

La réforme du droit des contrats : un nouvel empire pour les clauses contractuelles

Mustapha Mekki

Agrégé des Facultés de droit

Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité

Directeur de l'IRDA

Article rédigé pour Omnimag 2016 (Ateliers Omnidroit, Avignon 2016)

Avant le texte, le contexte. L'attente a été longue ! Enfin, la réforme du droit des obligations a vu le jour avec l'ordonnance du 10 février 2016. En attendant la loi de ratification devant être votée avant le sixième mois qui suit son entrée en vigueur, l'ordonnance offre un droit des obligations en général et un droit des contrats en particulier plus adaptés à notre temps. Cette ordonnance est le résultat d'un processus de réforme qui s'est accéléré avec l'avant-projet élaboré par la commission présidée par Pierre Catala en 2005 et les avant-projets de la commission présidée par François Terré. Plusieurs projets de la Chancellerie ont vu le jour en 2008, 2009 et 2013. Finalement, la décision a été prise de réformer ce droit par voie d'ordonnance. Une loi d'habilitation a été votée en 2015 et un projet d'ordonnance a été soumis à la consultation publique qui s'est clôturée fin avril 2015. Les suggestions, observations et commentaires du projet ont été nombreux et les rédacteurs de la Chancellerie ont fait preuve d'une honnêteté intellectuelle sans faille en lisant puis en intégrant un grand nombre des propositions qui avaient été faites par les acteurs économiques et par les professionnels du droit. Le résultat est une ordonnance globalement satisfaisante même si, dans le détail, elle va poser de nombreuses difficultés.

Les objectifs poursuivis par le législateur sont propres à toute codification ou recodification. Dans un contexte de globalisation et de concurrence entre les systèmes juridiques, il fallait rendre notre droit des contrats, seul ici étudié, plus attractif. Pour ce faire, il convenait de le rendre plus accessible et plus compréhensible. Ces objectifs sont en partie atteints car de nombreux pans de la jurisprudence ont fait l'objet d'une consolidation, attestant d'une codification qui est avant tout de droit constant. Ainsi du régime de la conclusion du contrat (offre, acceptation et contrats préparatoires) qui fait son entrée dans le code civil. Ainsi encore des remèdes à l'inexécution (clause résolutoire, résolution par notification, exécution forcée en nature de droit...) qui figurent aux articles 1217 et suivants du nouveau code civil. Les innovations ne sont pas non plus négligeables (révision pour imprévision, art. 1195 ; violence en cas d'abus d'un état de dépendance, art. 1143 ; clauses abusives dans les contrats d'adhésion, art. 1171 ; éviction de l'exécution forcée en nature en cas de disproportion manifeste, art. 1221 ; exception pour risque d'inexécution, art. 1220...). La forme du titre III du livre III est également plus rigoureuse, l'ordonnance ayant choisi de présenter la naissance, la vie et la mort du contrat. Quant aux valeurs véhiculées par la réforme, elles se rapportent à la justice contractuelle et à l'efficacité économique (bonne foi, disproportion manifeste entre le coût pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier, déséquilibre significatif, avantage manifestement excessif, exécution excessivement onéreuse...), comme l'avait souligné la loi d'habilitation.



**LES ATELIERS OMNIDROIT
D'AVIGNON 2016**

L'événement annuel de la formation juridique

[INSCRIVEZ-VOUS](#)



[TÉLÉCHARGER LE PROGRAMME](#)

Le produit final est bien plus subtil que ne le laissait penser la loi d'habilitation. La lecture et l'analyse des différentes dispositions, éclairées par un énigmatique rapport remis au président de la République censé servir d'exposé des motifs à défaut de véritables travaux préparatoires, font apparaître une forme d'américanisation du droit des contrats. Le contrat est davantage abordé sous l'angle de ses clauses contractuelles et redevient la chose des parties. Plusieurs éléments en attestent. Tout d'abord, le principe de liberté contractuelle est sacralisé comme le pilier du temple contractuel au sein de l'article 1102 du nouveau code civil. Ensuite, le rapport fait observer que tout ce qui n'est pas d'ordre public est supplétif, invitant les parties à aménager les dispositions du code civil. Reste qu'il est bien difficile parfois de déterminer la frontière entre l'impératif et le supplétif, quoi qu'en dise le rapport dont la valeur normative contraignante est inexistante. Tout dépendra de l'appréciation du juge. Par exemple, peut-on renoncer à l'exécution forcée en nature (art. 1124 et 1221 C. civ.) ? Peut-on évincer la révision unilatérale du prix en cas d'exécution imparfaite (art. 1223 C. civ.) ? Peut-on écarter toute référence à la disproportion manifeste pour écarter le droit à l'exécution forcée en nature (art. 1221 C. civ.) ?

L'effet pervers de cette américanisation est une tendance, qui se confirmera assez rapidement, à un gonflement du contenu contractuel. Cette américanisation s'accompagne, paradoxalement, d'une apparente déjudiciarisation du droit des contrats. Les prérogatives unilatérales accordées aux parties susceptibles d'être exercées hors le juge se multiplient, reléguant le juge à un contrôle *a posteriori* (pouvoir de fixer unilatéralement le prix, de rompre unilatéralement le contrat, de réviser unilatéralement le prix, d'obtenir l'exécution forcée par un tiers hors le juge...). L'objectif, clairement affiché dans la réforme de la justice du XXI^e siècle, est de faire du juge un dernier recours, une mesure ultime. En quelque sorte, on encourage un droit attractif des contrats en mettant en place un juge répulsif.

En même temps, cette liberté contractuelle plus épanouie a un prix. Si elle n'est pas exercée avec modération, le juge se voit accorder un pouvoir d'immixtion plus important grâce, principalement, à la prolifération des standards juridiques (raisonnable, disproportion, légitime, excessif, significatif, coût...). Il va surtout se livrer à une police plus intense des clauses contractuelles grâce principalement à deux dispositions : l'article 1170 pour les clauses qui privent de sa substance l'obligation essentielle et l'article 1171 qui concerne, dans les contrats d'adhésion, les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Les parties devront changer leurs habitudes rédactionnelles. Il va falloir définir, justifier, expliquer et contextualiser les principales clauses du contrat. L'ordonnance du 10 février 2016 met ainsi en place un subtil et fragile équilibre entre les pouvoirs des parties et ceux du juge.

Avant le texte de l'ordonnance, le temps de l'ordonnance. Que les contractants se rassurent, l'ordonnance comporte des dispositions transitoires (art. 9). Les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 sont soumis à la loi ancienne. L'ordonnance ne s'applique qu'aux contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016, sauf pour les actions interrogatoires dont les dispositions (pacte de préférence, représentation et nullité) sont applicables immédiatement, dès le 11 février 2016, aux contrats en cours. Cette simplicité apparente sera à dire le vrai, dans les mois à venir, le nerf de la guerre.

Plusieurs doutes persistent en effet. Si le législateur prévoit le principe de survie de la loi ancienne, est-ce que cela exclut l'effet immédiat décidé par un juge au moyen du raisonnement classique selon lequel la disposition concernée serait empreinte d'un ordre public impérieux ou serait un effet légal du contrat ? Par exemple, les règles relatives aux restitutions sont, selon les termes du rapport remis au président de la République, un « effet de la loi ». Ces dispositions ne devraient-elles pas s'appliquer immédiatement aux contrats en cours ? Dans le même esprit, ne peut-on pas considérer que les dispositions relatives à la lutte contre les clauses abusives sont fondées sur un ordre public impérieux ? À l'inverse, on pourrait défendre l'idée que la référence faite formellement par le législateur au principe de survie de la loi ancienne exclut en amont toute référence à l'ordre public impérieux ou à l'effet légal du contrat. Cela n'est pas si évident.

Ensuite un juge ne pourrait-il pas, alors que l'ordonnance n'est pas applicable à un contrat conclu antérieurement à son entrée en vigueur, décider de s'inspirer de l'ordonnance et de modifier sa jurisprudence pour être en cohérence et en harmonie avec le futur droit des obligations et éviter que des sujets de droit soient traités de manière différente ? On pense à la jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation qui refuse aujourd'hui toute exécution forcée en nature de la promesse unilatérale de vente (*contra*, art. 1124, al. 2, nouv. C. civ.), ou encore à la Cour de cassation qui refuse actuellement d'évincer l'exécution forcée en nature en cas de disproportion manifeste entre le coût pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier (*contra*, art. 1221 nouv. C. civ.).

Enfin, de nombreuses hypothèses laissent planer un doute sur la place temporelle du contrat. Prenons le cas d'une offre avec délai émise avant le 1^{er} octobre 2016 dont le pollicitant décéderait après le 1^{er} octobre 2016. Doit-on appliquer la jurisprudence actuelle qui considère que l'offre n'est pas caduque ou l'ordonnance qui considère qu'elle est caduque ? Lorsqu'il s'agit d'un contrat-cadre conclu avant le 1^{er} octobre 2016 avec un litige qui naît à propos d'un contrat d'application conclu après le 1^{er} octobre 2016, doit-on considérer qu'ils forment un tout unique et indivisible et appliquer la loi ancienne ? Lorsqu'il est question d'une promesse synallagmatique de vente qui vaut vente, conclue avant le 1^{er} octobre avec une réitération des consentements devant notaire après le 1^{er} octobre 2016, quel droit est applicable ? Enfin peut-on envisager par une clause une application anticipée du droit nouveau ? En théorie oui. Mais comme le disait Pierre Desproges, « je veux vivre en théorie, car en théorie tout va bien ». Or, la pratique va mettre en lumière les nombreuses zones d'ombre de l'ordonnance. Il semble donc préférable, si c'est envisageable, de rester sous l'empire de la loi ancienne.

L'ordonnance est une opportunité incroyable pour les parties qui sont invitées à faire preuve d'imagination, confirmant en cela l'observation d'André Malraux selon laquelle « le droit est la plus belle école de l'imagination » ! Les professionnels du droit vont devoir exercer leur art de la clause. Quant au juge, dernier recours, il veillera au moyen de cette large boîte à outils que le législateur met à sa disposition, composée de nombreuses notions à contenu variable, à ce que ces clauses ne soient pas excessives et qu'elles concilient au mieux justice contractuelle et efficacité économique.