui s'impose à tous les législateurs, se justifie plus encore peut-être lorsque, comme c'est le cas, le texte que l'on entend réécrire date de 1804⁶ et qu'il porte sur le droit du contrat ; une matière savante issue de la subtile fusion des techniques romanistes et du génie philosophique du XVIII^e siècle, une matière qui depuis deux cent ans incarne, probablement plus que d'autres, l'esprit juridique français, sorte de *mos galicus* moderne.

Nous ne pouvons évidemment pas ici présenter et comparer, article par article, la substance des différents projets. Dans le but d'éclairer les lecteurs de la *Revue juridique Thémis* sur la réforme du droit des contrats en cours, sans en déflorer le fond, quelques ob-

⁵ Il n'est d'ailleurs pas certain que la notion « d'intérêt au contrat » restera dans le projet définitif. Voir J. GHESTIN, « Droit des contrats », J.C.P. (G) 2009.I.138, n° 3.

⁶ Le Titre 3 du Code civil français « Des contrats ou des obligations conventionnelles, en général » a été décrété le 7 février 1804 et promulgué le 17.

servations d'ordre général peuvent cependant être présentées. Elles porteront sur le processus de la réforme. Sur ses raisons d'abord : l'ambition scientifique n'explique probablement pas tout ; le projet de réformer le droit des contrats porte aussi un dessein politique⁷. À l'heure où certains craignent, tout à la fois, l'eupéanisation du droit civil français et le triomphe du *common law* à l'échelle planétaire, l'un des mobiles de la révision tient à la volonté d'affirmer l'irréductibilité et la modernité du droit français des contrats – de le rendre plus « compétitif ». Le droit français des contrats, une fois révisé, deviendra-t-il plus attractif ? Peut-être. Mais d'autres conséquences de l'entreprise de révision du titre 3 du Livre 3 du Code civil de 1804 sont à attendre. La théorie des sources du droit civil sera la première affectée. Une telle réforme marquera en effet une discrète mais indéniable rupture : avec l'assentiment d'une partie de la doctrine, la loi va, en droit civil du contrat, (re)prendre la première place. Par suite et mécaniquement, le rôle des interprètes du futur droit des contrats (juges et universitaires) risque de changer de nature. Un nouveau siècle d'exégèse s'ouvre-t-il aux juristes français ?

En somme, pour éclairer le processus de réforme du droit des contrats, il faut d'abord reconstituer le déroulement des faits qui ont conduit à admettre le principe de la réforme, *ses causes* (I). Puis, nous projetant vers l'avenir, il faudra réfléchir sur certaines de *ses conséquences* (II).

- I -

A l'origine de la réforme il y a la conjonction d'un projet scientifique (A) et d'un dessein politique consistant à vouloir rendre plus attractif le droit des contrats français (B) ; autant de motifs qui ont décidé certains jurisconsultes et les pouvoirs publics à agir (C).

- A -

La réforme du droit du contrat s'explique d'abord par des raisons techniques. Elle permettra de clarifier le droit du contrat et de le rendre plus cohérent par « remodelages », « regroupements »,

⁷ Voir Philippe RÉMY, « Réviser le Titre III du Livre troisième du Code civil ? », R.D.C. 2004.1169 et suiv., spécialement 1171.

« retouches »⁸. Après deux siècles d'interprétation jurisprudentielle, de controverses, d'accumulation d'arrêts, l'exercice est profitable⁹. Par ailleurs, certaines imperfections originaires du Code de 1804 pourront être corrigées, comme le relatif illogisme de son plan qui envisage, en même temps, droit du contrat et régime général des obligations. Depuis l'origine, il y a aussi des carences à combler, comme l'absence de dispositions légales gouvernant la formation du contrat (pourparlers, offre, acceptation, responsabilité pré-contractuelle, obligation d'information). En outre, grâce à une telle réforme, une modernisation du droit par la consécration de théories ignorées en 1804 devient possible : celles que le juge a fait siennes, comme la distinction de la nullité relative et de la nullité absolue¹⁰ ; voire celles qu'il n'a jamais fait siennes, comme l'imprévision. Enfin, la réforme autorisera l'abandon de principes dont l'intérêt est discuté, comme l'effet rétroactif attaché à la survenance d'une condition suspensive¹¹.

Mais comme les juristes le savent, l'existence de raisons scientifiques ne suffit pas toujours à justifier une réforme. La doctrine française critique ainsi l'économie des titres 3 et 4 du Livre 3 du Code civil depuis le XIX^e siècle sans que le législateur ne s'en émeuve¹². Et pourtant, l'idée de procéder à leur réécriture n'est pas neuve. En 1927, le projet de réforme franco-italien du droit des obligations de Larnaude et Scialoja poursuivait déjà cette ambition, avant d'être oublié dans le tumulte de la guerre. Puis en 1946, le comité de réforme du Code civil, présidé par Julliot de la Morandière, proposait une modernisation du droit des obligations, avant de s'enliser dans les sables mouvants de la IV^e République. Il manquait alors ce

⁸ Voir Gérard CORNU, « Introduction », dans *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, préc., note 1, p. 22 et suiv.

⁹ Voir Jacques GHESTIN, « Le Code civil en France aujourd'hui », R.D.C. 2004.1152 et suiv.

¹⁰ Avec encore aujourd'hui des hésitations et des incertitudes.

¹¹ Depuis longtemps certains auteurs, comme Colin et Capitant critiquent la fiction de l'effet rétroactif. Et ceux qui y sont favorables expliquent presque toujours que la portée de l'effet rétroactif doit être limitée.

¹² Voir, par ex., Demolombe qui, à propos de la « distribution » de la matière du droit des obligations, professe qu' « elle a été l'objet de vives critiques ; et nous reconnaissons qu'elle n'est pas scientifiquement irréprochable » puis qui, plus loin, affirme que la « disproportion » entre les titres 3 et 4 du Livre 3 « trahit visiblement un défaut d'ordonnance dans la conception scientifique de l'œuvre législative » : Charles DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Paris, Durand et Hachette, 1868, n° 2 et suiv.

qui, selon les promoteurs de la réforme actuelle, semble exister aujourd'hui – mais pour combien de temps? : une volonté politique¹³. Une volonté qu'explique l'évolution du contexte européen.

- B -

Depuis quelque temps, en effet, le Parlement européen et la Commission européenne favorisent l'idée d'une codification européenne du droit des contrats (ou plus largement des obligations) – l'Union européenne s'est d'ailleurs engagée dans la voie de la rédaction d'un « cadre commun de référence » en matière contractuelle¹⁴. Parallèlement, de nombreux universitaires européens ont constitué des groupes de travail à l'échelle du continent pour édifier un nouveau droit savant commun européen (*jus commune*). L'importante commission présidée par le professeur Ole Lando a ainsi rédigé les *Principes du droit européen des contrats*; l'Académie des privatistes de Pavie a entrepris la création d'un *Code européen des contrats*. Et d'autres groupes existent comme le *Study group on a European Civil code* et le *Research group on E.C. Private law (The «acquired group»)*¹⁵. En France, un tel mouvement, ample et soudain, a engendré de vives réactions, souvent critiques¹⁶. Dans la pensée de certains auteurs, une idée du droit français, de son historicité, s'oppose absolument à l'eupéanisation du droit des obligations. Un corps « étranger à la culture » française et aux besoins des Français ne peut remplacer une partie du Code civil¹⁷, « véritable constitution de la France »¹⁸; il traduirait « une Europe qui est encore à faire » et constituerait « un

¹³ Le président de la République française, à l'occasion du colloque des 11 et 12 mars 2004 sur le bicentenaire du Code civil, a annoncé la révision « prochaine » du droit des contrats.

¹⁴ Voir notamment la *Communication de la Commission au parlement européen et au Conseil*, COM (2004) 651 (final, 11 octobre 2004).

¹⁵ Voir les *Principles, definitions and model rules of European private law. Draft common frame of reference (DCFR)*, interim outline edition, Sellier, European law publishers, 2008, traduction française en ligne : <<http://www.fondation-droit-continental.org/6.aspx?sr=616>>.

¹⁶ Voir, par ex., Yves LEQUETTE, « Vers un code civil européen », dans Alain BÉNABENT et al., *Le Code civil*, coll. « Pouvoirs », Paris, Seuil, n° 107, p. 97 et suiv.

¹⁷ Voir Philippe MALAURIE, « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », J.C.P. (G) 2008.I.204.

¹⁸ Voir, sur cette expression, Jean CARBONNIER, *Droit civil I*, coll. « Quadriges », Paris, P.U.F., 2004, n° 112.

syncrétisme juridique purement technique, sans racine, sans esprit et sans âme, de nulle part et de nulle époque»¹⁹.

Prolongeant cette réaction, une autre ambition affleure : le modèle français devrait influencer le droit européen des contrats plutôt que l'inverse. L'enjeu de l'unification européenne cache alors mal la question politique de la concurrence des droits nationaux, celle de l'influence qu'ils voudraient exercer les uns sur les autres²⁰, de leur vocation (justifiée ou pas) à être des modèles. Or le modèle français, longtemps admiré, dévoile certaines faiblesses ; il souffre de la comparaison. Un grand nombre de pays ont en effet entrepris de réformer leur droit des obligations, comme l'Allemagne en 2002 ; d'autres ont élaboré un nouveau code civil, comme les Pays-Bas en 1992, le Québec en 1991. Pour différentes raisons²¹, ces droits éveillent l'attention de la communauté scientifique. Ils peuvent prétendre être des modèles pour l'Europe de demain. La situation du droit français des contrats est différente ; même s'il est un symbole, un « lieu de mémoire »²², le Code civil où cette matière conserve son siège a perdu de son lustre. Du fait du rapprochement avec les droits plus jeunes, ses carences et ses partis pris apparaissent au jour. De plus, après deux siècles d'interprétation purement nationale, un certain nombre de notions sont difficilement compréhensibles en dehors des frontières françaises, fruit d'une sorte de « jurisprudence locale » difficilement exportable²³. Le « quasi-contrat de loterie publicitaire » en est un exemple²⁴. D'autres notions, à force de gloses, sont devenues très complexes, comme la cause de l'obligation et du contrat. Par ailleurs, le droit français (pas simplement celui des contrats) a fait l'objet d'une appréciation assez peu laudative de la Banque mondiale²⁵. Dans ce contexte, le projet de se doter

¹⁹ P. MALAURIE, préc., note 17.

²⁰ Voir Denis PHILIPPE, « La réforme du code civil allemand : une source d'inspiration pour une révision du Code napoléon ? », dans Alain A. WIJFFELS (dir.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 93 et suiv.

²¹ Parce qu'ils reformulent et modernisent la tradition civiliste comme le nouveau *Code civil du Québec*, parce qu'ils intègrent les apports du droit de l'Union européenne à l'image du BGB après la réforme du 1^{er} janvier 2002.

²² Voir Jean CARBONNIER, « Le Code civil », dans Pierre NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, Paris, Gallimard, 1986, p. 293 et suiv.

²³ Voir Rudolf von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. MEULENAERE, t. 1, Paris, Maresq, 1876, p. 14 et suiv.

²⁴ Ch. mixte, 6 sept. 2002, *Bull. civ.*, n^o 4.

à plus ou moins brève échéance d'un nouveau droit français des contrats (et plus largement des obligations) s'est logiquement imposé²⁶.

- C -

Pour cela, durant les années 2003-2005 (pendant 30 mois), un groupe d'universitaires, « une poignée de civilistes », a rapidement travaillé à l'élaboration d'un avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription sous la direction du professeur Catala²⁷. Cet avant-projet a suscité une série de réactions plus ou moins louangeuses²⁸. Il a aussi, et surtout, servi d'aiguillon. Convaincus par la doctrine de la nécessité d'engager une réforme, les pouvoirs publics ont pris les choses en mains. Dans le but de réformer le droit des obligations, durant l'année 2008, une commission de magistrats instituée par le ministère de la Justice a ainsi succédé à un aréopage universitaire. L'avant-projet Catala a servi de point de départ aux travaux du gouvernement. Mais il n'a pas été respecté en tout. Ainsi, pour des raisons de technique législative, le projet du ministère ne porte pour l'heure, comme nous l'avons dit, que sur le droit des contrats : il semble trop difficile pour le gouvernement de présenter un texte couvrant tout le droit des obligations au Parlement ; les réformes du droit de la responsabilité et du régime des obligations sont donc remises à plus tard. Par ailleurs, sur le fond, les rédacteurs du projet du ministère ont utilisé d'autres sources

²⁵ À ce propos, voir Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question, À propos des Rapports « Doing Business » de la Banque mondiale*, Paris, Société de législation comparée, 2006.

²⁶ Il est, sur ce point, remarquable que peu d'auteurs aient – jusqu'à présent – défendu l'idée de maintenir le Code civil tel qu'il est. Voir cependant Alain SÉRIAUX, *Vanitas vanitatum*, « De l'inanité d'une refonte du titre III du livre III », R.D.C. 2004.1187 et suiv.

²⁷ Voir Pierre CATALA, « Présentation générale de l'avant-projet », dans *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, préc., note 1, p. 11 et suiv.

²⁸ Voir notamment, pour les réactions « institutionnelles », le *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (en ligne sur le site internet de la Cour de cassation : <http://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/travail_cour_10699.html>) et le rapport du Conseil National des barreaux dont il est question dans Christophe JAMIN, « Les avocats et l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », J.C.P. (G), 2006.479.

que l'avant-projet Catala. Ils ont partiellement pris en compte les travaux d'un autre groupe de juristes dirigé par le professeur Terré sous l'égide de l'Académie des Sciences morales et politiques. Ils ont aussi tenu compte des réactions exprimées à propos de l'avant-projet Catala par divers acteurs économiques, par des organismes représentatifs et des institutions, comme la Cour de cassation. Enfin, selon le *Rapport de présentation du projet du ministère de la Justice*, les *Principes de droit européen du contrat*, les *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, le projet de Code civil européen rédigé par l'Académie des privatistes de Pavie, les travaux du réseau de chercheurs sur le Cadre commun de référence n'ont pas été négligés pour élaborer le projet de réforme du droit des contrats.

Le processus de réforme en cours s'enrichit encore aujourd'hui de nombreuses réactions doctrinales au projet du ministère de la Justice²⁹. Il est cependant déjà bien avancé. À ce point qu'il oblige à s'interroger sur les conséquences que la réforme pourrait produire. Certaines ne seront pas anodines car elles affecteront la théorie des sources du droit civil.

- II -

À cet égard, l'apparente continuité dans laquelle s'inscrit la réforme du droit des contrats en cours (A) ne doit pas occulter la rupture (B) discrète (C) qu'elle pourrait engendrer.

- A -

Une telle réforme s'inscrit dans un vaste mouvement de révision du Code civil français, dernier fruit d'un « *printemps des lois* » – selon l'expression du doyen Carbonnier – qui n'en finit pas. Depuis le début de la V^e République (1958) en effet, selon l'appétence (variable) des gouvernements pour le droit civil, loi après loi, le Code civil de 1804 se transforme. Les premières réformes d'ampleur portaient, dès 1964, sur le droit des personnes et de la famille (incapacité, divorce, indivisions, filiation, régimes matrimoniaux...), matières sensibles à l'évolution des mœurs; trop peut-être et tant que le

²⁹ Voir notamment les *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats* sous la direction de J. GHESTIN, L.P.A., 12 février 2009, numéro spécial.

Livre premier du Code est devenu un corps instable sans cesse révisé et re-révisé. Ces dernières années les réformes se sont accélérées. En 2006, elles ont porté sur le droit des sûretés (l'ordonnance du 23 mars forme un nouveau Livre 4 du Code civil), sur la saisie et la distribution du prix de vente de l'immeuble (l'ordonnance du 21 avril 2006 réécrit le titre 19 du Livre 3) et sur le droit des successions (à la suite de la loi du 3 décembre 2001, celle du 23 juin 2006 réécrit la partie du Livre 3 du Code relative aux successions et aux libéralités). Puis la loi du 17 juin 2008 a, conformément à ce que prescrivait l'avant-projet Catala, réformé les prescriptions civiles. Actuellement, à l'instar des dispositions relatives au droit des biens (Livre 2, à l'exclusion de l'indivision réformée au Livre 3)³⁰ et de celles relatives à la plupart des contrats spéciaux (Titre 6 et suivants du Livre 3), les titres 3 et 4 du Livre 3, « sont demeuré(s) presque intact(s), dans (leur) lettre, semblable(s) à ce qu'il(s) étai(en)t dans le Code Napoléon »³¹.

La révision législative du titre 3 (puis celle du titre 4) du Livre troisième s'inscrit donc dans un mouvement logique : « *la révolution tranquille du droit civil contemporain* » – selon les mots du doyen Cornu – ; comme ses devancières, elle confortera la place éminente de la loi en matière civile ; elle constitue, précisément pour cette raison, une rupture dans l'ordre des sources du droit des contrats et des obligations.

- B -

Pendant longtemps en effet, la modernisation du droit civil des obligations s'est réalisée sans altération de la lettre du monument napoléonien. Une sorte de consensus peut expliquer la relative stabilité des titres 3 et 4 du Livre 3 jusqu'à aujourd'hui. Depuis 1880, une partie des juristes français se demande comment rénover le droit civil. Mais à l'heure de la promulgation du Code civil allemand

³⁰ Bien qu'existe une proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens, rédigée sous l'égide de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, en ligne : <<http://www.henricapitant.org/>>

³¹ C'est ce que disait en 1976 le doyen CORNU à propos du seul Titre III : Gérard CORNU, *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil*, Paris, Les cours de droit, 1976. Dans le Titre III, il y a aujourd'hui 10 articles de plus, essentiellement relatifs aux contrats électroniques. Le législateur a aussi ajouté un Titre IV bis : la responsabilité du fait des produits défectueux.

(BGB), en 1900, le climat de l'époque, marqué par la montée des nationalismes, n'incite guère à admettre une réécriture d'ensemble du Code civil. De sorte qu'à son centenaire, en 1904, sa révision législative est jugée inutile par Planiol³². Et pourtant, sous la pression des faits, du mouvement des idées, le droit codifié datant de 1804 devait évoluer. D'où, en droit des obligations³³, un partage implicite des rôles : à la jurisprudence la mission d'adapter le droit civil à l'évolution de la vie sociale. L'enrichissement sans cause³⁴, la responsabilité du fait des choses³⁵, la théorie des troubles anormaux du voisinage³⁶, l'obligation de sécurité³⁷ sont des exemples de créations prétoriennes assurant l'adaptation du droit. Au législateur la fonction de faire, hors le Code le plus souvent, des lois extravagantes, au coup par coup, selon les intérêts politiques du moment. Au cours du XX^e siècle, un grand nombre de textes spéciaux sont ainsi promulgués : certains prennent corps en un code, comme celui du travail, de la consommation, de l'habitation et de la construction, de l'urbanisme, des assurances, de la propriété intellectuelle... ; d'autres, plus modestement, sont de simples lois, comme celle du 1^{er} juillet 1901 sur le contrat d'association ou comme celle du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

En droit des contrats et plus largement en droit des obligations, un tel compromis tiendra longtemps ; la Cour de cassation et la doctrine pourront ainsi, main dans la main, forger un nouveau droit civil des contrats et de la responsabilité (un droit plus « social », plus « solidaire »...). Admettre une révision du titre 3 du Livre 3 du Code civil par voie législative marque ainsi une rupture : le droit civil des contrats change de nature ; il était *spontanément* constitué par la jurisprudence ; il va (re)devenir légal, *édicte* par le législateur.

³² Voir : Marcel PLANIOL, *Inutilité d'une révision générale du Code civil, Livre du centenaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 955 et suiv.

³³ Pour le droit des personnes et de la famille, le législateur hésitera moins à modifier le Code civil ; avant les années 1960, il procédera à *des retouches partielles* du Code civil.

³⁴ Cass., 15 juin 1892, D. 1892.1.956.

³⁵ Civ., 16 juin 1896, D. 1897.1.433 ; Ch. réunies, 13 févr. 1930, D. 1930.1.57.

³⁶ Req., 20 déc. 1849, D. 1849.1.148.

³⁷ Civ., 21 nov. 1911, D. 1913.1.249.

- C -

Encore faut-il bien mesurer la portée d'une telle rupture. La loi peut en effet être un acte de puissance qui impose une suite de concepts nouveaux, un instrument de direction et d'encadrement de la pratique contractuelle. Elle peut aussi recueillir et consacrer l'évolution du droit des contrats, être l'émanation, si l'on veut, de « l'esprit des siècles »³⁸. Entre ces deux extrêmes, les rédacteurs des différents projets de réforme ont souvent choisi une voie moyenne. Ils ont tous, dans un grand nombre de cas, recueilli l'évolution de la jurisprudence pour, en quelque sorte, procéder à un « ajustement »³⁹ de la loi à partir de son interprétation. Par exemple, le projet du ministère, l'avant-projet Catala et les propositions Terré intègrent la violence économique (pr. art. 63 ; avt-pr. art. 1114-3 ; prop. art. 48) et la faculté de résolution unilatérale du contrat (pr. art. 165 ; avt-pr. art. 1158 ; prop. art. 108), solutions nouvelles issues de la jurisprudence de la Cour de cassation⁴⁰. L'emploi d'une telle méthode explique aussi le maintien de certains principes caractéristiques du droit français, comme le transfert de propriété *solo consensu* qu'aucun projet de réforme n'entend modifier en dépit de sa complexité (pr. art. 112 et suiv. ; avt-pr. art. 1152 et suiv. ; prop. art. 93 et suiv. – qui ne parle pas « d'obligation de donner » mais « d'effet translatif »).

Bien sûr, les textes emportent aussi leur lot d'innovations. Ainsi, dans tous les projets, sur certains points, une interprétation purement doctrinale l'emporte. C'est le cas pour l'exécution *in specie* des promesses unilatérales de contrat (refusée par la Cour de cassation⁴¹, admise par tous les textes voulant porter réforme du titres 3 du Livre 3 du Code civil de 1804 : pr. art. 34 ; avt-pr. art. 1106 ; prop. art. 29). En revanche, comme nous l'avons déjà dit, selon les textes, l'influence du droit comparé et des textes internationaux est plus

³⁸ Voir Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris, *Répertoire du notariat Defrénois*, 1995, p. 263 et suiv.

³⁹ Le mot est employé par les rédacteurs de l'avant-projet Catala.

⁴⁰ Pour la contrainte économique, voir Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *Bull. civ. I*, n^o 169 ; pour la résolution unilatérale, voir Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, *Bull. civ. I*, n^o 300 (arrêt de principe).

⁴¹ Voir Civ. 3^e, 15 déc. 1993, *Bull. civ. III*, n^o 174.

ou moins marquée. Moins pour l'avant-projet Catala⁴², plus pour les propositions Terré⁴³ et le projet du ministère. C'est d'ailleurs pour cela que ce dernier consacre la catégorie formelle des « principes directeurs du droit des contrats » (liberté contractuelle, force obligatoire, bonne foi), inconnue du droit français (pr. art. 15 à 18)⁴⁴; ou qu'il abandonne la notion de cause de l'obligation, pourtant inscrite dans la légende juridique nationale.

Sur le fond, la loi ne changera donc pas tout. La rupture tient à autre chose. La doctrine qui prête sa plume aux divers projets de réforme du droit des contrats semble clore, en même temps, une période ouverte il y a plus de cent ans, celle de la jurisprudence triomphante⁴⁵. Une telle réforme du Code civil restreindra *a priori* la liberté des interprètes du Code (juges et auteurs); c'est la fin (provisoire) des grands arrêts et des théories générales qui s'en inspirent. Dans un système légaliste, la promulgation d'une nouvelle loi impose le respect; on ne peut l'interpréter de la même façon qu'un Code bicentenaire. D'où l'idée selon laquelle une nouvelle période d'exégèse pourrait commencer⁴⁶. Comme si, du fait de la réforme, une génération de nouveaux Demolombe allait prendre la place des derniers descendants de Geny ou Saleilles. L'idée a de quoi séduire. Mais malheureusement, comme le démontre l'expérience, tout interprète d'une loi nouvelle ne se métamorphose pas forcément en exégète – n'est pas Murlon qui veut. Certes, l'interprète de demain devra respecter la lettre et chercher l'intention initiale du législateur plus qu'il ne le fait aujourd'hui. Mais pour qu'advienne un nouvel âge d'exégèse, au sens où l'entendaient Bonnacase ou Gaudemet, le texte à interpréter doit, lui-même, présenter certaines qualités. Parmi d'autres, à l'instar du Code civil de 1804, il doit être habité par un

⁴² Voir G. ROUHETTE, préc., note 3, qui parle d'une « vision étroitement hexagonale » des obligations; Denis TALLON, « Teneur et valeur du projet appréhendé dans une perspective comparative », R.D.C 2006.131, qui parle d'un « projet qui se veut délibérément franco-français » ou d'une « approche nationaliste ».

⁴³ Voir, sur ce point, le travail comparatif du professeur Philippe RÉMY, « Plans d'exposition et catégories du droit des obligations, Comparaison du projet Catala et des projets européens », dans *Pour une réforme du droit des contrats*, préc., note 2, 83 et suiv.

⁴⁴ À condition toutefois qu'une telle innovation demeure dans le projet définitif. Pour une raison d'en douter, voir J. GHESTIN, préc., note 4.

⁴⁵ Voir Adhémar ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.* 1902.5 et suiv.

⁴⁶ Voir Jean BEAUCHARD, « Le projet de réforme du Code civil français », *Europa e diritto privato*, Fasc. 3, Milan, Giuffrè, 2006, p. 903 et suiv., spécialement p. 916.

système complet. L'exégète est celui qui peut interpréter la loi civile par elle-même⁴⁷ – en respectant l'ordre même de celle-ci⁴⁸ – ; il doit donc puiser en elle toutes les ressources de son art, tous les matériaux de son analyse. Or précisément, s'agissant de la réforme du droit des contrats, l'intention des rédacteurs des différents projets est de ne pas clore sur lui-même le système du Code civil.

Quel que soit le texte finalement adopté, pas plus aujourd'hui que demain, le droit des contrats ne sera entièrement enchâssé dans le Code civil. Il restera dispersé entre plusieurs textes (Code de la consommation, Code de la construction et de l'habitation, Code de commerce, Code monétaire et financier, Code des assurances...) ; sous l'influence des services de plusieurs ministères. La « pluralité de systèmes juridiques » qui « a fait perdre à notre droit civil sa belle ordonnance unitaire »⁴⁹ survivra donc à la réécriture du titre 3 du Livre 3 du Code civil. En dépit du projet, en droit des contrats, la décodification du droit français ne semble donc pas devoir s'arrêter⁵⁰.

De surcroît, puisque la réforme est purement nationale, le droit français des contrats devra coexister avec le(s) droit(s) européen(s) des contrats : celui de l'Union européenne, celui de la Cour européenne des droit de l'homme et celui des principes savants. En somme, puisque la réforme du Code ne semble pas permettre de réduire la multiplicité des sources du droit à une unité ordonnée, il reviendra à ses interprètes de la construire. Dans un système morcelé en de multiples codes (nationaux voire, demain, européens), l'unité du droit des obligations ne peut être que scientifique. On est bien loin de l'exégèse.

⁴⁷ Voir Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^e éd., t. 1, Paris, Marchal et Billard, 1869, § 41 (*in fine*) : « le procédé le plus sûr sera toujours d'interpréter le Code napoléon par lui-même ».

⁴⁸ Rapprocher, à propos de l'interprétation du nouveau *Code civil du Québec*, Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Thémis, 1995, p. xxiii et suiv.

⁴⁹ Voir J. CARBONNIER, *Droit civil I*, préc., note 18, n^o 79.

⁵⁰ Sur la « décodification », voir Philippe RÉMY, « Le processus de dé-codification », dans Jean-Philippe DUNAND et Bénédicte WINIGER (dir.) *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 197 et suiv., spécialement p. 204.

*
* *

Connaître les raisons de la réforme est possible, en deviner certaines conséquences générales aussi. Mais avant que les raisons exposées ne produisent les conséquences décrites, une incertitude demeure. La réforme existera-t-elle ? Est-elle inéluctable ? Dans son principe, elle le semble. Mais momentanément, la crise économique pourrait imposer aux autorités publiques françaises d'autres priorités. Il ne faut pas s'en inquiéter. Après tout, depuis deux cents ans, grâce au renfort de la jurisprudence, le Code s'est adapté à l'évolution sociale. En dépit de ses imperfections techniques, il pourrait donc demeurer pour quelques années encore tel qu'il est dans sa lettre sans que cela ne pose vraiment de problèmes pratiques. Le seul risque est que l'on discute encore longtemps du futur droit des contrats français. Et qu'en cette matière, notre époque ne puisse nourrir d'autres ambitions que de préparer des lois civiles pour ses enfants ou ses petits-enfants. Ce qui ne serait déjà pas si mal.