
La lettre de France



La réforme du droit français des contrats

Denis MAZEAUD

Professeur à la Faculté de droit de l'Université Paris II

L'examen de la réforme du droit français des contrats suppose, avant tout, que l'on s'arrête sur les raisons qui la justifient. En premier lieu, s'il importe de restaurer notre Code civil, dans son titre relatif au contrat, c'est parce qu'il n'est plus aujourd'hui, deux siècles après son entrée en vigueur, le reflet du droit vivant. En effet, les modifications importantes que notre droit des contrats a connues depuis plusieurs décennies se sont produites « hors Code », à savoir soit dans des codes spéciaux, comme le *Code de la consommation* ou le *Code de commerce*, soit dans la jurisprudence, grâce à l'œuvre immense réalisée par la Cour de cassation. Tant et si bien qu'aujourd'hui, notre Code civil est incomplet, vieilli, parfois désuet et inadapté, et notre droit des contrats est un droit éclaté, éparpillé, difficilement accessible et relativement imprévisible.

D'où la nécessité de rénover notre Code civil, de le moderniser, en codifiant les règles essentielles du droit des contrats qui aujourd'hui sont hébergées soit dans d'autres codes, soit dans le *Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation*. Cette recodification du droit des contrats est impérative si l'on souhaite, d'une part, que le Code civil contienne le droit vivant des contrats et, d'autre part, si l'on considère qu'il est indispensable que le droit des contrats soit aisément accessible et intelligible pour les juristes et les justiciables.

En second lieu, outre la restauration du Code, la rénovation de notre droit des contrats s'impose, elle aussi, et ce, pour plusieurs raisons. D'une part, parce que depuis des décennies, notre droit des contrats a subi de profondes mutations, tant dans son esprit que dans sa lettre, lesquelles se sont produites de façon assez désordonnée et inachevée, dans la mesure où elles ont souvent été l'œuvre d'autorités dépourvues du pouvoir de les

réaliser sous la forme de règles générales et abstraites. Une mise en ordre est donc nécessaire. De même, le sens exact et la portée de certaines innovations jurisprudentielles n'ont pas encore été déterminés avec certitude. Une mise au point s'avère donc nécessaire.

Quelques mots, toujours en guise d'introduction, sur le processus de la réforme du droit français des contrats. Il existe, à l'heure actuelle, trois avant-projets de réforme différents et concurrents que je présenterai dans l'ordre de leur entrée en scène. Le premier, dit « Avant-projet Catala », du nom du professeur qui en dirigé la conception, a été réalisé quasi exclusivement par des professeurs. Il s'agit d'un avant-projet qui aboutit à une réforme sans changement radical et qui s'inscrit dans la grande tradition contractuelle française. Le deuxième avant-projet est l'œuvre du ministère français de la Justice. Il a été réalisé par des fonctionnaires de ce ministère. Ce texte a pris le parti de moderniser notre droit des contrats en l'euro-péanisant. Il constitue donc un avant-projet d'ouverture européenne. Le troisième avant-projet, dit « Avant-projet Terré », du nom du professeur qui en a dirigé la réalisation, est un autre texte préparé par des universitaires. Il s'agit d'un texte de fracture qui, sur bien des points, emporte une petite révolution contractuelle. L'objet de cette *Lettre de France* portera sur l'AVANT-PROJET PRÉPARÉ PAR LE MINISTÈRE DE LA JUSTICE. Il s'agit, en effet, à ce jour, du seul texte qui soit pourvu d'une autorité et d'une légitimité officielles, les autres ne constituent que des codifications savantes, des contributions académiques.

Pour en terminer avec ce propos introductif, il convient de s'interroger sur les objectifs de la réforme du droit français des contrats. À ce propos, il semble que deux impératifs primordiaux s'imposent pour que cette réforme soit réussie. D'une part, il convient de renforcer la prévisibilité de notre droit des contrats, ce qui suppose de restaurer notre Code civil, dans sa partie relative au droit des contrats, *via* la codification du droit positif. En clair, il faut importer dans le Code civil, toutes les règles contractuelles essentielles qui, aujourd'hui, composent notre droit positif, mais qui sont absentes de ce code. D'autre part, il importe de moderniser notre droit des contrats, *via* la modification du droit positif, afin que le modèle contractuel français devienne plus attractif et redevienne plus compétitif sur le marché européen et mondial du droit des contrats. Concrètement, il faut procéder à des évolutions, des adaptations, des innovations dans notre droit des contrats, afin qu'il soit mieux adapté aux réalités économiques et sociales du vingt et unième siècle.

L'Avant-projet élaboré par le ministère de la Justice répond-il à ces impératifs, réalise-t-il ces objectifs? Pour répondre à cette question, j'en examinerai la lettre et l'esprit. D'emblée, je pense qu'il est possible d'affirmer que cet Avant-projet constitue, tout à la fois, *le reflet de la tradition contractuelle française (I)*, *la réplique des grandes évolutions jurisprudentielles (II)* et *le ferment d'innovations futures (III)*.

I. Le reflet de la tradition

Dans cet Avant-projet, un grand nombre de règles se traduisent par *la confirmation de principes, de notions et de règles qui sont emblématiques du modèle contractuel français*.

Au titre, en premier lieu, des *principes emblématiques du modèle contractuel* français auxquels l'Avant-projet de réforme du Ministère de la justice rend un vibrant hommage, on mentionnera la *liberté contractuelle*.

Hommage qui procède, tout d'abord, de la *réaffirmation* très nette et très forte dans l'Avant-projet du *rôle essentiel de la liberté contractuelle*, laquelle est érigée en principe directeur du droit français des contrats et se décline en de multiples règles: liberté de contracter et de choisir son contractant; liberté de la forme et de la preuve; liberté de composer le contenu du contrat et d'aménager les suites de son inexécution.

Hommage qui résulte, par ailleurs, de la primauté qui est accordée à ce principe. *Primauté de la liberté contractuelle*, d'une part, sur le concept de confiance légitime et d'attentes raisonnables qui constituent des concepts clés du modèle contractuel, version *common law*, et des différents projets d'harmonisation européenne du droit des contrats. Primauté qui peut être illustrée à travers la question de la sanction de la révocation abusive d'une offre de contracter, adressée à personne déterminée. Dans tous les autres projets de réforme français et européens, la sanction de la révocation abusive d'une offre pendant le délai exprès d'acceptation est la formation forcée du contrat. Solution qui repose sur le concept de confiance légitime: le destinataire de l'offre pouvait légitimement croire que le contrat serait formé s'il acceptait l'offre dans le délai fixé par l'offrant. Or, l'Avant-projet rejette une telle sanction et retient la responsabilité civile de l'offrant dont la révocation abusive n'est donc sanctionnée que par des dommages et intérêts. Solution qui repose sur le principe de la liberté contractuelle qui

interdit que l'on puisse être contraint à contracter par le biais d'une décision du juge qui se substituerait à la volonté libre des parties.

Primauté de la liberté contractuelle, d'autre part, sur l'impératif de justice contractuelle. Primauté qui résulte, d'abord, du maintien du principe de la validité des contrats lésionnaires. Dans l'Avant-projet gouvernemental, comme en droit positif, le déséquilibre reste la rançon de la liberté; la valeur de l'engagement libre l'emporte sur le souci de protéger un contractant, victime d'un déséquilibre contractuel. Et, peu importe que ce déséquilibre soit excessif et le fruit de l'exploitation abusive d'une situation de dépendance ou de faiblesse! La lésion qualifiée n'est pas, pas plus que la lésion objective, retenue par l'Avant-projet. La suprématie de la liberté contractuelle sur la justice contractuelle procède aussi du rejet délibéré d'une règle générale de protection contre les clauses abusives. Les contractants, dont les contrats comportent une clause qui crée un déséquilibre contractuel significatif, ne pourront pas trouver d'aide dans le futur Code civil.

La confirmation dans l'Avant-projet de réforme des principes emblématiques du modèle contractuel français se traduit, en second lieu, par l'*attachement au principe moral du respect de la parole donnée*, en vertu duquel un contractant ne peut pas révoquer unilatéralement son engagement contractuel, ni en modifier le contenu: «Ce qui est dit, est dit! Ce qui est dû, est dû!». Dans notre modèle, ce principe est doté d'une force très importante: la parole contractuellement donnée a une valeur telle qu'elle n'a pas de prix. D'où les règles de la force obligatoire du contrat et de l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles. Il n'est pas moralement envisageable qu'un débiteur puisse se délier du contrat et échapper à son engagement contractuel en versant à son créancier des dommages et intérêts; il doit fidèlement exécuter le contrat tel qu'il a été librement conclu et conçu.

Ce grand principe moral qui s'inscrit dans notre culture contractuelle la plus profonde se traduit dans l'Avant-projet par l'abrogation de l'article 1142 du Code civil qui énonce, en parfaite contradiction avec notre droit positif, que l'inexécution des obligations de faire ou ne pas faire ne peut se résoudre qu'en dommages et intérêts. Ce texte désuet est donc supprimé du Code et cède la place à un article nouveau qui affirme avec force le principe de l'exécution forcée en nature, qui irrigue, depuis plusieurs décennies, notre droit positif.

Outre les principes traditionnels, l'Avant-projet réaffirme certaines *notions emblématiques du modèle contractuel français*. Tendance qui peut être illustrée en s'arrêtant sur la notion de cause objective, laquelle protège les intérêts privés des contractants contre les déséquilibres structurels et fonde la nullité du contrat quand une partie s'est engagée sans contrepartie, ou moyennant une contrepartie illusoire ou dérisoire.

Fallait-il maintenir ou supprimer la cause? À cet égard, il importe de préciser que les rédacteurs de l'Avant-projet s'étaient fixé pour mission d'améliorer l'attractivité de notre droit des contrats, en Europe notamment. Or, même des auteurs dont on peut affirmer qu'ils s'inscrivent dans la grande tradition française, présentent la cause comme une notion « subtile », « incertaine », « difficilement intelligible » et « délicate ». Et tous ceux qui s'aventurent hors de nos frontières hexagonales savent que la cause est ignorée ou inexploitée par un grand nombre de droits européens, en particulier par les codes modernes (Allemagne, Pays-Bas), et qu'elle est écartée par tous les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats. Les auteurs du projet de réforme étaient donc très attendus sur ce point. Allaient-ils sacrifier à la grande tradition française et maintenir la cause dans le droit nouveau, ou suivre la tendance européenne et, par conséquent, supprimer cette notion emblématique du modèle contractuel français?

À cette question claire et nette, on ne peut apporter qu'une réponse floue. En effet, si, dans le projet de réforme, le mot « cause » a bel et bien disparu, en revanche, la notion que recouvre le mot « cause » et l'essentiel des fonctions qui lui sont assignées en droit positif sont purement et simplement maintenus; concrètement le mot « cause » est simplement formellement remplacé par celui d'« intérêt ». En somme, le projet emporte simplement une modification terminologique: la notion d'intérêt se substitue formellement à celle de cause mais, conceptuellement et fonctionnellement, l'*intérêt* peut être identifié à la cause, telle qu'elle est appréhendée par le droit positif. Ce n'est donc pas une réforme, ni même une réforme, simplement une « réformelle ».

Contre vents et marées, la notion de cause objective est donc, à travers son clone (la notion d'*intérêt*), maintenue dans l'Avant-projet. Maintien que l'on peut illustrer à travers la consécration, par l'Avant-projet, d'une règle jurisprudentielle célèbre que la Cour de cassation a créée sur le fondement de la cause. De fait, l'Avant-projet consolide la jurisprudence

*Chronopost*¹, aux termes de laquelle doit être réputée non écrite, au nom de la cause, une clause limitative de réparation, qui fixe un plafond dérisoire de dommages et intérêts, en cas d'inexécution de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur. La raison en est qu'une telle clause qui neutralise la sanction de l'inexécution de l'obligation prive ainsi d'objet l'obligation essentielle souscrite par le débiteur et, corrélativement, de cause l'engagement corrélatif du créancier.

Cette jurisprudence moralisatrice, qui vise à empêcher un débiteur de neutraliser, par le biais d'une clause de responsabilité, la force obligatoire du contrat, dans la mesure où cette clause conduirait à neutraliser la sanction de l'inexécution de son engagement contractuel, est reprise dans l'Avant-projet de réforme. L'article 87 dispose en effet que : « La clause [qui vide] le contrat de son intérêt est réputée non écrite ». Autrement dit, un débiteur qui souscrit un engagement contractuel essentiel ne peut pas se prévaloir d'une clause qui lui permet, en fait, de ne pas exécuter celui-ci en neutralisant la sanction de son inexécution.

Pour en finir avec cette présentation de l'Avant-projet comme le reflet de la tradition contractuelle française, il convient d'évoquer la *consécration* qu'il opère d'une *règle emblématique du modèle contractuel français*, à savoir le refus de la révision judiciaire pour imprévision. En droit positif français, depuis le célèbre arrêt *Canal de Craponne*, rendu en 1876 par la Cour de cassation, en cas de bouleversement profond de l'économie du contrat dû à un changement de circonstances, le juge ne peut pas réviser le contrat. Il n'était pas interdit de penser que la réforme du droit français des contrats constituerait l'occasion pour mettre fin à cette exception contractuelle française et pour mettre le droit français à l'unisson de la plupart des droits européens et au diapason des projets d'harmonisation européenne du droit des contrats, lesquels admettent la révision judiciaire pour imprévision.

Mais la révision judiciaire pour imprévision n'est pas retenue dans l'Avant-projet. Lorsqu'un changement de circonstances bouleverse, au cours de son exécution, l'équilibre du contrat, il est simplement prévu que

¹ Com., 22 oct. 1996 : *Contrats, conc., consom.*, 1997, comm. n° 24, obs. L. Leveneur ; D. 1997.121, note A. Sériaux ; somm. comm. 175, obs. Ph. Delebecque ; *Defrénois* 1997.333, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 1997.I.4002, obs. M. Fabre-Magnan et 4025, obs. G. Viney et II.22881, obs. D. Cohen ; *RTD civ.* 1997.418, obs. J. Mestre.

« le juge peut procéder, avec l'accord des parties, à l'adaptation du contrat, ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ». En décidant que, en cas de changement de circonstances, le juge peut, « avec l'accord des parties », adapter le contrat profondément déséquilibré, l'Avant-projet refuse donc d'intégrer la révision judiciaire pour imprévision dans notre droit, puisqu'il subordonne le pouvoir d'ingérence du juge à l'accord des parties.

En soumettant la révision judiciaire à l'accord des contractants, l'Avant-projet reflète parfaitement les idées traditionnelles qui irriguent le modèle contractuel français. D'une part, l'idée selon laquelle le contrat étant la chose des parties, lesquelles « restent a priori les mieux placées pour mesurer et défendre leurs intérêts », la liberté contractuelle est, *via* des clauses d'adaptation ou de révision, le remède efficace et suffisant à l'imprévision. D'autre part, l'idée selon laquelle l'ingérence du juge dans le contrat est donc toujours envisagée, quelles que soient les circonstances, comme étant la source d'une insécurité contractuelle et d'une instabilité économique chroniques.

L'Avant-projet de réforme n'est pas seulement, comme nous venons de le voir, le reflet de la tradition contractuelle française, il constitue aussi la réplique des grandes évolutions jurisprudentielles réalisées par la Cour de cassation et qui ont irrigué notre droit positif depuis des décennies.

II. La réplique des grandes évolutions jurisprudentielles

L'Avant-projet du ministère de la Justice consacre, en premier lieu, les *grandes conquêtes* que la Cour de cassation a réalisées en matière *de justice contractuelle* au cours de ces dernières décennies.

Au titre de ces conquêtes, on mentionnera d'abord l'*obligation précontractuelle d'information* et la *nullité du contrat pour réticence dolosive*, notion et règle inventées il y a déjà fort longtemps par la Cour de cassation et qui constituent des pièces maîtresses de notre échiquier contractuel. Elles expriment l'idée qu'il n'existe pas de véritable liberté contractuelle sans lucidité du consentement ; la liberté de contracter n'est qu'un leurre si le consentement n'est pas exprimé en parfaite connaissance de cause. L'obligation précontractuelle d'information et la nullité pour réticence dolosive, qui obligent le contractant « sachant » à délivrer à son cocontractant les informations dont celui-ci ne peut pas disposer et qui sont propres

à déterminer son consentement, s'inscrivent aussi dans une tendance lourde de moralisation du droit des contrats et sont des déclinaisons de l'obligation de négocier de bonne foi.

Autre grande conquête de la justice contractuelle réalisée par la Cour de cassation et consacrée par l'Avant-projet de réforme du droit des contrats : la *nullité pour violence économique*. Vice du consentement, la violence permet de protéger la liberté d'une partie au contrat qui a été contrainte de contracter sous l'emprise d'une crainte suscitée par une menace physique ou morale, exercée par l'autre partie ou par un tiers. Traditionnellement, ce vice supposait que la menace ait une origine humaine ; *a contrario*, il était exclu quand la contrainte procédait des circonstances extérieures aux contractants, par exemple d'événements d'ordre économique. Puis, la Cour de cassation a, dans deux arrêts, des 30 mai 2000 et 3 avril 2002², décidé que « l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence économique » le contrat. Cette règle jurisprudentielle a été consacrée par l'Avant-projet de réforme : lorsqu'un contractant abuse de la situation de faiblesse de son cocontractant pour lui faire souscrire un engagement qu'il n'aurait pas souscrit s'il ne s'était pas trouvé dans une situation de dépendance économique ou de vulnérabilité, le contrat peut être annulé. L'Avant-projet protège, grâce à cette règle, les contractants victimes d'une grave injustice contractuelle dont ils souffrent en raison de la contrainte économique à laquelle ils étaient soumis lors de la conclusion du contrat et dont leur partenaire a tiré profit pour leur imposer un contrat injuste.

Ultime conquête jurisprudentielle consacrée par l'Avant-projet, qui s'inscrit dans ce mouvement de renforcement de la justice contractuelle : la consécration du *devoir de renégocier les contrats pour imprévision*. Depuis un arrêt rendu en 1992³, la Cour de cassation a « obligé », en effet, au nom de l'exigence de bonne foi, le contractant auquel profite le déséquilibre contractuel excessif survenu, en raison d'un changement de circonstances,

² Civ. 1^{re}, 3 avril 2002 : *Comm. com. élec.* 2002, n° 80, obs. Ph. Stoffel Munck ; *Contrats, conc., consom.*, 2002, n° 121, obs. L. Leveneur ; D. 2002, 1860, note J.-P. Gridel et somm. comm. 2844, obs. D. Mazeaud ; *Defrénois* 2002.1246, obs. E. Savaux ; J.C.P. 2002.I.184, obs. G. Virassamy ; *RTD civ.* 2002, 502, obs. J. Mestre et B. Fages.

³ Com., 3 nov. 1992 : *Defrénois*, 1993.1377, obs. J.-L. Aubert ; J.C.P. 1993.II.22164, obs. G. Virassamy ; *RTD civ.* 1993, 124, obs. J. Mestre.

lors de l'exécution du contrat, à renégocier le contrat, sous peine de mise en jeu de sa responsabilité contractuelle. Cette règle, qui peut s'expliquer par une exigence de solidarité entre les contractants lorsque l'un d'entre eux est confronté à une situation de crise qui ne lui est pas imputable, tempère le principe du refus de la révision judiciaire pour imprévision. Elle a été reprise, au moins dans son esprit, par l'Avant-projet. Lorsqu'un changement imprévisible de circonstances provoque un déséquilibre contractuel tel que l'exécution du contrat devient excessivement onéreuse pour un des contractants, ce dernier peut demander la renégociation de son accord à son partenaire. Si celui-ci refuse la renégociation, que le devoir de bonne foi impose pourtant, alors le juge peut, à titre de sanction, résilier le contrat pour imprévision.

Outre qu'il consacre les grandes évolutions jurisprudentielles qui constituent des conquêtes en matière de justice contractuelle, l'Avant-projet consolide d'autres créations de la Cour de cassation qui témoignent de l'accueil, dans notre modèle contractuel, de l'*impératif d'efficacité économique du droit*. Accueil remarquable, parce que traditionnellement, on considère que cet impératif est contraire à l'esprit de notre droit qui, fort de sa tradition morale, humaniste et sociale, répugnerait à concevoir une règle en fonction de son utilité et des avantages économiques qu'elle emporte. Pourtant, au rebours de cette vision traditionnelle, la Cour de cassation, en s'inspirant du droit européen du contrat, a réalisé récemment deux révolutions contractuelles qui reposent sur l'impératif d'efficacité économique du droit et qui ont été consacrées par l'Avant-projet de réforme du droit des contrats conçu par le ministère de la Justice.

Ainsi, en premier lieu, la Cour de cassation a admis en 1995 la *détermination unilatérale du prix*⁴, solution qui s'accorde mal *a priori* avec le dogme selon lequel le contrat repose sur l'égalité et la liberté des contractants, dogme qui justifiait, avant le revirement jurisprudentiel de 1995, l'annulation des contrats dans lesquels était stipulée une clause accordant le pouvoir à un des contractants de fixer unilatéralement le prix. Une telle clause, conférant un pouvoir unilatéral à un contractant, trahissait l'inégalité des

⁴ Ass. plén. 1^{er} déc. 1995 : D. 1996.13, note L. Aynès ; D. Aff. 1996, n° 1, p. 4, note A. Laude ; Defrénois, 1996.747, obs. Ph. Delebecque ; J.C.P. éd. G, 1996.II.22565, obs. J. Ghestin ; J.C.P. éd. E, 1996.II.776, obs. L. Leveneur ; *Petites Affiches*, 27 déc. 1995, p. 11, note D. Bureau et N. Molfessis ; R.J.D.A. 1996, p. 5, M. Frison-Roche ; *RTD civ.* 1996.153, obs. J. Mestre.

contractants au jour de la conclusion du contrat et emportait un risque d'injustice contractuelle sous la forme d'un prix abusif. En revanche, on sait que beaucoup de droits contractuels nationaux de l'Union européenne et les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats admettent la détermination unilatérale du prix. Et c'est parce que la Cour de cassation a pris conscience de l'isolement du droit français des contrats sur la scène européenne qu'elle a finalement décidé que le prix des contrats dont l'exécution s'inscrit dans la durée peut, en principe, être fixé unilatéralement. Avec ce remarquable revirement de jurisprudence, qui a été salué comme un grand tournant libéral, la Cour de cassation a intégré l'impératif d'efficacité économique comme une valeur nouvelle du modèle en question. En outre, en admettant la fixation unilatérale du prix, la Cour témoigne de la confiance faite « au marché » et à la libre concurrence.

L'Avant-projet a consacré cette intrusion de l'impératif d'efficacité économique du droit dans notre modèle contractuel et a repris le principe selon lequel le prix d'un contrat cadre et des contrats à exécution successive peut être fixé unilatéralement. Pour autant, cette orientation libérale imprimée à notre modèle contractuel, cette intrusion de la loi du marché dans notre droit des contrats ne se solde pas par une neutralisation des intérêts légitimes du débiteur du prix unilatéralement fixé, lesquels sont protégés. D'une part, une obligation de motivation en cas de contestation du prix unilatéralement fixé est imposée à la charge du maître du prix. D'autre part, l'existence du pouvoir unilatéral est canalisée par une réserve d'abus: si le maître du prix exerce abusivement son pouvoir, sa responsabilité peut être engagée et la résolution du contrat peut être prononcée. On le comprend, le débiteur du prix est protégé contre l'exercice arbitraire du pouvoir de fixation unilatérale de son cocontractant.

La seconde empreinte dans l'Avant-projet de réforme de l'accueil de l'impératif d'efficacité économique du droit réside dans la consécration de la *résolution unilatérale du contrat inexécuté*.

Le principe de la résolution judiciaire qui a dominé le droit français pendant près de deux siècles est extrêmement révélateur des valeurs sur lesquelles repose notre modèle contractuel. Valeur morale, d'une part, parce que le principe de la résolution judiciaire permet de garantir l'effectivité du principe moral du respect de la parole donnée, en évitant que le créancier n'exploite la moindre défaillance de son partenaire pour se délier de son engagement; seul le juge peut donc décider si l'inexécution est

d'une gravité telle qu'elle doive conduire à la résolution. Valeur humaniste, d'autre part, parce qu'en obligeant le créancier du contrat inexécuté à agir devant le juge pour en obtenir la résolution, le principe de la résolution judiciaire permet au juge, sous la forme de délais de grâce accordés au débiteur, de prendre en considération la situation du débiteur en difficulté.

Judiciaire en droit français, la résolution est extrajudiciaire dans un grand nombre de droits européens; concrètement, une partie peut résoudre le contrat ou l'obligation s'il y a inexécution essentielle de la part de l'autre. Ce principe de la résolution unilatérale, de la résolution sans juge est évidemment fortement inspiré par l'impératif d'efficacité économique du droit. L'idée est essentiellement, grâce à l'éviction du juge, de faire gagner temps et argent au créancier, victime de l'inexécution; au lieu de subir l'attente aléatoire inhérente à l'intervention du juge, il peut rapidement conclure un nouveau contrat avec un tiers, sans perdre son temps et son argent.

Depuis 1998, la Cour de cassation s'est à nouveau convertie à l'impératif d'efficacité économique du droit, puisqu'elle admet désormais 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 périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non»⁵. Cette jurisprudence est non seulement consacrée, mais encore renforcée par l'Avant-projet de réforme, puisque la résolution unilatérale n'est plus simplement appréhendée comme une exception au principe de la résolution judiciaire, mais est traitée comme un principe concurrent: le créancier, victime de l'inexécution, a le choix entre les deux modes de résolution.

Cette importante concession à la loi du marché ne se solde pas par un abandon des valeurs traditionnelles du modèle contractuel français. La protection du débiteur, dont le manquement contractuel est invoqué par son cocontractant pour fonder la résolution unilatérale du contrat, est préservée par quelques mesures propres à éviter l'exercice abusif du droit de résolution unilatérale. En particulier, le juge peut être saisi de la légitimité de la résolution unilatérale par le contractant qui la subit. Dans le respect de la tradition contractuelle française, la résolution, fut-elle unilatérale,

⁵ Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998: D.1999.197, note Ch. Jamin et somm.comm.115, obs. Ph. Delebecque; *Defrénois*. 1999.374, obs. D. Mazeaud; *RTD civ.* 1999.374, obs. J. Mestre.

n'est donc pas exclusive d'un contrôle judiciaire. Mieux, en cas de résolution unilatérale illégitime ou abusive, le juge peut, à titre de sanction, ordonner la poursuite de l'exécution du contrat, en octroyant au besoin un délai de grâce au débiteur en difficulté. Cette sanction judiciaire permet de sauvegarder le principe moral du respect de la parole donnée et de ne pas sombrer dans une vision désincarnée et utilitariste du rapport contractuel qui se traduirait par l'option offerte au créancier entre, d'une part, exécuter le contrat et, d'autre part, le rompre moyennant une certaine somme.

Après avoir constaté que, pour une assez large part, l'Avant-projet de réforme constituait le reflet de la tradition contractuelle française et la réplique des grandes évolutions jurisprudentielles qui se sont produites depuis quelques années, il faut désormais nous arrêter sur les dispositions de ce texte qui révèlent qu'il est aussi le ferment d'importantes innovations contractuelles.

III. Le ferment d'innovations

Au titre des nombreuses et importantes innovations de l'Avant-projet, on s'arrêtera, en premier lieu, sur une *innovation structurelle*. En effet, à l'image des codifications européennes et internationales du droit des contrats, le *plan* du futur Code repose sur un critère d'ordre chronologique. En d'autres termes, il reflète la chronologie du processus contractuel, ce qui s'inscrit parfaitement dans la perspective d'une amélioration de l'intelligibilité et de l'accessibilité du droit des contrats. En tous cas, ce plan est moins dogmatique, moins académique, moins abstrait, plus logique, plus clair et plus harmonieux que celui du Code civil actuel.

En deuxième lieu, il convient de relever une *innovation majeure de politique juridique* dans l'Avant-projet de réforme, qui consiste dans la présence de *principes directeurs du droit des contrats*, lesquels expriment le socle philosophique, idéologique et politique sur lequel repose notre futur modèle contractuel. Ces **principes directeurs** sont au nombre de trois : il s'agit de la *liberté contractuelle*, de la *sécurité contractuelle* (qui regroupe en son sein les règles de la force obligatoire du contrat et d'exécution forcée en nature) et de la *loyauté contractuelle*.

Cette innovation remarquable – et remarquée – a été très discutée et critiquée dans la doctrine française. Beaucoup doutent, non seulement de l'utilité de tels *principes* et de leur opportunité, en raison de leur redon-

dance avec les règles spéciales énoncées dans la suite du sous-titre relatif au contrat. Mais surtout, beaucoup s'inquiètent de la présence, dans ces *principes directeurs*, du devoir de bonne foi. En effet, la bonne foi suscite toujours une certaine méfiance en raison des pouvoirs qu'elle confère au juge dans le contrat. Or, si en droit positif, le devoir de bonne foi est exploité comme une simple force d'appoint et joue encore un rôle secondaire, beaucoup redoutent que, dotée d'un statut de *principe directeur*, la bonne foi ne devienne une valeur essentielle du droit des contrats. D'où la crainte d'une *judiciarisation* du droit des contrats, laquelle emporte fatalement un risque d'instabilité contractuelle.

En troisième lieu, on évoquera quelques *innovations d'ordre substantiel* qui innervent l'Avant-projet gouvernemental de réforme du droit des contrats.

D'abord, on retiendra l'*apparition de règles qui sont aujourd'hui complètement absentes de notre Code civil*, absence dommageable pour les praticiens du droit, tant les questions que ces règles régissent présentent une importance pratique considérable et suscitent un contentieux important. Ainsi, l'Avant-projet comporte toute une série de règles relatives au *processus de formation du contrat*. Alors que le Code actuel est totalement muet sur cette phase pourtant cruciale du processus contractuel, fort opportunément, l'Avant-projet lui consacre tout un chapitre composé de règles qui régissent la négociation du contrat, l'offre et l'acceptation, la date et le lieu de formation et les avant-contrats. D'autre part, l'Avant-projet comporte toute une série de *règles relatives à la durée du contrat*, question sur laquelle règne un silence assourdissant dans notre Code, silence d'autant plus préjudiciable que le contentieux relatif à la durée des contrats à durée déterminée, notamment, est très important. Sont donc opportunément intégrées dans le Code, contribuant ainsi indiscutablement à sa modernisation, des règles précises sur le renouvellement, la prorogation et la tacite reconduction de ce type de contrats.

Ensuite, toujours au titre des innovations substantielles, on relèvera que, faute d'intégrer la révision judiciaire pour imprévision dans notre Code, l'Avant-projet prévoit, dans ce cas de figure, la *résiliation judiciaire pour imprévision*. En effet, en cas d'échec ou de refus de la renégociation, le juge peut mettre fin au contrat devenu profondément déséquilibré au cours de son exécution en raison d'un changement de circonstances imprévisible. Cette faculté accordée au juge constitue une mesure fortement

incitative, voire préventive, de l'échec de la renégociation conventionnelle. Les contractants ont, en effet, tout intérêt à se mettre d'accord, s'ils ne veulent pas voir le juge mettre fin au contrat aux conditions qu'il estimera les plus équitables.

Enfin, pour en finir avec ce bilan des innovations les plus remarquables de l'Avant-projet de réforme du droit des contrats, il importe d'évoquer deux règles qui constituent de nouvelles concessions à l'impératif d'efficacité économique du droit. La première règle sur laquelle on s'arrêtera est celle qui permet à un contractant de *résoudre unilatéralement un contrat, avant l'échéance*, lorsqu'il est manifeste que l'autre partie ne pourra pas exécuter son obligation essentielle. L'influence du droit européen et le poids de l'analyse économique du droit dans l'admission de la résolution unilatérale anticipée, qui permet au créancier d'esquiver le risque d'inexécution, sont manifestes. Ce pouvoir d'anticipation conféré au créancier, qui repose sur une vision économique du rapport contractuel, tranche avec l'idée française classique selon laquelle nul ne peut se faire justice à soi-même, puisqu'il accorde au créancier le droit de se faire justice à lui-même avant même d'avoir subi le moindre dommage contractuel.

La seconde règle à laquelle il convient de faire allusion dans cette *Lettre de France* est celle qui dispose que *le principe de l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles peut être écarté « si son coût est manifestement déraisonnable »*. D'inspiration européenne, cette règle, qui a immédiatement été très critiquée en doctrine, est susceptible, me semble-t-il de deux interprétations différentes. On peut, d'une part, y déceler la trace d'une exigence d'éthique contractuelle, en ce sens que lorsque l'exécution forcée en nature est « extrêmement onéreuse pour le débiteur », on peut légitimement se demander s'il n'est « pas alors abusif de la part du créancier de l'exiger alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit »⁶.

Mais, on peut, d'autre part, découvrir dans cette règle l'empreinte de l'analyse économique du droit et, plus précisément, de la théorie de la « violation efficace », théorie en vertu de laquelle, en bref, la parole donnée ne vaut d'être respectée que si le débiteur y trouve intérêt et peut ne pas être respectée si celui-ci y met le prix. Si telle était la portée à accorder à

cette exception, l'atteinte portée aux fondations du modèle contractuel français serait importante, car cela reviendrait à balayer du revers de la main le principe moral du respect de la parole donnée. Mais, il ne faut sans doute pas aller aussi loin.