



PRÉPA DALLOZ
EXAMEN DU CRFPA
2014

**Droit des obligations –
Tome I**

9782991671986



DROIT DES OBLIGATIONS – Tome I

Par Carole AUBERT DE VINCELLES

Session 2014





Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d’alerter le lecteur sur la menace que représente pour l’avenir de l’écrit, particulièrement dans le domaine de l’édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s’est généralisée dans les établissements d’enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des oeuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd’hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l’auteur, de son éditeur ou du Centre français d’exploitation du droit de copie (CFC, 20 rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

DALLOZ

31-35 rue Froidevaux, 75685 Paris cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n’autorisant aux termes de l’article L. 122-5, 2° et 3° a), d’une part, que les copies ou reproductions « strictement réservées à l’usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et d’autre part, que les analyses et courtes citations dans un but d’exemple et d’illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l’auteur ou ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, tout comme le fait de la stocker ou de la transmettre sur quelque support que ce soit, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée pénalement par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Plan du support de révision

Partie 1 – Contrats et quasi-contrats

Sous-partie 1 – Contrats	13
Thème 1 – Introduction au droit des contrats	15
Section 1 – Généralités	16
§ 1. Notion de contrat.....	16
§ 2. Fondements du droit des contrats.....	16
§ 3. Sources du droit des contrats	18
Section 2 – Réforme du droit des contrats	20
§ 1. Mouvements européen et communautaire	20
§ 2. Réforme nationale	21
Thème 2 – Processus de formation du contrat	48
Section 1 – Conclusion du contrat	50
§ 1. Processus classique : acceptation d’une offre	50
§ 2. Processus progressif : les phases préparatoires	53
§ 3. Processus particuliers : les contrats à distance.....	59
Section 2 – Forme du contrat	61
§ 1. Place du formalisme dans le droit des contrats	61
§ 2. Manifestations du formalisme	61
Thème 3 – Consentement	81
Section 1 – Protection <i>a posteriori</i> : les vices du consentement	83
§ 1. Erreur	83
§ 2. Dol.....	87
§ 3. Violence	92
Section 2 – Protection <i>a priori</i>	94
§ 1. Obligation d’information.....	94
§ 2. Délais de réflexion et de rétractation	96
Thème 4 – L’objet	141
Section 1 – Objet de l’obligation : la prestation	143
§ 1. Existence de l’objet	143
§ 2. Détermination de l’objet.....	143
§ 3. Licéité de l’objet.....	145
Section 2 – Equilibre de l’objet du contrat	149
§ 1. Droit commun : l’absence de lésion	149
§ 2. Droit de la consommation : les clauses abusives	150
§ 3. Extension des clauses abusives entre professionnels.....	155
Thème 5 – La cause	200
Section 1 – Existence de la cause	201
§ 1. Rôle classique de la cause.....	201
§ 2. Tendances évolutives	204
§ 3. Sanctions.....	208



Section 2 – licéité de la cause.....	209
Thème 6 – La nullité.....	237
Section 1 – Notion de nullité	238
§ 1. Distinction des nullités relatives et absolues.....	238
§ 2. Domaines des nullités relatives et absolues	238
Section 2 – Régime de la nullité	239
§ 1. Mise en œuvre de l’action	239
§ 2. Conséquences de l’annulation	242
Thème 7– L’exécution du contrat.....	258
Section 1 – La force obligatoire du contrat.....	260
§ 1. Obligation d’exécuter	260
§ 2. Obligation d’exécuter de bonne foi.....	271
Section 2 – L’interprétation	274
§ 1. Objet de la recherche	274
§ 2. Contrôle	274
Thème8 – L’exécution forcée du contrat	301
Section 1 – Exécution forcée par le débiteur.....	302
§ 1. Obligations de donner	303
§ 2. Obligations de faire ou de ne pas faire.....	303
§ 3. Obligations monétaires.....	304
Section 2 – Exécution forcée par un tiers.....	305
Thème 9 – L’inexécution des contrats synallagmatiques.....	308
Section 1 – Exception d’inexécution.....	310
§ 1. Conditions	310
§ 2. Effets	310
Section 2 – Résolution du contrat	311
§ 1. Résolution judiciaire	311
§ 2. Résolution unilatérale	313
§ 3. Résolution conventionnelle : la clause résolutoire	315
Section 3 – impossibilité d’exécution et théorie des risques	316
§ 1. Impossibilité d’exécution	316
§ 2. Conséquences.....	316
Thème 10 – Responsabilité contractuelle	326
Section 1 – responsabilité légale	328
§ 1. Mise en jeu de la responsabilité.....	328
§ 2. Effets : la réparation.....	337
Section 2 – Aménagements conventionnels.....	339
§ 1. Clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.....	339
§ 2. Clauses pénales.....	343
Thème 11 – Effet relatif du contrat	388
Section 1 – Effet obligatoire à l’égard des parties.....	389
Section 2 – Opposabilité aux tiers	390
§ 1. Contrat opposé aux tiers.....	390
§ 2. Contrat invoqué par les tiers	390



Section 3 – Cas particulier des groupes de contrats.....	391
§ 1. Chaînes de contrats	392
§ 2. Ensembles contractuels	393
Thème 12– Contrats pour autrui	422
Section 1 – Contrat au nom d’un tiers : la représentation	423
§ 1. Constitution de la représentation.....	423
§ 2. Effets de la représentation parfaite	423
Section 2 – Contrat en son propre nom mais pour un tiers	423
§ 1. Contrat au profit d’un tiers : la stipulation pour autrui	424
§ 2. Contrat à la charge d’un tiers : la promesse de porte-fort	425
Sous-partie 2 – Quasi-contrats.....	429
Thème 13– Quasi-contrats légaux	431
Section 1 – Gestion d’affaires	432
§ 1. Conditions de la gestion d’affaires.....	432
§ 2. Effets de la gestion d’affaires	433
Section 2 – Paiement de l’indu.....	434
§ 1. Conditions de la répétition de l’indu	434
§ 2. Effet de la répétition de l’indu : obligation de restitution	436
Thème 14– Quasi-contrats jurisprudentiels.....	439
Section 1 – Enrichissement sans cause.....	440
§ 1. Conditions d’exercice de l’action <i>de in rem verso</i>	440
§ 2. Effets de l’action <i>de in rem verso</i>	443
Section 2 – Création d’illusion	443
§ 1. Fondements antérieurs.....	444
§ 2. Revirement et quasi-contrat.....	445



Programme du CRFPA

Programme fixé par l'arrêté du 11 septembre 2003 fixant le programme et les modalités de l'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats

I. – Les sources des obligations

- le contrat (théorie générale) ;
- la responsabilité civile (contractuelle et extra-contractuelle) ;
- les quasi-contrats.

II. – Le régime des obligations (effets, transmission, extinction des obligations)

III. – Les preuves



Partie 1

Contrats et quasi-contrats

Bibliographie générale

1. Ouvrages généraux

- BÉNABENT A., *Droit civil, les obligations*, Domat Montchrestien, 13^e éd., 2012.
- CARBONNIER J., *Les obligations*, PUF, coll. « Quadrige », volume II, 2004.
- FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, Tome I, Le contrat*, PUF, coll. « Thémis », 3^e éd., 2012 ; *Tome II, Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. « Thémis », 3^e éd., 2013.
- FAGES B., *Droit des obligations*, LGDJ, 4^e éd., 2013.
- FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations, Tome I, L'acte juridique*, Armand Colin, 15^e éd. 2012.
- FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations, Tome 2, Le fait juridique*, Armand Colin, 14^e éd., 2011.
- FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations, Tome 3, Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 8^e éd., 2013.
- GHESTIN J., *Traité de droit civil*, LGDJ.
- La formation du contrat, Tome 1*, 4^e éd., 2013 (par J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet)
- La formation du contrat, Tome 2*, 4^e éd., 2013 (par J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet)
- Les effets du contrat* (par J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau), 3^e éd., 2001.
- LARROUMET Ch., *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, Économica, 6^e éd., 2007.
- MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations, Defrénois*, 6^e éd., 2013.
- MALINVAUD Ph. et FENOUILLET D., *Droit des obligations*, LexisNexis, 12^e éd., 2012
- PORCHY-SIMON S., *Les obligations*, Dalloz, coll. « Hypercours », 7^e éd., 2012.
- TERRÉ F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 11^e éd., 2013.
- TERRÉ F. et LEQUETTE Y., *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile, tome II (obligations, contrats spéciaux, sûretés)*, Dalloz, 12^e éd., 2008.

2. Ouvrages spécialisés

- CABRILLAC R., MAZEAUD D. et PRÜM A. (dir), *La liberté du consentement, le sujet, les droits de l'homme et la fin des « bonnes mœurs »*, Droits 2009 n° 48, PUF.
- CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e éd., 2010.
- CATALA P. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, La documentation française, 2006.
- DESHAYES O. (dir), *L'avant-contrat*, Actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008.
- JAMIN Ch. et MAZEAUD D. (dir), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003.
- LARDEUX G. (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011.
- LARDEUX G. (dir.), *L'équilibre du contrat*, PUAM, 2012
- MAURIN L., *Contrat et droits fondamentaux*, préf. E. Putman, LGDJ, 2013
- PICOD Y. et DAVO H., *Droit de la consommation*, Sirey, 2^e éd., 2010



Principes du droit européen du contrat, SLC, 2003 (Commission Lando).

RÉMY-CORLAY P. et FENOUILLET D. (dir), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N., POILLOT E., AUBERT DE VINCELLES C. et BRUNAUX G., *Les contrats de consommation, Règles communes, Traité de droit civil*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 2012

TERRÉ F. (dir), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009.



Sous-partie 1

Contrats

Thème 1

Introduction au droit des contrats

Plan du thème

Section 1 – GÉNÉRALITÉS

§ 1. Notion de contrat

§ 2. Fondements du droit des contrats

A. Liberté contractuelle

B. Bonne foi

§ 3. Sources du droit des contrats

Section 2 – RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

§ 1. Mouvements européen et communautaire

§ 2. Réforme nationale

Introduction au droit des contrats

Introduction

1. Le droit des contrats est aujourd'hui dans une phase évolutive importante en raison de deux faits majeurs récents :

– le premier fait tient dans l'attente d'une **réforme du droit des contrats** dont un projet de loi a été déposé au Sénat visant à réformer par ordonnance la théorie générale des contrats ainsi que le régime de l'obligation issus du code civil. Cette réforme est d'autant plus attendue que le droit européen des contrats, lui, évolue particulièrement vite et a donné lieu en octobre 2011 à un droit européen des contrats sous la forme d'une proposition de règlement instituant un droit commun européen de la vente ;

– le deuxième fait important tient dans la **constitutionnalisation** du droit en général et du droit des contrats en particulier, en raison de la multiplication de la saisine du Conseil constitutionnel sur des questions touchant la matière contractuelle.

Section 1 – GÉNÉRALITÉS

§ 1. Notion de contrat

2. Le contrat est l'une des cinq **sources d'obligation** présentées par le code civil à l'article 1370 (avec les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits et la loi). Il est défini à l'art. 1101 C. civ comme étant « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. »

3. Un contrat est un **accord de volontés** impliquant la présence d'au moins deux personnes, ce qui le distingue des actes unilatéraux et des engagements unilatéraux. C'est également un accord **constitutif d'obligations** impliquant que la volonté des parties a pour effet de faire naître des obligations, qu'elles pèsent sur l'une des parties ou les deux (distinction entre le contrat unilatéral ou synallagmatique), obligations consistant à donner, faire ou ne pas faire.

4. La naissance d'accords d'un nouveau genre, comme le « plan d'aide au retour à l'emploi » (Pare), le contrat de responsabilité parentale (loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances) ou encore le contrat d'accueil et d'intégration (décret du 23 décembre 2006) soulève des questions nouvelles quant à la notion même de contrat dans la mesure où ces accords ne font souvent que retranscrire des droits et des obligations qui existent déjà en vertu de la loi : de tels accords peuvent-ils être qualifiés de contrat ? Il semblerait que non d'après la chambre sociale de la Cour de cassation, considérant que faute d'obligations créées, cet accord ne peut être un contrat (sur le Pare : **Soc.**, **31 janv. 2007**, n° 04-19.464, *Bull. civ. V*, n° 15 ; *RTD civ.* 2007. 503, obs. Jacques ; *RDC.* 2007. 1085 obs. Rochfeld).

§ 2. Fondements du droit des contrats

5. Le code civil de 1804 ne fait mention d'aucun principe fondateur ; pourtant certains sont présents et ont irrigué non seulement le droit issu du code civil mais également l'évolution jurisprudentielle. Tel est le cas de la liberté contractuelle et de la bonne foi.



À noter

La **réforme** en cours du droit des contrats donne lieu à une controverse quant à la nécessité de préciser, dans la loi, des « **principes directeurs** » du droit des contrats. Certains droits européens en mentionnent et la première version connue de la réforme du droit des contrats prévoyait une section entière dédiée aux principes directeurs, parmi lesquels résidaient au moins la liberté contractuelle, la bonne foi et la force obligatoire. Les commentateurs sont soit enthousiastes, soit très



critiques, les uns y voyant une démarche moderne et européenne, les autres au mieux des textes inutiles, au pire des moyens laissés à l'arbitraire du juge pour intervenir dans le contrat.

La proposition de réforme émanant du groupe présidé par M. Terré mentionne également des dispositions préliminaires reprenant quelques principes transversaux au droit des contrats, comme la liberté contractuelle, le respect de l'ordre public et des droits fondamentaux, la bonne foi ainsi que l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (art. 3 à 6).

A. Liberté contractuelle

6. La philosophie de laquelle s'est inspiré le code civil en 1804 est profondément individualiste et libérale ; l'homme est libre de ses choix et de ses décisions, et donc libre de contracter. Cette liberté se manifeste traditionnellement à travers trois réalités : la liberté de contracter ou de ne pas contracter ; la liberté de choisir son cocontractant ; la liberté de déterminer le contenu du contrat c'est-à-dire des obligations auxquelles il va se soumettre. Sa seule limite est le respect de l'ordre public (art. 6 ; 1134 al. 1). Quant à la liberté de choix de son cocontractant, la jurisprudence a rendu dernièrement plusieurs décisions dans le cadre de l'adhésion à une association : d'abord, une association est libre de choisir ses adhérents (**Civ. 1^{re}, 6 mai 2010**, n° 09-66.969, *D.* 2010. 1279, obs. Delpech ; *D.* 2010. 2413, note G. Helleringer ; *RTD civ.* 2010. 556, obs. B. Fages) ; et les adhérents potentiels d'une association sont, ensuite, libres d'adhérer ou de ne pas adhérer, un contrat ne pouvant ainsi obliger les contractants à adhérer à une association (ainsi, « la clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association de commerçants et à maintenir son adhésion pendant la durée du bail est entachée d'une nullité absolue » : **Civ. 1^{re}, 20 mai 2010**, n° 09-65.045, *JCP* 2010. 925 note Planckeel ; *JCP* 2010. 983, obs. M. Mekki ; *RDC.* 2010/4, p. 1185 obs. C. Pérès).



Actualité

Manifestant leur liberté contractuelle, les parties sont libres de créer conventionnellement un droit réel démembré, au-delà de ceux prévus par la loi (comme l'usufruit ou la servitude). C'est ce que la Cour de cassation vient récemment de réaffirmer, reconnaissant un droit réel de jouissance spéciale conventionnellement créé, et confirmant ainsi l'absence de *numerus clausus* des droits réels principaux : « il résulte des articles 544 et 1134 du code civil que le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien » (**Civ. 3^e, 31 oct. 2012**, n° 11-16.304, *JCP* 2012. 1400, note F.-X. Testu ; *D.* 2013. 53, note L. d'Avout et B. Mallet-Bricout ; *JCP* 2013. 124, n° 2 obs. M. Mekki).

7. La liberté contractuelle n'avait pas encore eu de véritable **consécration constitutionnelle** (Cons. const. 3 août 1994, *JCP* 1995. II. 22404 ; *RTD civ.* 1996. 15 obs. Mestre : « aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle »), connaissant depuis quelques années simplement une protection particulière sous l'aile de principes à valeur constitutionnelle comme celui de la liberté : ainsi, « le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 » (Cons. const. 10 juin 1998, n° 98-401, *RTD civ.* 1998. 796 obs. Molfessis). Dernièrement, le Conseil constitutionnel a déclaré que « la liberté contractuelle... découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » en la mettant au même rang que la liberté d'entreprendre, consacrant ainsi clairement sa valeur constitutionnelle (Cons. const. 13 juin 2013¹. V. ég. Cons. const. 19 déc. 2000²).

1. n° 2013-672 DC : *JCP* 2013. 839 note Duchange ; *JCP* 2013. 929, note Ghestin ; *JCP* 2013. 974, obs. Mekki ; *RDC* 2013. 1285, note Pérès.

2. n° 2000-437 ; 13 janv. 2003, n° 2002-465, *RDC.* 2003. 9 obs. Revet ; 19 nov. 2009, n° 2009-592, *D.* 2010. Pan. 1508 ; 18 mars 2009, n° 2009-578.



8. La justice contractuelle était alors comprise comme l'écho de la liberté : dès lors que la volonté de l'homme s'exprime librement, le contrat auquel elle donne naissance est un contrat nécessairement **juste et équilibré** (« Qui dit contractuel dit juste »). La justice contractuelle est laissée à l'appréciation des parties ; le juge ne tient donc qu'une place limitée sans pouvoir jouer de rôle dans cet équilibre du contrat voulu par les parties et fruit de leur liberté.

9. Mais cette approche contractuelle, fondée en partie sur l'autonomie de la volonté, s'est révélée insuffisante et fautive. Le **monde contractuel changeant** du xx^e siècle et surtout de l'après-guerre, nécessita l'établissement de correctifs, limitant les excès de la liberté contractuelle. La transformation des rapports contractuels a engendré des disparités profondes entre les contractants, certains disposant d'une puissance économique, d'un accès au savoir, à la connaissance juridique et technique, alors que d'autres en étaient démunis. Cette disparité s'est manifestée entre professionnels et profanes, mais également entre professionnels qui peuvent, pour certains, être en situation de dépendance économique. Le droit du code civil est apparu insuffisant pour protéger les contractants en situation de faiblesse. Leur volonté n'est libre qu'en apparence, et qui dit contractuel ne dit plus forcément juste ; dans les rapports inégaux, l'application de l'autonomie de la volonté conduit le fort à opprimer le faible. À la formule de Fouillée, on a opposé celle de Lacordaire : « Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit la loi qui affranchit ». Le **législateur** a réagi en renforçant le cadre contraignant, c'est-à-dire des règles impératives encadrant le contrat (par ex. législation sur les baux d'habitation ; sur le travail ; et souvent en dehors du code civil par des règles spéciales (par ex. le droit de la consommation). Quant au **juge**, il a utilisé les outils classiques du code civil pour les adapter à cette évolution (évolution du dol ; obligation d'information ; obligation de sécurité ; forçage du contrat ; évolution de la cause ; On a parlé alors de « crise du contrat » : quel équilibre trouver entre le libéralisme excessif et le dirigisme contraignant ?

B. Bonne foi

10. La bonne foi figure dans le code civil à l'article 1134 al. 3 quant à l'exécution du contrat. De cet article, la Cour de cassation en a fait une application diversifiée, notamment depuis l'après-guerre, tant dans la **formation** du contrat (par ex. rapports précontractuels et règles de la rupture ; appréciation du dol ; fondement de l'obligation précontractuelle d'information, que dans son **exécution** (par ex. contrôle des clauses résolutoires, cf. Thème 9 n° 27 s.). Cette notion agit comme un correctif à la liberté contractuelle permettant d'en éviter les excès ; elle nécessite de prendre en compte le rapport contractuel dans lequel s'inscrit cette liberté, et donc d'une certaine manière son cocontractant.

11. La notion de bonne foi tient une place plutôt privilégiée dans les **travaux académiques** européens et internationaux, malgré l'absence d'un tel principe en droit anglais (art. 1 : 201 PDEC ; art. 1.7 Principes Unidroit relatifs au commerce international). La proposition de réforme émanant du groupe présidé par M. Terré a proposé l'introduction d'un tel devoir général, couvrant la formation et l'exécution du contrat. La dernière version connue du **projet de réforme** faisait de même.

12. Certains auteurs souhaiteraient que le droit français aille encore plus loin dans cette approche sociale du contrat en faisant prévaloir, au-delà de la bonne foi, des devoirs de collaborations et de prise en compte de l'intérêt d'autrui. C'est le mouvement appelé du « **solidarisme contractuel** », c'est-à-dire considérer que le contrat n'est pas que le fruit de deux individualismes égoïstes, mais qu'il forme la rencontre d'un accord où seraient pris en compte les intérêts de l'autre, à l'image d'une société (not Jamin Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in Études J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 ; Mazeaud D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in *Mélanges Terré*, Dalloz, 1999, p. 603). Si le juge est plutôt réticent, il peut parfois reconnaître dans certains contrats de longue durée des liens de confiance justifiant un tel devoir.

§ 3. Sources du droit des contrats

13. **Les sources du droit des contrats deviennent constitutionnelles depuis que le Conseil constitutionnel reconnaît une certaine valeur constitutionnelle à plusieurs principes contractuels, comme la liberté contractuelle dérivée de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (cf. supra**



n° 7), la faculté de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, la responsabilité civile, la liberté d'association ou encore la liberté d'entreprendre. Ces sources constitutionnelles prennent une ampleur considérable depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (L. const. n° 2008-724, 23 juill. 2008, *JO* du 24 juillet 2008 ; L. org. n° 2009-1523, 10 déc. 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JO* du 11 décembre 2009). Alors que ces questions se multiplient, le droit des contrats n'est pas épargné du fait précisément de l'existence de ces principes déjà reconnus par le Conseil constitutionnel par le prisme desquels les lois contractuelles peuvent être appréciées. La première touchant le droit des contrats est d'une actualité brûlante puisque le Conseil constitutionnel vient de déclarer conforme au principe de légalité des crimes et des délits l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce relatif à l'interdiction de « soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties » (Cons. constit., 13 janv. 2011, n° 2010-85, QPC, Darty, *D.* 2011. 415, note Y. Picod ; *JCP* 2011. 274, note D. Mainguy. – Com., 15 oct. 2010, n° 10-40.039, *D.* 2010. 2508, obs. Chevrier. *Cf. infra* n° 45).

14. Elles sont également **internationales** (certaines conventions internationales ont une influence très importante comme la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises) et européennes. En effet, le droit **européen** des contrats s'est essentiellement développé, pour le moment, en droit de la consommation, accentuant ainsi la recherche de protection de la partie faible au contrat. Si ces directives européennes ont été transposées dans le code de la consommation, et non le code civil pour la matière contractuelle, elles participent à cette approche renouvelée du contrat, influençant tant le législateur que le juge. De plus, autre source européenne, la **Convention européenne** de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales joue un rôle de plus en plus important en droit des contrats, participant ainsi à une certaine « fondamentalisation » du droit des contrats. Cette fondamentalisation du droit des contrats se manifeste à deux égards : d'abord par l'anéantissement de certaines dispositions contractuelles contraires à la CEDH (pour les exemples, *cf.* Thème 4, n° 21), mais également, ensuite, par la mise à l'écart de certaines dispositions législatives dans le cadre du contrôle de conventionnalité exercé par les tribunaux nationaux.



À noter

Dans le cadre de ce contrôle de conventionnalité, une illustration bien connue en matière contractuelle est l'**affaire dite des « tableaux d'amortissement »** qui connaît des rebondissements depuis plus de 15 ans, et un dernier plus récemment, par un arrêt du 30 sept. 2010 rendu par la 1^{re} chambre civile.

Rappel. Le contentieux général débuta en 1994 lorsque la Cour de cassation décida par deux arrêts (Civ. 1^{re}, 16 mars 1994 : *Bull. civ.* 1994, I, n° 100. – Civ. 1^{re}, 20 juill. 1994 : *Bull. civ.* 1994, I, n° 262) que l'échéancier des amortissements, exigé par l'article 5 de la loi du 13 juill. 1979 (C. consom., art. L. 312-8) et annexé à l'offre préalable de crédit immobilier, devait s'entendre d'un document précisant « pour chaque échéance la part de l'amortissement du capital par rapport à celle couvrant les intérêts ». L'absence de ce « tableau » qu'exigeait alors la Cour de cassation, et que les banques n'avaient jamais remis avant cette interprétation, exposait les banques à la sanction d'une offre irrégulière, c'est-à-dire à une possible déchéance du droit aux intérêts (C. consom., art. L. 312-33). Sous la pression des banques, le législateur est intervenu pour valider rétroactivement, par la loi n° 96-314 du 12 avril 1996 (art. 87-I), tous les tableaux irréguliers antérieurement remis. Cette loi ayant été déclarée conforme à la Constitution pour le Conseil constitutionnel (9 avr. 1996, n° 96-375, *D.* 1998. Somm. 150 obs. Gaia ; *AJDA* 1996. 369, note Schrameck), un nouveau contentieux émergea quant à la conformité de cette loi à la Convention européenne des droits de l'homme et particulièrement au regard de deux principes différents que violeraient les lois de validation : l'art. 6 § 1 lorsqu'une loi de validation est applicable aux instances en cours, comme en l'espèce ; et l'art. 1^{er} du protocole 1^{er} relatif au respect des biens en raison de l'atteinte que constituerait la loi rétroactive à l'espérance légitime (vue comme un bien) des emprunteurs de pouvoir obtenir le remboursement des intérêts déçus. La Cour européenne condamna la France pour la violation par ces lois de validation de ces deux principes (pour l'art. 6 : le célèbre arrêt *Zielinski*, CEDH, 28 oct. 1999, *D.* 2000. Somm. 184, obs. Fricero ; *RTD civ.* 2000. 436 Marguenaud (sur le droit du travail) ; CEDH, 11 avril 2006, *Cabournin*



c/ France, et 18 avril 2006, *Vezone c/ France* ; *RTD civ.* 2006. 263 ; *RDC.* 2006. 879 obs. Debet (sur les tableaux d'amortissement). Pour l'art. 1^{er} du Protocole 1^{er} : CEDH, 14 fév. 2006, *Le carpentier c/ France*, *JCP* 2006. II. 10171 note Thioye ; *RDC.* 2006. 879 obs. Debet ; *D.* 2006. 717 obs. Rondey ; *RTD civ.* 2006. 261 obs. Marguénaud).

Actualité. Récemment, une affaire similaire est à nouveau revenue devant la Cour de cassation. Contrairement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et notamment à l'arrêt rendu le 14 fév. 2006 (préc.), la première chambre civile décida que la loi de validation de 1996 est conforme à l'article 1^{er} du Protocole 1^{er} de la Convention européenne et accepte l'application rétroactive de la loi du 12 avril 1996 validant l'offre irrégulière de prêt immobilier : « la déchéance du droit aux intérêts dont aurait été privé (l'emprunteur) par application de l'article 87-1 de la loi du 12 avril 1996 est une sanction civile laissée à la discrétion du juge, par nature incertaine et ne pouvant donc faire naître une espérance légitime, s'analysant en un bien au sens de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel, avant toute décision au fond, laquelle étant intervenue suite à une action introduite postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi précitée, n'a pu créer une telle espérance ». **Civ.1, 30 sept. 2010**, n° 09-67.930 : *JCP* 2010, act. 995, C. Boismain ; *JCP* 2011. 63 n° 2, obs. Mekki.

15. Évidemment, la source principale est **législative**, non seulement à travers le **code civil** de 1804 (Titre III du Livre III), mais également à travers des législations spéciales qui exercent une forte influence, qu'il s'agisse du **droit de la consommation** ou du **droit de la concurrence** (cf. not. Terré, Simler et Lequette, Les obligations, n° 47).

16. Enfin, le rôle du **juge** est déterminant dans l'évolution du droit des contrats, d'autant plus qu'il a dû adapter un droit vieux de deux siècles, conçu dans une société rurale, à une société moderne.



Mémo

Le contrat est un **accord de volontés** par lequel deux ou plusieurs personnes **s'obligent** par un rapport de droit.

Le contrat s'est principalement bâti sur la **liberté contractuelle**, encadrée par l'**ordre public**. Si cette liberté garantissait la **justice contractuelle** dans la vision des Lumières, l'époque contemporaine a mis en exergue la nécessité d'outils permettant de rééquilibrer les parties aux contrats, par un cadre législatif plus contraignant et une jurisprudence inventive.

La diversification des sources est d'une actualité toujours renouvelée. Les deux sources importantes faisant naître un contentieux d'actualité sont les **sources constitutionnelles**, qui prennent une part de plus en plus grandissante avec la question prioritaire de constitutionnalité, et les **sources européennes** à travers la jurisprudence de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La **bonne foi** a été l'un de ces moyens, utilisés par le juge pour rétablir une certaine justice contractuelle.

Section 2 – RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

§ 1. Mouvements européen et communautaire

17. Dans le cadre de la construction européenne, de nombreux juristes européens ont travaillé à la réalisation d'un droit européen des contrats. Le travail le plus abouti est certainement celui réalisé par la Commission présidée par le professeur Ole Lando, composée d'universitaires européens. Se basant sur une méthode comparatiste, cette Commission a donné lieu à des « **Principes de droit européen du contrat** » (PDEC ou PECL en anglais). Il ne s'agit pas là de droit positif puisque ces Principes ont été rédigés à l'initiative d'universitaires, mais ce travail purement doctrinal, par sa qualité, a séduit de nombreux Européens, au point que désormais les Conseillers à la Cour de cassation s'y réfèrent dans leurs rapports ou conclusions.



18. Parallèlement, l'Union européenne favorise le rapprochement des droits au sein des États membres, et les directives communautaires sont un moyen efficace pour l'harmonisation. Dans les années 2000, la Commission européenne, encouragée par le Parlement, a proposé l'édification d'un code européen des contrats, mais cette hypothèse fut rejetée de manière très vive par la majorité des États membres. La Commission s'est d'abord orientée vers ce qu'elle a appelé un « **cadre commun de référence** » (CCR), à l'usage du législateur européen, et destiné à contenir des définitions, des principes directeurs et des règles modèles ayant pour but d'améliorer la cohérence des textes communautaires existants et à venir. Un premier travail académique a été remis à la Commission fin 2009, connu sous le nom de « Draft Common Frame of Reference » ou « DCFR » (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full edition, prepared by the Study Group on a European Civil code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), éd. Sellier 2009) (sur cet historique, cf. not. Aubert de Vincelles C., Fauvarque-Cosson B., Mazeaud D., Rochfeld J., « Droit européen des contrats : évolutions et circonvolutions », in Dossier Droit européen des contrats : à la recherche du temps perdu, Droit et patrimoine n° 165, déc. 2007, p. 40). Depuis, la Commission s'oriente vers une autre voie d'harmonisation du droit des contrats en Europe : la création d'un « **instrument optionnel** » institué par voie de règlement qui a pris forme le 11 oct. 2011 à travers une proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente (cf. Aubert de Vincelles C., *Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente*, JCP 2011. 1376). Il s'agit d'un régime complet de droit européen des contrats, mêlant droit commun des contrats et règles spéciales de vente, pour lequel les contractants pourraient opter au moment de contracter afin de s'y soumettre (sur les différentes étapes, cf. ; C. Aubert de Vincelles, Droit européen des obligations, *RTD eur.* 2010. 695-705). Pour le moment, cette proposition de droit nouveau ne s'appliquerait qu'aux contrats transfrontaliers, tout en laissant la possibilité aux États membres de l'étendre aux contrats nationaux.

§ 2. Réforme nationale

19. La réforme du Titre III du Livre III est une question récurrente, mais elle est d'une actualité particulièrement brûlante aujourd'hui. Si lors du centenaire du code civil une vaste réflexion avait été menée sur l'opportunité d'une réforme qui ne s'est finalement pas réalisée, celle-ci devrait avoir lieu prochainement pour deux raisons :

- tout d'abord, une raison nationale : les textes du code civil ne reflètent plus la réalité du droit des contrats d'aujourd'hui, alors que nous sommes dans un pays de droit codifié ;
- ensuite, une raison internationale : dans les transactions internationales, le droit anglo-saxon tend à dominer et le droit français est souvent considéré comme peu lisible et peu compétitif ; dès lors, si l'on veut que le droit français rayonne, il doit être modernisé et réformé.

20. Dans cette optique, un groupe d'universitaires français a pris l'initiative de rédiger une réforme du droit des obligations (contrat et responsabilité). Le professeur **Pierre Catala** a pris l'initiative de proposer, avec différents universitaires, une réforme du Titre III du Livre III du code civil, texte qu'il a remis au Garde des Sceaux le 22 sept. 2005 (Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, ss dir. P. Catala, La documentation française 2006). Par ailleurs, l'Académie des sciences morales et politiques a pris également l'initiative de réunir une Commission sous la présidence du professeur **François Terré** afin de proposer une réforme du droit des contrats, texte remis également à la Chancellerie le 1^{er} déc. 2008 (Pour une réforme du droit des contrats, ss dir. F. Terré, Dalloz 2009 ; MAZEAUD D., Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, *D.* 2009. 1364³).

21. En mars 2008, la Chancellerie a fait connaître sa première ébauche de réforme du droit des contrats, comportant la codification de règles jurisprudentielles mais également des innovations importantes, tant dans la structure que le contenu (Fombour P., La réforme du droit des contrats, *D.* 2008. 1972). Après

3. Annexe



de nombreuses controverses ⁴, le texte a été remanié, sans qu'il ait été rendu public. La Chancellerie a déposé un projet de loi en novembre 2013 relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, par lequel elle vise à réformer par ordonnance le droit commun des contrats et le régime de l'obligation issus du Code civil. Rejeté par le Sénat en 1^{re} lecture, le texte a été réinséré en 1^{re} lecture à l'Assemblée nationale et fait désormais l'objet d'une commission mixte paritaire dont l'issue est attendue avant l'été 2014. Le contenu de la loi n'a été dévoilé qu'indirectement par certains sites internet, sans aucune validation par le ministère ⁵.

4. MAZEAUD D., Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! : *D.* 2008. 2675

5. Annexe : MAZEAUD D., Droit des contrats : réforme à l'horizon !, *D.* 2014. 291



Bibliographie sur ce thème

1. Sur la notion de contrat

- GHESTIN J., La notion de contrat, *D.* 1990. Chron. 147.
OPPETIT B., L'engagement d'honneur, *D.* 1979. Chron. 106.

2. Sur les fondements du contrat

- ABADIE L., Convention européenne des droits de l'homme et contentieux contractuel, *in* Dossier « L'utilisation de la CEDH dans la pratique des affaires », *Droit et patrimoine* 2010 n° 194.
- CANIVET G., Le Conseil constitutionnel et le contrat. Variations sur la « discrétion », *Mélanges Larroumet, Economica* 2009, p. 75.
- FABRE-MAGNAN M., Totems et tabous en matière de discrimination, *RDC* 2010/4 p. 1433.
- JAMIN Ch., Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, *in* *Études J. Ghestin, LGDJ*, 2001, p. 441.
- JOSSERAND L., Le contrat dirigé, *D.H.* 1933. Chron. 89.
- MARÉCHAL C., L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit, *D.* 2012. 167.
- MAZEAUD D., Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? *in Mélanges Terré, Dalloz*, 1999, p. 603.
- MOLFESSIS N., Le contrat, *in* *L'entreprise et le droit constitutionnel, RLDA* dec. 2010. 47.
- PÉRÈS C., La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat, *RDC*. 2010. 539.
- La liberté contractuelle, *Droits et libertés fondamentaux*, R. Cabrillac, M.A. Frison– Roche et Th. Revet (dir), *Dalloz*, 2008.
- La nouvelle crise du contrat, Jamin Ch. Et Mazeaud D. (dir), *Dalloz* 2003.
- Les principes directeurs du droit des contrats, *RDC* 2013. 311 s. (débat)
- Rép. Civ. v° Bonne foi, par Le Tourneau.

3. Sur les mouvements européens

- AUBERT DE VINCELLES C., FAUVARQUE-COSSON B., Mazeaud D., Rochfeld J., « Droit européen des contrats : évolutions et circonvolutions », *in* Dossier *Droit européen des contrats : à la recherche du temps perdu, Droit et patrimoine* n° 165, déc. 2007, p. 40.
- AUBERT DE VINCELLES C., Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente, *JCP* 2011. 1376.
- CHONÉ-GRIMALDI A.-S., La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, *CCC* 2012. Étude 6
- FAUVARQUE-COSSON B., Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales, *D.* 2007. 96.
- FAUVARQUE-COSSON B., Vers un droit commun européen de la vente, *D.* 2012. 34.
- HEUZÉ V., Le technocrate et l'imbécile. Essai d'explication du droit commun européen de la vente, *JCP* 2012. Doctr. 750



MAZEAUD D., Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat, *D.* 2007. 2959.

PAISANT G., La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne, *JCP* 2012. Doctr. 560

4. Sur la réforme française en cours

ANCEL P., BRUN Ph., FORRAY V., GOUT O., PIGNARRE G., PIMONT S., Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats, *JCP* 2008. I. 213.

CABRILLAC R., Le projet de réforme du droit des contrats, Premières impressions, *JCP* 2008. I. 190.

FABRE-MAGNAN M., entretien, Réforme du droit des contrats : « Un très bon projet », *JCP* 2008. I. 199.

FOMBEUR P., La réforme du droit des contrats, *D.* 2008. 1972.

GHESTIN J. (dir.), Observations sur le projet de réforme du droit des contrats, *LPA* 12 fév. 2009 n° spécial 31.

GHESTIN J., Observations liminaires sur la réforme en cours du droit des contrats, *JCP* 2009. I. 138 n° 1 à 4.

GHOZI A. et LEQUETTE Y., La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie, *D.* 2008. 2609.

MAINGUY D., Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, *D.* 2009. 308.

MALAUURIE Ph., Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats, *JCP* 2008. I. 204.

MAZEAUD D., Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! : *D.* 2008. 2675

MAZEAUD D., Droit des contrats : réforme à l'horizon !, *D.* 2014. 291 (Reproduit en annexe)

MAZEAUD D., Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, *D.* 2009. 1364. (Reproduit en annexe)

5. Propositions doctrinales

Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, ss dir. P. Catala, La documentation française 2006 (disponible en ligne à l'adresse URL suivante : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000622/index.shtml>).

Pour une réforme du droit des contrats, dir. F. Terré, Dalloz 2009.

6. Pour aller plus loin

« L'Europe contractuelle, encore et toujours ! », *RDC*. 2011. 1027 s. (série d'articles, rubrique « débats »).

« L'Europe contractuelle, encore et toujours ! (suite) », *RDC*. 2011. 1361 s. (série d'articles, rubrique « débats »).

« La réforme du droit français des contrats en droit positif », *RDC* 2009. 265 s. (rubrique Débats).

« Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », actes du colloque, Paris le 10 mai 2012, *RDC* 2012. 1393 s. (rubrique Débats).

« Quel droit européen des contrats pour l'Union européenne ? », *RDC* 2009. 767 s. (rubrique Débats).

« Quel droit européen des contrats pour l'Union européenne ? », *RDC* 2009. 767 s. (rubrique Débats).

« Réflexions croisées vers un droit européen des contrats ? », dossier sur le droit européen des contrats, séries d'articles, *RLDC* juillet 2011.



Principes du droit européen du contrat, SLC 2003 (Commission Lando).

Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, P. Rémy-Corlay et Fenouillet (dir), Dalloz, 2003

AUBERT DE VINCELLES C., Droit européen des obligations, *RTD eur.* 2010. 695 à 705 ; *RTD eur.* 2011. 615 à 635 ; *RTD eur.* 2012. 661 à 683

FABRE-MAGNAN M., Le mythe de l'obligation de donner, *RTD civ.* 1996. 85.

MAZEAUD D., Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? *in Mélanges Terré*, Dalloz, 1999, p. 603.

MEKKI M., Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise, *in* Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique (Actes du colloque du 22 octobre 2009), *RDC* 2010. 383.

PÉRÈS C., La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet), *D.* 2009. 381.

RIPERT G., L'ordre économique et la liberté, *in* Mélanges Geny, tome II, Sirey, 1934, p. 347.



Annexes

Annexe 1 – Mazeaud D., Droit des contrats : réforme à l'horizon !, D. 2014. 291

Annexe 2 – Mazeaud D., Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! : D. 2008. 2675

Annexe 3 – Mazeaud D., Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, D. 2009. 1364

Annexe 1 – Mazeaud D., Droit des contrats : réforme à l'horizon !, D. 2014. 291

Recueil Dalloz 2014 p. 291

Droit des contrats : réforme à l'horizon !

Denis Mazeaud, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

L'essentiel

Le projet de réforme du droit des contrats conçu par le gouvernement comporte quelques innovations sur lesquelles il convient de s'arrêter et de réfléchir.

1. Comme chaque usager de la planète contractuelle le sait désormais, le 27 novembre 2013, la ministre de la Justice a présenté un projet de loi qui amorce officiellement le processus de réforme du droit des contrats, entre autres. La belle endormie du code civil, le titre III du livre III, est donc enfin l'objet de la sollicitude des pouvoirs publics, et l'Arlésienne du droit privé, dont on parlait depuis près de dix ans maintenant, en désespérant qu'elle voie jamais le jour, est bel et bien en passe d'être gravée dans le marbre de la Constitution civile des Français.

2. Le débat sur l'opportunité, la nécessité et la légitimité de la révision du code civil dans son titre relatif au droit des contrats n'est pas clos pour autant, mais tout laisse désormais à penser qu'il est tranché.

D'aucuns continueront à émettre des doutes sur l'opportunité d'une réforme du code, sans laquelle notre droit des contrats se développait malgré tout au rythme jurisprudentiel de l'évolution de notre environnement politique, économique et social, et avec laquelle le risque de glaciation de notre Droit serait à redouter.

Il ne fait pourtant guère de doute que la réforme du droit des contrats, en particulier, s'impose, afin que l'heure de sa réconciliation avec le code sonne enfin et que l'on redécouvre les vertus d'accessibilité, de prévisibilité et de sécurité inhérentes à la codification. Il existe, en effet aujourd'hui, un très embarrassant contraste entre le code civil et le droit positif des contrats. En premier lieu, le code n'est plus, loin s'en faut, le reflet fidèle et sincère de la lettre et de l'esprit du droit contractuel contemporain. D'une part, un très grand nombre de règles essentielles de notre droit positif sont purement et simplement absentes du code. D'autre part, dans l'esprit des rédacteurs du code et de la plupart des docteurs qui l'ont ensuite interprété et enseigné, le droit des contrats reposait sur un triptyque : liberté, égalité, justice. Présupposés libres et égaux, les contractants, êtres désincarnés et abstraits, réputés les meilleurs juges de leurs intérêts, concluaient et concevaient un contrat nécessairement juste : la justice reposait sur le contrat. Depuis le dernier tiers du xx^e siècle, même si elle n'a pas disparu, cette vision du droit des contrats a perdu de sa superbe. La liberté contractuelle cède souvent le pas au pouvoir unilatéral, et l'égalité n'est souvent qu'un leurre, tant les cas dans lesquels un rapport de forces inégalitaire préside à la conclusion du contrat sont légions dans la réalité contractuelle. Fatalement, l'injustice contractuelle est alors d'autant plus concevable que les présupposés du contrat, creuset de la justice, ne sont plus vérifiés. Tant et si bien qu'à l'idée, en vogue au début du xix^e siècle, selon laquelle la justice repose sur le contrat, a progressivement succédé une autre, en vertu de laquelle le contrat doit aussi reposer sur la justice...

Si la réforme du code s'impose, c'est en second lieu parce que le code civil n'est plus vraiment l'écrin du droit commun des contrats, ni la source de ses règles fondamentales. Aujourd'hui, l'essentiel du droit des contrats se trouve pour une très large part hors du code civil, soit dans d'autres codes, tels le code de la consommation ou le code de commerce, soit surtout dans le Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation. Faute d'être gravé dans le code civil, le droit commun des contrats est aujourd'hui éparpillé, émietté, éclaté. Autant de vices qui nuisent à son intelligibilité, à sa cohérence et à la sécurité juridique.



3. Bien sûr, l'immobilisme du code n'a pas rimé, pendant les décennies passées, avec l'inertie de notre droit des contrats, dont il n'est pas excessif d'affirmer qu'il a été l'objet d'une véritable métamorphose, fruit d'une pluralité de forces créatrices.

D'abord, à tout seigneur tout honneur, on doit souligner la formidable entreprise de rénovation réalisée, depuis plusieurs décennies, par la Cour de cassation, qui a purement et simplement transfiguré notre droit des contrats. La Cour a, en effet, posé son empreinte indélébile sur toutes les notes de la gamme contractuelle, et il n'est pas une phase du processus contractuel qu'elle n'ait enrichie. Que l'on songe au régime de la formation du contrat, avec les règles sur la négociation, l'obligation d'information, l'offre, au contrôle de sa validité, avec la densification de la théorie des vices du consentement, la fixation unilatérale du prix, la rénovation de la cause, aux évolutions qui ont affecté les effets du contrat entre les parties, avec l'expansion du devoir de bonne foi, et, à l'égard des tiers, avec les règles sur l'opposabilité du contrat, ou enfin, mais soucieux d'exhaustivité, aux principes qui gouvernent la durée et la rupture des contrats, et on mesurera l'ampleur considérable de l'œuvre jurisprudentielle.

Mais la réforme d'ores et déjà accomplie du droit des contrats, en dehors de toute révision du code civil en ce sens, n'est pas le fruit de la seule activité de la Cour de cassation, d'autres forces créatrices se sont déployées au cours des dernières décennies : la doctrine et la pratique ont aussi joué un rôle qu'il serait injuste de négliger. On pense, pour celle-là, à la théorie des nullités, entre autres, qui doit tant à Japiot et Gaudemet, ou encore tout récemment à la règle jurisprudentielle sur l'influence de la mauvaise foi du créancier sur ses prérogatives et ses créances, directement inspirée par l'ouvrage de MM. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck. On songe, pour celle-ci, aux contrats préparatoires et aux différentes clauses qui sont devenues de style dans un grand nombre de contrats, telles les clauses résolutoires expresses et les clauses de responsabilité, entre autres.

Et cette coproduction du droit contractuel sera parachevée lorsque, demain, ces créations jurisprudentielles, doctrinales et pratiques auront été codifiées.

4. Ce qu'on est en droit d'attendre, en effet, de la réforme annoncée, c'est qu'elle intègre dans la nouvelle version du titre III du livre III, parfois en les aménageant, les acquis de la réforme déjà accomplie. Outre cette œuvre prioritaire et nécessaire de codification, on peut légitimement espérer que le projet apporte aussi les modifications qui s'imposent, pour que notre droit des contrats retrouve le rayonnement qu'il a perdu depuis des lustres et secrète des innovations qui, sans fragiliser les fondations du modèle contractuel français, améliorent sa qualité et renforcent son attractivité.

Pour apprécier la double entreprise de rénovation du code, via la codification du droit positif, et d'innovation, par la modification de celui-ci, menée par le projet de réforme, la lecture de son exposé des motifs est éclairante : il ne s'agit pas de « refondre totalement mais (de) moderniser le droit des contrats en conservant l'esprit du code, favorable à un consensualisme propre aux échanges économiques, tout en assurant la protection des plus faibles ».

En somme, liberté et justice contractuelles, promotion des échanges économiques et protection des contractants faibles, seront les deux mamelles du droit nouveau des contrats. Dans cette double perspective, on ne s'étonnera alors pas, outre mesure, que le projet s'ouvre sur des principes généraux de liberté et de loyauté, qui constituent donc l'étendard politique du nouveau droit français des contrats.

5. Pour donner un aperçu de la réforme annoncée, on s'arrêtera moins sur la codification de la réforme déjà accomplie depuis quelques décennies, même si elle en constitue la part essentielle, que sur les innovations majeures du projet, propres, soit à favoriser les échanges économiques (I), soit à garantir la protection des contractants faibles (II).

I – La faveur pour les échanges économiques

Sécurité, liberté, efficacité économique, tels sont les principes et impératifs que déclinent les règles du projet qui tendent à promouvoir les échanges économiques.

A – Sécurité

6. Les échanges économiques seront d'autant mieux assurés que le code civil, en premier lieu, accueillera en son sein des pans entiers du régime contractuel qui en sont aujourd'hui encore complètement absents.

On ne peut ainsi que se féliciter de ce que le projet prévoit d'intégrer dans le code un corps de dispositions relatives à la formation du contrat, dont il est aujourd'hui dépourvu. Pour l'essentiel, ce sont les règles que la Cour de cassation a créées depuis plusieurs décennies à propos de la négociation, de l'obligation d'information, de l'offre, de l'acceptation et de la date de formation du contrat, qui acquerront demain droit de cité dans le code civil. L'alchimie qui transforme une rencontre de volontés en un lien contractuel obligatoire sera donc désormais précisément décrite dans le code, de même que toutes les règles qui l'encadrent, ce dont on peut se réjouir quand on sait le contentieux que suscite cette phase du processus contractuel.



Dans le même registre, l'introduction de règles générales sur la durée et sur la rupture des contrats est une heureuse initiative. Ainsi, trouvera-t-on demain consacrés, dans le code, le droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée et la prohibition des engagements contractuels perpétuels, et précisés la durée d'un contrat tacitement reconduit, le sort des garanties et les droits des tiers en cas de renouvellement, reconduction ou prorogation d'un contrat, etc.

7. La sécurité indispensable au développement des échanges économiques s'incarne aussi dans la règle énoncée par l'article 129 du projet qui efface l'article 1142 du code civil et affirme le principe de l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles, dont beaucoup encore considèrent qu'il est le prolongement naturel et l'expression même du principe de la force obligatoire du contrat. Principe fondamental s'il en est, dans une perspective de sécurité juridique, puisqu'il constitue la garantie que le contrat répondra aux attentes légitimes des contractants, à savoir l'exécution de la prestation promise par leur cocontractant, et leur procure l'utilité recherchée quand il a été conclu et comme il a été conçu.

Dans cette même veine, on relèvera qu'aux termes de l'article 24, la rétractation de son engagement par le promettant pendant le délai d'option n'exerce aucune influence sur la force obligatoire de la promesse unilatérale de contrat et n'empêche donc pas la formation du contrat promis. La règle jurisprudentielle selon laquelle une telle rétractation s'opposait à la formation du contrat promis, car elle empêchait la rencontre des volontés du promettant et du bénéficiaire¹ est donc abrogée, et c'est tant mieux. Le contrat de promesse unilatérale retrouve ainsi force et intérêt, lesquels résident dans le fait que, par sa force obligatoire, la formation du contrat promis ne dépend plus exclusivement que du consentement du bénéficiaire, ce que la Cour de cassation niait en la soumettant aussi au maintien par le promettant de son consentement.

Reste qu'on ne manquera pas de remarquer que, tout en posant le principe de l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles, le projet lui apporte une exception surprenante, puisque le débiteur pourra se libérer en payant des dommages-intérêts si l'exécution en nature, que le créancier réclame, a un « coût (...) manifestement déraisonnable ». Nul doute que cette exception n'emportera pas une adhésion unanime, non seulement en raison de son inspiration européenne fort marquée, mais encore à cause de l'empreinte de l'analyse économique du droit qui l'innerve. Il est vrai que, au moins dans un premier mouvement, cette exception tranche sensiblement avec l'esprit du modèle contractuel français dans lequel la parole contractuellement donnée a une valeur telle qu'elle n'a pas de prix, en ce sens qu'elle n'est pas exclusivement de nature économique et qu'elle est porteuse d'autres valeurs, morale et sociale, telles qu'elle échappe à l'emprise de celui qui l'a émise. À l'image de M^{me} Viney, selon laquelle lorsque l'exécution forcée en nature est « extrêmement onéreuse pour le débiteur », on peut se demander s'il n'est « pas alors abusif de la part du créancier de l'exiger alors qu'une condamnation à des dommages-intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit »², il n'est cependant, dans un second temps, pas interdit d'analyser cette exception d'ordre économique comme une nouvelle, mais finalement traditionnelle, illustration de la réserve d'abus.

8. C'est peut-être en s'inspirant des auteurs qui lui reprochent d'être devenue une « source d'insécurité »³, que les rédacteurs du projet ont opté pour la « disparition de la notion de cause », décision dont ils tentent immédiatement de réduire la portée en affirmant, dans l'exposé des motifs, qu'elle sera compensée, si ce n'est neutralisée, grâce à la « précision et (le) maintien de ses différentes fonctions corrections et régulatrices ».

En somme et en bref, la cause est entendue... mais, rassurez-vous braves gens, elle demeure sous-entendue, puisque ses différentes fonctions seront maintenues !

Deux questions viennent alors immédiatement à l'esprit. Est-ce possible ? Est-ce souhaitable ?

Est-il, d'abord, possible de supprimer la notion de cause tout en maintenant ses fonctions ? La réponse est : « ça dépend desquelles »... Réponse positive, sans doute, pour l'essentiel de ses fonctions traditionnelles, qui sont au nombre de deux. En premier lieu, la protection de l'intérêt privé d'un contractant contre le déséquilibre structurel, auquel peut être confronté un contractant qui, alors qu'il a conclu un contrat synallagmatique à titre onéreux, a souscrit un engagement sans contrepartie ou moyennant une contrepartie illusoire ou dérisoire. En second lieu, le contrôle de la cause du contrat assure la protection de l'intérêt général contre des contrats qui sont objectivement équilibrés, mais contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs (ou ce qu'il en reste en matière contractuelle, c'est-à-dire rien ou presque...). On peut penser que ces fonctions pourront aisément être maintenues grâce à des règles qui exprimeront exactement la même idée, sans utiliser le terme de « cause ». Ainsi, l'article 75 dispose que :

1. Civ. 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *D.* 1994. 507, note F. Bénac-Schmidt, 230, obs. O. Tournafond, et 1995. 87, obs. L. Aynès ; *AJDI* 1994. 384, 351, étude M. Azencot, et 1996. 568, étude D. Stapylton-Smith ; *RTD civ.* 1994. 584, obs. J. Mestre ; *Defrénois* 1994. 795, obs. P. Delebecque ; *JCP* 1995. II. 22366.

2. G. Viney, Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français, *in* Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, LGDJ, 2001, p. 167 s., spéc. n° 17.

3. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Les obligations, Cujas, 2011, spéc. n° 618.



« Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, lors de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire », tandis que l'article 69 énonce que : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

Quant aux fonctions nouvelles de la cause que la Cour de cassation lui a, dans ce qui ressemble aujourd'hui à un véritable baroud d'honneur causaliste, assignées depuis une vingtaine d'années, certaines sont effectivement pérennisées par le projet. Ainsi, l'article 75, qui dispose que : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite », codifie la règle jurisprudentielle, inaugurée le 22 octobre 1996 par la chambre commerciale de la Cour de cassation⁴, en vertu de laquelle la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'engagement souscrit par le débiteur d'une obligation essentielle doit être réputée non écrite. En revanche, on peut douter qu'en l'absence annoncée de la notion de cause dans le futur droit des contrats, certaines des autres fonctions qui lui ont été conférées avec plus ou moins d'éclat par la Cour de cassation seront maintenues. On songe, par exemple, à la règle selon laquelle la validité d'un contrat intégré dans un groupe de contrats peut être appréciée non pas simplement au regard de ses seules dispositions, qui révéleraient une absence de contrepartie, mais aussi à l'aune d'un autre contrat du groupe dans lequel on pourrait découvrir la raison d'être de l'obligation litigieuse et, ainsi, le sauver de la nullité⁵. On pense aussi à cette très dense séquence jurisprudentielle selon laquelle la résiliation d'un contrat emporte la caducité du contrat avec lequel il était économiquement interdépendant, que certains auteurs ont expliqué par la notion de cause. On songe encore à ce spectaculaire, quoiqu'inédit, arrêt rendu par la chambre commerciale, le 29 juin 2010, dans lequel la Cour de cassation a décidé que le changement de circonstances pendant l'exécution du contrat qui prive de cause l'engagement d'un des contractants emporte la caducité de ce contrat pour... imprévision⁶, etc.

Il est douteux que la suppression future de la notion de cause permette le maintien de toutes ses fonctions passées et présentes. Il est, de surcroît, absolument certain que cette disparition privera, à l'avenir, le juge d'une notion flexible et performante à laquelle, au gré de l'apparition de nouveaux risques contractuels, il pourrait avoir recours pour les appréhender et les éradiquer.

9. Reste alors à savoir, et c'est la seconde question qui se pose, si cette disparition est souhaitable... Certains auteurs libéraux prennent nettement position sur ce point en ces termes : « en dehors du respect de l'ordre public, qui peut être assuré par d'autres moyens, notamment l'article 6, est-il utile d'ajouter au contrôle du consentement un contrôle de la rationalité objective de l'engagement, source d'insécurité ? La question est ouverte »⁷... Sous la plume de ces auteurs, la cause, qui n'est plus simplement un instrument de contrôle objectif de la rationalité de l'engagement ou de la licéité du contrat, est devenue la bonne à tout faire du droit des contrats, dont le juge s'est emparé pour combattre des déséquilibres et des incohérences contractuelles, et pour apprécier aussi l'intérêt du contrat en n'hésitant pas à substituer sa propre vision de cet intérêt à celle des contractants. En somme, on reproche à la cause d'avoir, ces dernières années, été mise à toutes les sauces et d'avoir emporté une certaine judiciarisation du contrat en son nom, source fatale d'insécurité juridique.

Si, tout en restant attaché aux impératifs de liberté et de sécurité contractuelles, on n'est pas insensible à l'exigence de justice contractuelle, et si on est convaincu que l'avenir sera porteur de risques ou de types de déséquilibres contractuels encore inédits, on regrettera la disparition de la cause, instrument dont la flexibilité le dotait d'un très fort potentiel de protection et auquel il est dommage de renoncer par avance, à moins évidemment que le projet ne comporte des instruments s'y substituant opportunément⁸.

B – Liberté

10. Diverses et variées sont les règles du projet qui, pour favoriser les échanges économiques, déclinent le principe de liberté contractuelle.

Sans souci d'exhaustivité, on s'arrêtera d'abord sur certaines règles que la Cour de cassation a énoncées en matière de formation du contrat et que le projet codifie. Ainsi, la règle édictée par l'article 11 qui exclut, en cas de rupture fautive d'une négociation contractuelle, la réparation de la perte de chance de conclure le contrat et d'en retirer le profit escompté, de même que celle qui sanctionne la révocation abusive d'une offre par de simples

4. Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *D.* 1997. 121, note A. Sériaux, 145, chron. C. Larroumet, et 175, obs. P. Delebecque ; *RTD civ.* 1997. 418, obs. J. Mestre, et 1998. 213, obs. N. Molfessis ; *RTD com.* 1997. 319, obs. B. Bouloc ; *Defrénois* 1997. 333, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 1997. I. 4002, obs. M. Fabre-Magnan, 4025, obs. G. Viney, et II. 22881, obs. D. Cohen.

5. Civ. 1^{re}, 13 juin 2006, n° 04-15.456, *D.* 2006. 1819, obs. J. Daleau, 2638, obs. S. Amrani-Mekki, 2991, obs. P. Sirinelli, et 2007, 277, note J. Ghestin ; *RTD com.* 2006. 593, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RDC* 2007. 256.

6. Com. 29 juin 2010, n° 09-67.369, *D.* 2010. 2481, note D. Mazeaud, 2485, note T. Genicon, et 2011. 472, obs. S. Amrani-Mekki ; *RTD civ.* 2010. 782, obs. B. Fages, et 2011. 87, obs. P. Deumier ; *Defrénois* 2011. 811, obs. J.-B. Seube ; *JCP* 2011, n° 63, obs. J. Ghestin ; *RDC* 2011. 34, obs. E. Savaux.

7. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, spéc. n° 618.

8. Sur ce pt, V. nos 17 s.



dommages-intérêts⁹, constituent des hymnes discrets à la liberté contractuelle. Indirectement au moins, elles expriment l'idée qu'il n'est pas dans l'office du juge de décider la formation d'un contrat contre la volonté d'un contractant. Le principe de liberté contractuelle, entendu comme la liberté de s'engager dans les liens d'un contrat, serait en effet sensiblement atténué si le juge pouvait décider que le contrat est formé si le destinataire d'une offre révoquée abusivement l'avait acceptée dans le délai qui lui avait été imparti, de même que si le négociateur, victime de la rupture fautive de la négociation, percevait des dommages-intérêts compensant la perte des profits contractuels escomptés. Dans le premier cas, le contrat serait formé contre la volonté de l'offrant, dans le second, il serait indirectement exécuté sous forme de dommages-intérêts compensatoires.

11. C'est, très probablement encore, au nom de la liberté contractuelle que le projet de réforme persiste dans le refus de la révision judiciaire du contrat pour imprévision. On sait que, depuis 1876¹⁰, la Cour de cassation décide invariablement que, lorsqu'un contrat devient profondément déséquilibré au cours de son exécution, à la suite d'un changement imprévu de circonstances, le juge ne peut pas le réviser. Si la Cour de cassation française refuse la révision judiciaire pour imprévision, c'est probablement parce que les contractants, réputés raisonnables et rationnels, sont considérés comme les meilleurs juges de leurs propres intérêts et qu'ils sont donc présumés parfaitement aptes à gérer le risque d'imprévision en stipulant des clauses appropriées. La liberté contractuelle est au fond le remède nécessaire et suffisant au risque d'imprévision. Mieux, la règle d'airain énoncée par la Cour de cassation et pérennisée par le projet serait d'autant plus opportune qu'elle inciterait les contractants à anticiper et à aménager le risque d'imprévision, puisqu'ils savent ne pas pouvoir compter sur le pouvoir d'équité judiciaire. Le projet s'est manifestement rallié à la doctrine de la Cour de cassation puisque la révision judiciaire pour imprévision n'est admise que... si les parties en sont d'accord, ce qui est évidemment déjà le cas depuis belle lurette.

Finalement donc, seule la résiliation judiciaire pour imprévision est admise, étant entendu que ce pouvoir constituera probablement une très puissante invitation pour les parties à adapter leur contrat, si elles ne veulent pas courir le risque de le voir disparaître...

C – Efficacité économique

12. Depuis un peu moins de deux décennies, la Cour de cassation a succombé à la tentation de l'impératif de l'efficacité économique du droit, dont la dimension libérale et utilitariste tranche avec les valeurs que véhicule le modèle contractuel français, qui conjugue aussi le doit des contrats au son de valeurs morales, sociales et humanistes. Le projet acte les réformes jurisprudentielles les plus spectaculaires qui portent l'empreinte de l'analyse économique du droit, tout en modifiant plus ou moins sensiblement leur domaine et leur régime.

13. Il en va ainsi, en premier lieu, de la règle « révolutionnaire », créée par la Cour de cassation en 1995¹¹, en vertu de laquelle, sauf dispositions légales spéciales contraires, le prix peut être fixé par un seul des contractants, sans que la validité du contrat en soit affectée. Cette règle de fixation unilatérale du prix, qui finalement substitue la main invisible du marché et le libre jeu de la concurrence à l'accord de volontés en matière de fixation du prix, est, en droit positif, érigée au statut de principe et n'instaure, par ailleurs, qu'un contrôle classique de l'abus, qui peut conduire à la résiliation ou/et la mise en jeu de la responsabilité de l'« auteur » du prix abusif.

C'est l'impératif d'efficacité économique du droit, allié à l'influence contractuelle européenne, qui a provoqué ce petit tsunami contractuel, lequel a été très diversement accueilli. La règle posée par la Cour de cassation tranche, en effet, avec la philosophie contractuelle classique, en vertu de laquelle le prix doit être le fruit d'un accord de volontés et ne peut pas procéder, directement ou indirectement, de la volonté unilatérale d'un contractant, faute de quoi le contrat est nul, parce que la clause qui accorde à un contractant le pouvoir de fixer unilatéralement le prix trahit une inégalité contractuelle et emporte un risque très fort d'injustice contractuelle, sous la forme d'un prix excessif...

Battue en brèche par les arrêts de 1995, cette vision morale de la détermination du prix, adoptée par le codificateur de 1804 pour la vente, modèle du contrat échange dont les règles constituent la matrice du droit commun des contrats, reste vivace dans les esprits. Raison pour laquelle, peut-être, le projet opère un changement de cap assez spectaculaire puisqu'il relègue, dans son article 71, la règle de la fixation unilatérale du prix au simple rang d'exception, en prévoyant qu'elle n'a vocation à s'appliquer que « dans les contrats-cadre et les contrats à exécution successive ». Le régime de la fixation unilatérale du prix, dont le domaine est donc théoriquement réduit par

9. Art. 17 du projet

10. Civ. 6 mars 1876, *GAJC*, t. II, par H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, Dalloz, 2008, n° 165.

11. Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.999, *D.* 1996. 13, concl. M. Jeol, note L. Aynès, et 1998. 1, chron. A. Brunet et A. Ghazi ; *RTD civ.* 1996. 153, obs. J. Mestre ; *RTD com.* 1996. 316, obs. B. Bouloc, 1997. 1, étude M. Jeol, 7, étude C. Bourgeon, 19, étude C. Jamin, 37, étude T. Revet, 49, étude D. Ferrier, 67, étude M. Pédamon, et 75, étude P. Simler ; *Defrénois* 1996. 747, obs. P. Delebecque ; *JCP* 1996. II. 22565, obs. J. Ghestin.



rapport à 1995, est sérieusement amendé, lui aussi. D'une part, pour protéger les intérêts du débiteur du prix, une obligation de motivation est imposée au « maître » du prix, comme contrepoint à son pouvoir unilatéral, lequel est ainsi canalisé, comme beaucoup l'avaient souhaité après 1995. Par ailleurs, et l'innovation est autrement plus remarquable encore, quand le prix unilatéralement fixé est abusif, le pouvoir du juge ne se limite plus au prononcé de sanctions, comme en droit positif. Le débiteur peut, en effet, lui demander de réviser le prix abusif, « en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties ». Doté en la matière d'un simple pouvoir de sanction, aujourd'hui, le juge se verra donc attribuer, demain, un pouvoir de réfaction du contrat, comme le prévoient d'ailleurs tous les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats¹². L'évolution est majeure et tranche avec le principe de non-ingérence du juge dans le contrat qui règne dans le modèle contractuel français.

14. Outre la détermination du contenu du contrat, la phase de l'anéantissement du contrat a été, elle aussi, impactée par l'impératif d'efficacité économique du droit, ainsi que par les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats. En principe, dans le modèle contractuel français, la résolution du contrat pour inexécution est judiciaire. Le pouvoir du juge garantit l'effectivité du principe du respect de la parole donnée, en évitant qu'un contractant se délie de son engagement au prétexte d'un manquement contractuel sans gravité, et permet de faire régner un certain humanisme contractuel au profit du débiteur en difficulté, sous la forme d'un délai de grâce. Revers de cette médaille judiciaire, la lenteur, le coût et l'aléa inhérents à toute intervention du juge. Aussi, beaucoup de systèmes juridiques ont-ils opté pour la résolution unilatérale, par simple voie de notification, du contrat inexécuté, au nom de l'impératif d'efficacité économique, ce mode d'anéantissement permettant au créancier contractuel de réaliser de substantielles économies de temps et d'argent, et de réallouer promptement ses ressources dans un nouveau contrat avec un partenaire plus performant et plus dynamique que son cocontractant défaillant.

En 1998¹³, la Cour de cassation a succombé une fois encore à la tentation de l'impératif d'efficacité économique du droit et a décidé qu'en cas de comportement grave d'un contractant, son cocontractant pouvait, à ses risques et périls, résoudre unilatéralement, le contrat inexécuté. L'évolution est fondamentale : la résolution ne constitue plus un pouvoir exceptionnel du juge, elle est devenue une simple prérogative du créancier contractuel qui peut l'exercer, sous réserve d'abus, et donc reprendre sa parole contractuelle, en cas de manquement de son partenaire, en s'exposant simplement à des dommages-intérêts, au cas où le juge estimerait qu'il a exercé abusivement sa prérogative... Elle emporte, en outre, une redistribution des cartes probatoires : ce n'est plus au contractant qui souhaite obtenir la résolution du contrat d'apporter la preuve de la gravité du manquement justifiant l'anéantissement, c'est à son cocontractant de démontrer que son manquement était dépourvu de la gravité alléguée pour pouvoir obtenir du juge la sanction de la résolution unilatérale abusive.

Sans revenir sur la règle de la résolution extrajudiciaire que notre droit positif contient depuis 1998, règle qu'il élève même au rang de principe concurrent de la résolution judiciaire, le projet lui apporte d'intéressantes modifications. D'abord, pour canaliser son pouvoir unilatéral, le créancier, qui entend résoudre le contrat inexécuté, est tenu d'une obligation de motivation, qu'il doit exécuter lorsqu'il notifie sa décision à son cocontractant. Ensuite, lorsque le débiteur résiste à la résolution « prononcée » unilatéralement par son contractant, la charge de la preuve de la gravité de l'inexécution pèse sur ce dernier ; cette répartition de la charge de la preuve est opportune, car elle prévient le risque de résolution unilatérale abusive. Enfin, et surtout, aux termes de l'article 136, dans ce dernier cas de figure, le juge pourra ordonner la poursuite de l'exécution du contrat, en accordant, si besoin, un délai de grâce au débiteur. Cette sanction de la résolution abusive, qu'il n'est pas certain que notre droit positif permette, rassurera ceux qui s'inquiétaient que la résolution unilatérale porte une trop grave atteinte au principe du respect de la parole donnée. Elle exclut, en effet, une version par trop désincarnée et utilitariste du contrat qu'emporte la seule sanction indemnitaire en cas de résolution extrajudiciaire abusive, sanction qui se traduirait, indirectement au moins, par une option offerte au créancier entre, d'une part, son maintien dans le contrat inexécuté et, d'autre part, la rupture de celui-ci moyennant une certaine somme de dommages-intérêts.

15. Ultime, mais nouvelle, illustration de l'impératif d'efficacité économique du droit qui irrigue le projet de réforme, qui se traduit par l'éviction du juge et l'expansion du pouvoir unilatéral dans la sphère contractuelle, l'article 136 qui dispose que : « Le créancier peut accepter une exécution imparfaite du contrat et réduire proportionnellement le prix ». Imparfaitement exécuté, le contrat n'est donc plus unilatéralement intangible et le créancier peut, à titre de nouveau remède de l'inexécution, modifier unilatéralement sa prestation contractuelle.

12. V. en ce sens, par ex., art. 73, 1°, de la proposition de Règl. relatif à un droit commun européen de la vente du 8 oct. 2011.

13. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, *D.* 1999. 197, note C. Jamin, et 115, obs. P. Delebecque ; *RDSS* 2000. 378, obs. G. Mémeteau et M. Harichaux ; *RTD civ.* 1999. 394, obs. J. Mestre, et 506, obs. J. Raynard ; *Defrénois* 1999. 374.



On connaissait déjà la réfaction judiciaire du contrat inexécuté, que la Cour de cassation semblait cantonner à la seule vente commerciale¹⁴ et dont le champ d'application¹⁵ et l'opportunité¹⁶ demeurent débattues en doctrine, sur fond d'office du juge dans le modèle contractuel français. Mais, en l'occurrence, il s'agit d'une réfaction unilatérale, dont on trouve déjà, il est vrai, l'empreinte en droit français, que ce soit dans la vente internationale de marchandises¹⁷ ou même dans le code de la consommation¹⁸, de même que dans les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats¹⁹.

Ce qui frappe dans le projet, c'est l'extension sensible du champ d'application de cette révision unilatérale du contrat inexécuté : jusqu'ici cantonnée au seul contrat de vente internationale et dans les ventes soumises au code de la consommation, la réduction unilatérale du prix est ici consacrée au rang de remède général de l'inexécution des contrats, au même titre que l'exception d'inexécution, l'exécution forcée, la résolution et la responsabilité contractuelle.

La seconde idée-force qui anime le projet de réforme, et sur laquelle il convient de s'arrêter désormais, est la protection des contractants faibles.

II – La protection des contractants faibles

Cette protection est essentiellement assurée par une double exigence de loyauté (A) et de proportionnalité (B).

A – Loyauté

16. Depuis une quarantaine d'années, par la grâce (par la faute ?...) de la Cour de cassation, le domaine du devoir de bonne foi, jadis cantonné par le code civil au stade de l'exécution du contrat, s'est considérablement amplifié : il est aujourd'hui imposé à tous les stades du processus contractuel.

En bref, le projet consacre cette amplification remarquable. On en retiendra trois illustrations. D'abord, et on se doute que cette disposition va susciter beaucoup de controverses, ce devoir est implicitement doté du prestigieux label de « principe directeur », même si le terme n'est pas repris littéralement, pour des raisons que l'on devine aisément ; reste qu'il est, au même titre que la liberté contractuelle, placé au début du texte et qu'il ouvre donc le nouveau *corpus* contractuel, dont il chapeaute, fédère et irrigue les règles qui suivent... De simple force d'appoint en droit positif, le devoir de bonne foi est donc promu au rang de « principe général » du droit des contrats. On imagine que le débat sur l'opportunité d'une telle innovation va resurgir entre ceux qui craignent qu'une telle promotion emporte une judiciarisation fatale du contrat, source d'insécurité juridique, et ceux qui remarquent que ce devoir, déjà omniprésent dans l'univers contractuel, ne s'est pas traduit, malgré les funestes prédictions des uns et des autres, par une vague chronique de sinistres contractuels.

Ensuite, le devoir de bonne foi est déployé par le projet, lors de la phase de négociation du contrat, au cours de laquelle il sécurise les pourparlers, en canalisant la liberté contractuelle qui règne lors de cette phase. D'une part, il oblige chaque négociateur à communiquer à son partenaire toutes les informations susceptibles de déterminer le consentement de son partenaire, lorsqu'elles ne sont pas autrement accessibles à ce dernier ou lorsque celui-ci fait légitimement confiance au contractant sachant. Le devoir d'information fondé sur l'idée que la liberté contractuelle, faute de lucidité du consentement, n'est qu'un leurre, fait donc enfin, son entrée dans le code civil ; il était temps quand on sait l'importance majeure qu'il occupe dans l'édifice contractuel contemporain. D'autre part, ce devoir encadre la rupture de la négociation contractuelle : si elle est exercée déloyalement, intempestivement ou brutalement, la liberté de ne pas contracter emportera la responsabilité extracontractuelle du négociateur fautif.

Enfin, le projet consacre la manifestation jurisprudentielle la plus spectaculaire de ce devoir au XX^e siècle. La règle de la renégociation conventionnelle pour imprévision, fondée sur le devoir de bonne foi et sanctionnée par la mise en jeu de la responsabilité civile du contractant déloyal, énoncée par la chambre commerciale

14. Civ. 3^e, 29 janv. 2003, n° 01-02.759, *D.* 2003. 534 ; *AJDI* 2003. 793, et 794, obs. F. Cohet-Cordey ; *Defrénois* 2003. 844, obs. E. Savaux.

15. M.-E. Pancrazi, Réduction du prix, *in* C. Prieto (dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, p. 504, spéc. p. 505.

16. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, spéc. n° 652.

17. Art. 50 Conv. int. Vienne : « (...) l'acheteur peut réduire le prix proportionnellement à la différence entre la valeur que les marchandises avaient au moment de la livraison et la valeur que les marchandises conformes auraient eue à ce moment ».

18. L'art. L. 211-10 c. consom. dispose, en cas de défaut de conformité, que lorsque la réparation et le remplacement du bien sont impossibles, le consommateur peut alors, soit, rendre le bien et récupérer le prix, soit « garder le bien et se faire rendre une partie du prix ».

19. Art. 120, 1^o, de la proposition de Règl. relatif à un droit commun européen de la vente, préc. : « L'acheteur qui accepte une exécution non conforme au contrat peut réduire le prix. La réduction doit être proportionnelle à la différence entre la valeur de ce qui a été reçu au titre de l'exécution au moment où elle a eu lieu, et la valeur de ce qui aurait été reçu si l'exécution avait été conforme ».



de la Cour de cassation, le 3 novembre 1992²⁰, est codifiée dans l'article 104. Le contractant qui se trouve en situation de faiblesse lors de l'exécution du contrat, parce que ses intérêts légitimes sont bouleversés par la survenance d'un changement imprévisible de circonstances, est donc protégé par le devoir de bonne foi qui impose à son partenaire de prendre en considération ses difficultés et de renégocier loyalement le contrat, en vue de sa révision, même si celle-ci échoue finalement. Autrement dit, cette obligation de renégocier, imposée au nom de la bonne foi, ne rime jamais avec la révision judiciaire du contrat, en cas de désaccord des contractants.

Le devoir de bonne foi n'est pas le seul instrument exploité dans le projet pour assurer la protection des contractants les plus faibles. Une exigence relative de proportionnalité est, elle aussi, imposée dans cette même perspective.

B – Proportionnalité

17. Au principe traditionnel, déjà évoqué, selon lequel le déséquilibre contractuel est la rançon de la liberté, est venu s'en ajouter un second qui, depuis quelques décennies, coexiste avec le premier en droit contemporain, et aux termes duquel quand le déséquilibre contractuel est excessif et qu'il est le produit de l'exploitation de la faiblesse, de la vulnérabilité ou de la dépendance d'un contractant par son cocontractant, le juge peut intervenir pour supprimer l'excès. Tant en jurisprudence qu'en législation, on a vu fleurir un nombre significatif de règles et de décisions qui confirment et consacrent cette sorte d'exception de disproportion que peut soulever le contractant dont on a abusé de la faiblesse. Il serait fastidieux de les reprendre toutes, et on se contentera d'évoquer ici la révision des clauses pénales manifestement excessives, la création du vice de violence économique, l'article L. 442-6, 1°, du code de commerce, et, bien évidemment, la lutte menée par le législateur contre les clauses abusives, entendues comme celles qui sont imposées au contractant faible, consommateur ou professionnel, et qui emportent un déséquilibre contractuel significatif.

18. Le projet acte cette évolution qu'il consacre expressément en retenant deux règles phares.

En premier lieu, il incorpore dans le code civil une règle générale de protection contre les clauses abusives : « Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ». Ce faisant, le projet importe donc, presque mot pour mot, la règle édictée par l'article L. 132-1, 1°, du code de la consommation et l'idée qui l'a inspirée, et qui a aussi présidé à la mise en œuvre d'une protection des professionnels contre de telles clauses²¹. Nul doute, en effet, que c'est l'impossibilité de négocier le contenu de leurs contrats, dans laquelle se trouvent souvent placés les consommateurs et certains professionnels, qui a incité le législateur à les protéger contre les clauses abusives, lesquelles se caractérisent le plus souvent, soit par un pouvoir unilatéral et exorbitant octroyé au professionnel dominant sur le sort du contrat, soit par une disproportion des pouvoirs et des contractuels. Présente dans les codes de commerce et de la consommation, la protection contre les clauses disproportionnées, qui sont le produit d'un abus de la faiblesse du contractant auquel elles sont imposées, se déploie donc dans le code civil.

Sans doute cette innovation n'emportera pas l'adhésion de tous. D'aucuns se demanderont s'il est opportun et légitime d'importer dans le droit commun des contrats, dont le code civil est l'écrin, une règle issue du droit spécial de la consommation, reprise ensuite dans le code de commerce afin de moraliser les mœurs contractuelles dans la grande distribution. Alors que, comme on l'a déjà dit, le code civil appréhende le contrat comme le fruit d'une libre négociation entre des individus libres et égaux, comme une relation individuelle entre des personnes abstraites et désincarnées, comme un tête-à-tête contractuel, le code de la consommation l'envisage plutôt, pour sa part, comme un produit de masse, standardisé, conclu à grande échelle, et comme le produit d'un rapport de forces entre deux personnes dont le statut économique est différent, ce qui emporte une dépendance de l'une à l'égard de l'autre lors de la conclusion du contrat. Est-il alors opportun et légitime d'importer dans le droit commun une règle qui reflète l'esprit d'un autre code, lequel repose sur une philosophie radicalement différente et sur une vision de politique juridique aux antipodes de celle qui anime le code civil ? On s'inquiétera sans doute de cette « gauchisation » du code civil et du rejet possible de la greffe ainsi tentée.

De manière plus pragmatique, d'autres relèveront que, quoi qu'il en soit, le champ d'application de la règle nouvelle ne sera probablement pas très étendu. En effet, elle ne régira ni les clauses abusives stipulées dans les contrats de consommation, qui le seront par le code de la consommation, ni celles imposées dans des contrats conclus entre professionnels, lesquelles le seront par le code de commerce. La règle du code civil n'aura donc vocation à s'appliquer qu'aux seules clauses stipulées dans les contrats conclus entre consommateurs, dont on peut douter qu'ils soient les plus fertiles en clauses abusives.

20. Com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *D.* 1995. 85, obs. D. Ferrier ; *RTD civ.* 1993. 124, obs. J. Mestre.

21. Art. L. 442-6, 2°, c. consom.



D'autres, enfin, se féliciteront de cette innovation en remarquant qu'elle permettra, dans une certaine mesure au moins, de pallier la disparition de la notion de cause et de remplir une des fonctions que la Cour de cassation avait assignées à celle-ci au cours de ces dernières années, à savoir précisément la lutte contre les clauses abusives qui n'entraient pas dans le champ d'application d'une loi spéciale de protection.

19. La seconde innovation qui s'inscrit dans ce souci de protection des contractants faibles réside dans l'incorporation d'une règle sur l'abus de faiblesse, reflet du vice de violence économique créé par la Cour de cassation au début de ce siècle. En vertu de l'article 50 du projet : « 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 ». Au fond, donc, un contrat privé de tout intérêt ou affecté d'un déséquilibre excessif, produit de l'exploitation abusive par un contractant de la situation de faiblesse ou de dépendance de son cocontractant, doit être annulé.

On remarquera que cette règle n'est pas insérée, comme elle l'était dans l'avant-projet Terré, dans la subdivision sur le contenu du contrat, mais dans celle consacrée aux vices du consentement, et que l'abus de faiblesse n'est alors qu'une version spécifique de la violence. Malgré cette localisation, il n'est pas interdit de penser que la présence d'une telle règle explique, dans une certaine mesure, l'absence de la notion de cause, étant entendu que l'une et l'autre permettent finalement de protéger les contractants contre les déséquilibres contractuels les plus importants.

La question qui se pose alors est celle de savoir laquelle, de cette règle ou de cette notion, est la plus appropriée pour garantir la protection des contractants faibles et promouvoir l'impératif de justice contractuelle. Au crédit de la lésion qualifiée, on retiendra qu'elle semble avoir un champ d'application plus large que la cause quant au type de déséquilibre qu'elle permet de combattre. Elle ne semble pas, en effet, limitée aux seuls et rares déséquilibres structurels, contre lesquels la cause est exclusivement mobilisée dans une vision classique ; en effet, elle intègre aussi les déséquilibres économiques, à condition bien sûr qu'ils soient excessifs. La cause, dans sa version traditionnelle en tout cas a, quant à elle, un domaine plus restreint s'agissant des déséquilibres qu'elle permet de neutraliser, mais son régime est plus souple que celui de la lésion qualifiée. Celle-ci ne peut, en effet, être mise en œuvre qu'à la condition que le contractant, dont le partenaire a abusé de la faiblesse, soit en situation de dépendance, de faiblesse, de nécessité, de vulnérabilité, etc., ce que n'exige pas la cause.

Et surtout, comme le révèle l'examen de la jurisprudence rendue depuis la fin du xx^e siècle, la cause est une notion qui, par sa souplesse et sa flexibilité, peut être exploitée par le juge pour assurer la protection d'un contractant vulnérable, là où la règle de l'abus de faiblesse, qui obéit à des conditions strictes d'application, serait impuissante à le faire. Il suffit de penser aux diverses fonctions que la Cour de cassation a conférées à la cause au cours de ces dernières années pour comprendre qu'en raison de sa flexibilité, de son potentiel d'adaptation, la cause peut investir des terrains que l'abus de faiblesse est impuissant à arpenter.

Dans une perspective de sécurité juridique, l'abus de faiblesse présente donc des garanties plus solides que la notion de cause, laquelle est en revanche sans doute plus performante en termes de justice contractuelle. On ajoutera, même si l'argument n'est pas décisif, que l'adoption d'une règle relative à l'abus de faiblesse est plus « européennement » compatible, dans la mesure où elle met notre droit au diapason des tendances lourdes des droits positifs et prospectif européen, au contraire de la cause, délibérément snobée dans tous les projets d'harmonisation européenne et dans les codifications récentes de la vieille Europe.

20. Après ce rapide tour d'horizon, forcément superficiel et incomplet, on peut d'ores et déjà livrer un pronostic sur la portée de ce projet. L'examen du contenu du texte nous incite à penser que la réforme annoncée emportera une révolution tranquille du droit français des contrats et ne provoquera pas une rupture fatale avec le modèle contractuel français. Dans la double perspective de liberté et de justice contractuelles qu'il a tracée, outre la codification des évolutions contractuelles déjà accomplies, le projet emporte, certes, des modifications parfois significatives de notre droit contractuel, mais il ne nous semble pas que la face du monde contractuel en sorte profondément changée. Pour les justiciables, pour qui le droit est fait, pour les contractants, auxquels ce droit s'appliquera, pour les praticiens, qui auront à composer avec, la modification du titre III du livre III ne constituera pas un tremblement de terre contractuel, même s'il ne faut pas être grand clerc pour deviner qu'il suscitera de vives discussions et de riches controverses dans la communauté universitaire...

Annexe 2 – Mazeaud D., réforme du droit des contrats : haro, en hérault, sur le projet ! : D. 2008. 2675.

L'essentiel

La réforme du droit des contrats suscite de très vives controverses. Certaines sont évoquées ici sous la forme d'une lettre adressée à un auteur qui a émis des impressions très négatives à l'égard du projet conçu par le gouvernement.



Mon Cher Rémy(1) ²²,

1 – Je t'écris une lettre que tu liras sûrement car tu en as le temps... Nous nous connaissons depuis si longtemps que je me sens très à l'aise pour te faire part très librement et sans détour aucun des impressions que m'inspire ton article sur le projet de réforme du droit des contrats ²³.

2 – Au préalable, il me semble nécessaire de te préciser, pour que la crédibilité des propos qui vont suivre ne souffre d'aucune ambiguïté, que j'entretiens de bons rapports avec les rédacteurs de ce projet de réforme. J'ai participé avec plusieurs d'entre eux à des manifestations scientifiques en tout genre et, surtout, j'ai été, comme d'autres collègues, auditionné par le groupe de travail de la direction des Affaires civiles et du Sceau, en particulier sur les, d'ores et déjà très controversés, Principes directeurs. Il n'est donc pas exclu que ces liens d'estime, que je crois réciproques, infléchissent mon jugement et que je prenne la défense du projet sur certains points avec d'autant plus de vigueur que j'aurai plaidé en amont pour qu'ils soient adoptés. Ceci étant précisé, j'ai la faiblesse de penser que, si mon objectivité ne sera donc sans doute pas totale, ma liberté de pensée demeure suffisamment consistante pour que je puisse exprimer ici mon opinion sur le projet et surtout sur les critiques assez vives que tu lui a adressées.

3 – Commençons par le commencement, à savoir par le regret que tu exprimes à propos de « la grande opacité sur la composition de l'équipe ayant participé à l'élaboration du projet » et sur les « professions (qui) ont été associées à son élaboration » ²⁴. Je t'avoue partager d'autant moins ton indignation qu'elle me paraît assez sélective.

D'une part, il ne me semble guère édifiant de connaître l'identité des magistrats qui composaient le groupe de travail ; quoi qu'il en soit, en France, les magistrats n'ont pas pour habitude d'afficher leurs noms, que ce soit pour les décisions qu'ils rendent ou les textes qu'ils préparent. Quant à celle de nos collègues qui les a aidés dans cette tâche, je n'ai pas le sentiment de dévoiler un très grand secret en indiquant qu'il s'agit de la directrice scientifique du Recueil Dalloz. D'autre part et surtout, il me semble que l'on doit mettre au crédit de cette équipe le fait d'avoir auditionné certains universitaires spécialistes du droit des contrats et d'avoir donc, dans une certaine mesure au moins, associé la doctrine à ses travaux. Evidemment, tout le monde n'a pas été entendu et la sélection opérée à cette occasion a fatalement exclu certains de nos collègues qui auraient été tout aussi légitimes que ceux qui ont été écoutés. Mais, les yeux dans les yeux, Mon Cher Rémy, les universitaires que nous sommes sont-ils, en l'occurrence, les mieux placés pour donner des leçons de transparence et de pluralisme ? Nous avons, tous les deux, eu le privilège de participer à l'aventure de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription dirigée par Pierre Catala. Je ne me souviens pas que nous ayons eu, à l'époque, les mêmes scrupules que ceux que tu exprimes aujourd'hui. J'ai gardé, comme quelques autres, un très vif souvenir de notre première réunion de travail au cours de laquelle quelques-uns s'étaient étonnés de la « non-sélection » de certains collègues ; les motifs bredouillés pour justifier certaines évictions ne m'ont toujours pas convaincu... Et je me souviens, d'autres pourront témoigner au besoin, avoir personnellement suggéré d'associer à notre entreprise d'autres professions juridiques et judiciaires. La réplique fut, en substance, la suivante : la doctrine universitaire est la seule à pouvoir remplir cette mission et elle se suffira bien à elle-même... Autant de raisons, du moins en ce qui me concerne, pour ne pas être choqué, bien au contraire, par les manières de l'équipe qui a élaboré le projet de réforme et pour lui savoir gré d'avoir ouvert ses portes à d'autres familles juridiques que la sienne.

4 – Sur la méthode retenue par le groupe, tu déplores, en citant Félix Rome (tu as quand même des lectures assez bizarres...), le « saucissonnage » du droit des obligations auquel elle conduit fatalement. Tu t'en doutes, je te rejoins sur ce point ; j'ai d'ailleurs émis cette même critique dans le rapport de synthèse qui a clôturé le colloque sur ce projet, organisé en septembre dernier par la Revue des contrats. Simplement, à la décharge du gouvernement, on peut toutefois avancer, ce n'est pas une excuse, juste une explication, que c'est peut-être en termes de stratégie parlementaire la seule façon de procéder, si on tient à réformer dans un délai raisonnable. Et, une fois encore, le saucissonnage des équipes auquel il avait été procédé pour la conception de l'avant-projet précité n'était pas un gage de meilleure cohérence et d'harmonie dans la perspective d'une réforme d'ensemble du droit des obligations.

5 – Sur la pluralité des sources d'inspiration, en revanche, ta critique me paraît infondée et injuste. Tu considères que « le projet donne l'impression générale d'avoir réalisé un grand écart, faisant du copier-coller tantôt de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, tantôt des Principes du droit européen des contrats » et que « Le cocktail (qui) en ressort (n'est) guère cohérent » ²⁵. Objections, Cher vieux complice ! Certes, comme toi, il me semble que la réussite de la réforme supposait nécessairement un esprit de synthèse et de conciliation. En somme, le projet ne pouvait pas consister en une défense acharnée du modèle contractuel français, mais il n'était pas envisageable non plus d'abandonner ce qui fait sa spécificité et sa richesse ; en bref, le projet ne pouvait pas se borner à imiter servilement, au nom d'un effet de mode contractuel, les autres droits et codes

22. Cette lettre est adressée à un vieil ami et complice, Rémy Cabrillac

23. Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions, *JCP* 2008. I. 190.

24. n° 3.

25. n° 5.



européens. En définitive, assurer la modernisation de notre droit des contrats supposait donc que soient conciliés le respect des valeurs fondamentales, sur lesquelles repose traditionnellement le modèle contractuel français, et un esprit d'ouverture sur d'autres idées, notions et horizons contractuels.

Or, contrairement, à toi, il me semble que cet objectif est réalisé et que le projet ne souffre pas d'une irréductible incohérence. J'en veux pour preuve, entre autres, le régime choisi pour la détermination du prix et la résolution unilatérale. Pour ces deux questions théoriquement et pratiquement fondamentales, il me semble que la mission de conciliation est accomplie. À l'instar des Principes du droit européen du contrat et de l'avant-projet « Catala », on intègre, comme l'avait d'ailleurs déjà fait la Cour de cassation, dans notre modèle contractuel l'impératif d'efficacité économique du droit et on ouvre donc, plus ou moins largement, notre tradition civiliste aux leçons de l'analyse économique du droit. Pour autant, on n'ébranle pas les fondations de notre temple contractuel puisqu'on encadre rigoureusement l'exercice du pouvoir unilatéral, prolongement juridique de l'impératif d'efficacité économique, par des obligations de motivation et par un contrôle judiciaire de l'abus, propres, dans le droit-fil de notre tradition morale et humaniste, à éviter que le pouvoir unilatéral ne dégénère en pouvoir arbitraire et que de graves injustices contractuelles soient commises au nom de la loi du marché. Je ne perçois donc pas d'incohérence rédhibitoire dans les textes qui régissent ces deux questions.

J'ajoute d'ailleurs, toujours dans la même veine, que ce qui me semble être une des qualités essentielles du projet de réforme, c'est précisément l'esprit de synthèse dont il fait preuve entre les différents impératifs qui animent le droit des contrats et, ce, précisément grâce à l'exploitation opportune de toutes les forces créatrices de la matière contractuelle. Entre beaucoup d'autres illustrations, je retiendrai d'abord qu'un équilibre assez harmonieux est réalisé entre les impératifs de liberté, de sécurité et de justice contractuelles. Liberté avec, entre autres, l'affirmation du principe du consensualisme, le régime général de la négociation, la sanction finalement retenue pour la révocation abusive de l'offre, la validité des contrats lésionnaires, celle des clauses résolutoires, etc. Sécurité avec, entre autres, la sanction de la rétractation du promettant en matière d'avant-contrats, la consécration du principe de l'exécution forcée en nature des obligations de faire, la détermination du régime de la durée des contrats déterminée, le refus de la révision judiciaire pour imprévision, etc. Justice avec, notamment, l'obligation précontractuelle d'information, la sanction du dol incident et de la violence économique, le nouveau statut de la bonne foi, la renégociation conventionnelle pour imprévision, etc. Dans le même sens, il me semble qu'un équilibre, finalement assez satisfaisant, est réalisé par le projet entre, d'une part, l'attachement à la tradition contractuelle française, avec, entre beaucoup d'autres, le maintien de l'obligation de donner, la théorie « moderne » des nullités et l'opposabilité du contrat et, d'autre part, l'ouverture vers d'autres horizons contractuels, avec la consécration de la résolution unilatérale anticipée et l'admission des actions interrogatoires. Je prendrai, dans cette perspective, un exemple précis qui me semble s'inscrire dans l'esprit de conciliation évoqué, à savoir l'article 162, alinéa 1^{er}. Ce texte, qui dispose que « Le créancier d'une obligation de faire peut en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable », constitue, me semble-t-il, un compromis assez heureux, entre le principe moral du respect de la parole donnée, ferment, dans la tradition française, de l'exécution forcée en nature, et la protection des intérêts légitimes du débiteur assurée par l'exception tenant au coût manifestement déraisonnable de ce mode d'exécution, inspirée par plusieurs codes et droits européens et par les Principes du droit européen du contrat. Une telle exception a-t-elle vraiment de quoi surprendre un juriste de tradition civiliste ? Il est tout à fait concevable, à l'image de M^{me} Viney, de la rattacher à une exigence d'éthique contractuelle : en effet, lorsque l'exécution forcée en nature est « extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt », on peut légitimement se demander s'il n'est « pas alors abusif de la part de celui-ci de l'exiger alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit »²⁶. Cette règle du projet, comme d'autres, s'inspire effectivement de solutions étrangères, mais, pour ma part, je doute qu'elle puisse encourir le reproche de faire basculer le code civil au point qu'il devienne « un droit étrange, sinon étranger »²⁷.

En bref, la convocation par les auteurs de la réforme de toutes les forces créatrices du droit, au fond l'exploitation du pluralisme des sources internes, européennes et internationales, ne me paraît pas avoir nui à l'homogénéité du projet présenté. Le droit des contrats qui en est le fruit est un droit « pluriel » dans ses sources, dans ses valeurs et dans les impératifs qu'il promeut, mais ce n'est pas pour autant un droit sans colonne vertébrale et sans âme, en tout cas pas plus et pas moins que notre droit positif.

On pourra sans doute être étonné par notre divergence fondamentale d'appréciation du projet sur ce point crucial. J'ai la conviction qu'elle ne nous surprendra, ni l'un, ni l'autre, pas plus que je n'ai été surpris d'entendre, lors

26. G. Viney, Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 167 s., spéc. n° 17.

27. P. Malinvaud, Le « contenu certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes, D. 2008. Point de vue. 2551.



du colloque précité, une oratrice affirmer : « Le contrat nouveau est arrivé »²⁸ et un autre, tout aussi compétent et clairvoyant que la précédente, s'exclamer « Rien de nouveau sous le soleil dans le projet par rapport à l'avant-projet Catala »²⁹.

6 – Pour ce qui est de la lettre du projet, de sa forme, de son style, de sa langue, je te trouve un peu sévère. D'accord avec toi pour ne pas y voir un futur monument de la littérature française, mais je retiens que, lors du colloque de la Revue des contrats (une nouvelle petite page de pub gratuite...), à quelques très remarquables et remarquées exceptions près, la plupart des intervenants ont insisté sur son accessibilité et son intelligibilité, notamment les professionnels et les collègues étrangers, ce qui me paraît quand même assez édifiant. L'un d'eux a d'ailleurs eu ce mot, qui expliquera sans doute la réticence des uns et l'approbation des autres, « La langue du projet, c'est la langue de l'époque »³⁰...

Quant au plan, qui déroule la chronologie du processus contractuel, dont tu déplores le « découpage, inspiré des méthodes anglo-saxonnes en général et de la structure des Principes du droit européen des contrats en particulier »³¹, outre qu'il ressemble surtout à celui retenu par l'avant-projet de code européen des contrats, lequel ne peut pas être soupçonné d'inspiration anglo-américaine, j'en approuve l'idée directrice, toujours dans cette perspective d'accessibilité du droit. N'y vois pas une quelconque allergie pour l'ordonnancement des jardins à la française, mais une simple réticence à l'égard des plans académiques et dogmatiques et une préférence pour les structures claires et simplement ordonnées !

7 – Avec la question des Principes directeurs, j'ai bien conscience que mon opinion sera sujette à caution puisque c'est sur ce point précis que le groupe de travail de la chancellerie m'a auditionné et que j'ai plaidé en faveur de leur « énonciation », quoi qu'elle soit, comme tu le regrettes, « étrangère à la tradition législative française »³². En bref, car ce débat mériterait de constituer à lui seul le sujet d'un nouvel échange épistolaire, tu trouves « Cette énonciation inutile et dangereuse »(12). Que tu es sévère !

En premier lieu, je la crois profondément utile. À l'époque où la réforme du droit des contrats était encore simplement l'objet de débats savants, beaucoup d'auteurs avaient plaidé pour que la future réforme soit l'occasion de prendre clairement partie sur la conception du contrat qui innoverait le droit futur et sur les valeurs fondamentales qui l'irrigueraient³³. C'est, précisément, la première utilité, fût-elle de l'ordre du symbole, que je vois à ces Principes et elle me semble particulièrement importante. Ils expriment le socle philosophique, idéologique et politique sur lequel repose notre futur modèle contractuel. Leur utilité me paraît tout aussi importante, dans une perspective plus pragmatique, pour les praticiens et les juges du contrat, notamment : ils permettent de préciser la mise en œuvre des règles spéciales, de les appliquer, de les interpréter, de combler leurs lacunes, de pallier leur absence, etc.

En second lieu, la présence de Principes directeurs ne me paraît pas source d'insécurité. Pour le démontrer, je laisse, dans un premier temps, la parole à Dominique Fenouillet dont le propos est, par hypothèse, plus objectif que le mien : « La première inquiétude, générale, tient à la portée de ces principes. Les professionnels, notamment, s'inquiètent de savoir si de tels principes ont une place hiérarchique supérieure dans l'ordre juridique contractuel (doivent-ils l'emporter sur une règle technique qui leur contreviendrait ?) et s'ils sont d'ordre public (l'enjeu étant, naturellement, la question de savoir si l'on peut, ou non, y déroger). Mais cette inquiétude ne paraît pas justifiée. Le regroupement de ces principes dans le premier chapitre qui suit les définitions, et sous l'intitulé de « principes directeurs », ne vise pas à leur conférer une place hiérarchique quelconque ou une portée impérative³⁴. La question de leur éventuelle place hiérarchique appartient à d'autres droits – il appartient notamment au droit constitutionnel de donner ses lettres de noblesse à tel ou tel d'entre eux –³⁵. Et leur caractère impératif ne saurait être réglé « en bloc », comme constituant une simple conséquence automatique de leur nature « de principe directeur »³⁶.

Par ailleurs, j'ai l'absolue conviction que ce débat sur les Principes directeurs serait autrement moins intense, et je me demande même franchement s'il aurait eu lieu, si, dans la liste de ces Principes, n'avait pas figuré l'épouvantail doctrinal que constitue, toujours et encore, dans notre si joli petit monde contractuel, la terrifiante bonne foi.

28. D. Fenouillet.

29. P. Stoffel-Munck.

30. M^e Brochier.

31. Ton article, n^o 7.

32. Ibid.

33. Ibid.

34. Et il n'y conduit pas non plus. Certes, la bonne foi est un principe d'ordre public. Mais tel n'est pas le cas de la liberté contractuelle, que les conventions particulières peuvent limiter (ainsi du pacte de préférence), ou de la force obligatoire de l'engagement, qui est susceptible de degré (les parties peuvent ainsi introduire une faculté de dédit dans leur convention, ou renoncer à une exécution en nature, etc.).

35. Ainsi de la question de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle.

36. Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres. Présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat, *RDC* 2009/1, à paraître.



D'ailleurs, et cela ne me surprend évidemment pas, je relève qu'à l'issue de tes développements sur les principes directeurs, tu t'inquiètes, très classiquement, de ce que la « brutale mise en avant » de ces Principes, « choisis (...) arbitrairement » est « susceptible d'ouvrir au juge un pouvoir illimité de contrôle sur les conventions, notamment par référence à la bonne foi »³⁷. Nous y voilà !!! D'abord, franchement Cher Rémy, il faut avoir de l'estomac pour soutenir que le choix de la liberté et de la sécurité contractuelles au titre de principe directeur est arbitraire. Ensuite, ton propos est manifestement infléchi par la crainte viscérale de la bonne foi que nos plus beaux esprits accusent depuis toujours d'être la cause de tous les maux contractuels, l'arme fatale du juge dans le contrat, le ferment de l'insécurité et de l'instabilité contractuelles. Récurrents, ces fantasmes doctrinaux m'exaspèrent, autant qu'ils amusent les juristes étrangers qui vivent, depuis longtemps, avec une clause générale de bonne foi dans leurs droits des contrats sans que sinistre contractuel s'en suive. Je reste, pour ma part, convaincu que bonne foi et sécurité juridique ne sont pas incompatibles, ainsi que le démontrent amplement les expériences étrangères, mais comparaison n'est pas raison me répliqueras-tu... J'ajouterai volontiers qu'un regard sur les trente dernières années de notre propre droit démontre qu'en dépit de l'exigence généralisée de bonne foi, décrétée par la Cour de cassation, notre droit des contrats n'a pas l'allure d'un champ de ruine. Mais je t'imagine toujours aussi sceptique, si ce n'est amusé de me voir défendre avec fougue une cause que d'aucuns considèrent comme perdue depuis longtemps... Passons donc à autre chose et consacrons notre amicale querelle à l'essentiel, c'est-à-dire à l'objet et à la cause.

8 – À propos de « ces deux piliers du contrat que sont, dans la tradition française, l'objet et la cause », tu sonnes le tocsin : « Le projet semble (les) faire disparaître (...) au profit de la notion de contenu du contrat, ici encore brutalement importée des Principes du droit européen des contrats »³⁸. On frémit, bien sûr, à l'idée de la brutale disparition de deux des plus beaux fleurons du modèle contractuel français et on songe immédiatement à organiser une procession, du Luxembourg au Panthéon, en leur mémoire. Sauf que, comme tu le concèdes d'ailleurs quelques lignes plus loin, on est immédiatement rassuré lorsqu'on prend la peine de lire le projet en question puisque non seulement le « contenu » ne se substitue pas à nos deux notions vedettes, qu'il coiffe plutôt qu'il ne décapite, mais encore, celles-ci sortent sinon intactes, du moins quasiment indemnes de la lâche agression européenne. Rendormez-vous braves gens, la patrie contractuelle française n'est finalement pas en danger !!!

En ce qui concerne l'objet, je relève qu'il règne en doctrine, si prompte à s'indigner des outrages que le projet fait subir à la cause, un silence assourdissant sur la nouvelle définition³⁹ dont il est doté. Serait-ce parce que, s'inspirant de celle que l'on trouve sous la plume du Doyen Cornu⁴⁰, dans le Vocabulaire de l'Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française, elle est meilleure que celle retenue par Portalis and C°⁴¹ ? On n'ose évidemment l'imaginer...

Quant à la cause objective, le mot a effectivement disparu du projet et il a été remplacé par celui d'intérêt. Sur ce point si sensible, le projet se borne à une simple réformatte d'ordre purement formel⁴² : le terme « cause » n'y est plus, mais on a renommé la notion dont il était le vêtement, « intérêt ». Pour ceux qui en douteraient, il suffit de comparer les textes de l'avant-projet « Catala », lequel avait sacrifié au culte de la cause, et ceux du projet sur lequel nous croisons le fer ou plutôt la plume : ainsi, alors que l'article 1125, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet énonce que « L'engagement est sans justification, faute de cause réelle, lorsque, dès l'origine, la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire », l'article 86 du projet dispose qu'« Un contrat à titre onéreux est nul faute d'intérêt lorsque dès l'origine la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire »... De plus, alors que selon l'article 1125, alinéa 2, de l'avant-projet : « Est réputée non écrite toute clause inconciliable avec la réalité de la cause », en vertu de l'article 87 du projet : « La clause vidant le contrat de son intérêt est réputée non écrite »... Troublant, non ?

9 – Ceci étant dit, trois questions me semblent pouvoir être posées.

La première consiste, tout simplement, à se demander s'il fallait maintenir ou supprimer la cause. À cet égard, il importe, dans un premier temps, de se souvenir que les auteurs du projet s'étaient fixé pour mission d'améliorer l'accessibilité et l'attractivité de notre droit des contrats, en Europe notamment. Or, même des auteurs, qu'il est pourtant délicat de soupçonner de fomenter un complot visant à « doter la France d'un droit élaboré pour les autres et non pour nous, Français »⁴³, présentent la cause comme une notion « subtile »⁴⁴, « incertaine »⁴⁵,

37. Ton texte, n° 7.

38. n° 10.

39. Art. 81, al. 1^{er} : « L'obligation a pour objet une prestation (...) ».

40. L'objet de l'obligation, c'est « la prestation due ».

41. Art. 1126, « Tout contrat a pour objet une chose (...) ».

42. En revanche, la cause subjective disparaît bien et laisse la place à la notion d'illicéité.

43. P. Malinvaud, eod. loc.

44. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Les obligations, *Defrénois*, 2007, n° 207.

45. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Droit civil, Les obligations 1. L'acte juridique, Armand Colin, 2008, n° 253.



« difficilement intelligible »⁴⁶ et « délicate »⁴⁷. De plus, tous ceux qui s'aventurent hors de nos frontières hexagonales savent qu'elle est ignorée par beaucoup de droits européens, en particulier par les codes modernes (Allemagne, Pays-Bas) et écartée par les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats, pilotés par MM. Gandolfi et Lando. D'où la conclusion que la suppression formelle de la cause peut être perçue moins comme une défiance à l'égard du modèle contractuel français que comme un gage de son exportation. On ajoutera que la décision des rédacteurs du projet, sur ce point, était d'autant plus délicate à prendre que l'examen de la doctrine contemporaine n'était sans doute guère éclairante, tant les opinions exprimées par les « pro-cause » et les « anti-cause » sont obscurcies par un paradoxe apparemment insurmontable. En effet, beaucoup de ceux qui prêchent pour le maintien de la cause sont ceux-là même qui ont critiqué, et avec quelle virulence, sa rénovation et son exploitation par la Cour de cassation hors du ghetto dogmatique dans lequel cette notion était jusqu'alors confinée, mais il est vrai que ces derniers, détenteurs de la seule vérité qui fut, est et sera, savent eux, et eux seuls, le rôle susceptible d'être assigné à la cause. En revanche, ceux qui ont applaudi les audaces de la Cour de cassation dans ce domaine, ces dernières années, sont ceux-là même qui plaident aujourd'hui pour sa disparition... ; ajoutons que ces renégats sont désormais accusés par les premiers d'être les responsables du discrédit dont souffre aujourd'hui la cause, car ce serait par leur faute que cette cristalline notion serait devenue si opaque... Il fallait tout de même y penser... Mais qu'importe les outrances des uns et des autres, sur ce point, je te concède que la cohérence de ma propre position n'est pas d'une absolue limpidité, sauf à admettre que mon opinion s'inscrit dans la perspective de l'amélioration de l'accessibilité et de l'attractivité de notre droit sur la scène européenne, et qu'elle ne tend, évidemment pas, à exclure un contrôle objectif de la volonté contractuelle en vue d'assurer la protection de l'intérêt privé des contractants...

10 – Passons à la deuxième question suscitée par l'abandon de la cause ! Faut-il se lamenter, comme le font beaucoup d'ores et déjà, de l'avènement du concept d'intérêt ? Ma réponse est la fois « non » et « oui », selon que l'on raisonne en termes d'intelligibilité ou d'attractivité de notre droit !

« Non », si on raisonne en termes d'intelligibilité : pour le justiciable, pour lequel le droit est fait, le terme d'intérêt est évidemment plus clair et plus simple que celui de cause. « Non », aussi, si on raisonne en termes de légitimité, car ce nouveau concept peut faire valoir quelques titres de noblesse, c'est le moins que l'on puisse dire. On a même assez envie de dire que les rédacteurs du projet se sont en l'occurrence inspirés de la meilleure doctrine, française... A commencer par Jean Carbonnier, lui-même, qui dans son ouvrage de droit des obligations se réfère très souvent à l'intérêt pour exposer et expliquer la cause : « (...) il y a deux aspects de la cause. Non pas que l'unité ne puisse se rétablir à un certain niveau de généralité : dans les deux cas, c'est à l'arrière-plan du consentement que se trouve la cause, elle est un pourquoi, un but, une raison ; elle est, pourrait-on dire encore, l'intérêt⁴⁸ (en particulier, économique) du contractant au contrat »⁴⁹ ; « Une notion comme celle de l'intérêt, qui eût peut-être été la traduction la plus adéquate de la causa, serait bien propre à faire sentir l'unité sous-jacente à l'article 1131 : l'intérêt doit exister, et doit être sérieux, il doit être aussi légitime (...). Par là peuvent aussi s'éclairer les rapports de l'objet et de la cause : la cause est l'intérêt du débiteur au contrat⁵⁰ »⁵¹. Curieusement, on ne se souvient pas que ceux qui aujourd'hui sonnent une charge féroce contre le concept d'intérêt aient exprimé la moindre esquisse de critique à l'égard des propos iconoclastes de l'icône de la doctrine privatiste française... Pas plus d'ailleurs qu'à l'encontre du livre, devenu incontournable, de Muriel Fabre-Magnan, dans lequel celle-ci intitule la subdivision qu'elle consacre à la cause objective, « Le contrôle d'un intérêt à l'engagement : l'existence de la cause »⁵², puis définit la cause comme « l'intérêt retiré du contrat »⁵³. Et on ne se souvient pas non plus avoir lu ou entendu de critiques négatives sur le « travail remarquable »⁵⁴ de Judith Rochfeld qui, dans une des thèses les plus importantes et les plus stimulantes du xx^e siècle en droit des obligations⁵⁵, a repensé et reconstruit la classique notion de cause à travers le concept d'intérêt, sans que vacarme doctrinal s'ensuive. Autant dire que, en substituant l'intérêt à la cause, les auteurs du projet n'ont pas fait œuvre révolutionnaire et se sont inspirés d'une doctrine dont nul n'avait auparavant songé à critiquer les opinions dans ce domaine. Ce qui, pour ma part, me conduit à ne prêter qu'une attention assez distraite à des critiques trop tardives pour être décisives.

46. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2005, spéc. n° 331.

47. H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations*, Montchrestien, 1998, n° 261.

48. C'est moi qui souligne.

49. *Droit civil, Les obligations*, PUF, 22^e éd., spéc. n° 58.

50. C'est moi qui souligne.

51. *Op. cit.*, spéc. n° 64.

52. *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, PUF, spéc. p. 397.

53. *Op. cit.*, spéc. p. 398.

54. J. Carbonnier, *op. et loc. cit.*

55. *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999.



11 – Cela étant, et j’en viens à mon « oui », pas plus que la cause, l’intérêt ne me semble, dans une perspective d’accessibilité et d’attractivité de notre droit des contrats, un choix opportun, et j’en arrive à la troisième et dernière question sur ce point. Était-il opportun, dans la perspective d’une réforme digne de ce nom, destinée à moderniser notre droit et à renforcer son attractivité, de se contenter de substituer à la cause un clone, rebaptisé « intérêt » ? Pour qu’il en soit autrement, et pour que disparaissent des notions complexes et mystérieuses qui sont autant d’obstacles au rayonnement du modèle contractuel français, il aurait fallu que les auteurs du projet aient été convaincus que les bienfaits contractuels, auxquels conduit indiscutablement en droit positif l’exploitation de la notion de cause, pouvaient être obtenus en substituant à celle-ci des concepts ou des règles plus aisément exportables, car plus simples à mettre en œuvre, et aussi efficaces dans la perspective de la protection de l’intérêt privé des contractants. Or, une telle entreprise était, me semble-t-il, parfaitement réalisable : ainsi, dans sa fonction traditionnelle de protection contre les déséquilibres contractuels, résultant de l’absence d’une contrepartie réelle ou de l’existence d’une contrepartie simplement illusoire ou dérisoire, la cause aurait pu être, dans une assez large mesure, remplacée par une règle introduisant la lésion qualifiée dans notre droit⁵⁶. Règle connue et appliquée dans un grand nombre de pays européens et qui a largement fait ses preuves. Quant aux autres fonctions que la Cour de cassation a assignées à la cause depuis une quinzaine d’années, dans sa lutte contre l’injustice contractuelle ou pour la prise en compte de l’interdépendance contractuelle, l’exploitation des concepts et des notions de faute lourde, d’obligation essentielle, d’indivisibilité et des principes de bonne foi et de cohérence, auraient, je crois, parfaitement fait l’affaire.

Mais, une fois encore, j’ai la nette impression de mener une cause perdue, tant le traumatisme doctrinal provoqué par la disparition de la cause me semble aussi irrationnel qu’incurable. J’ajouterais que je trouve vraiment navrant, sur le simple plan du débat sur le projet, que l’arbre de la cause masque la forêt des innovations et des évolutions réalisées par ce projet. Franchement, quel dommage d’être les victimes consentantes de cette inhibition contractuelle et de focaliser l’essentiel de nos débats sur la cause, et de passer alors sous silence des questions aussi fondamentales, dans la perspective de l’avenir du modèle contractuel français, que la graduation des sanctions des fautes précontractuelles, l’admission de la résolution unilatérale anticipée et de la résiliation judiciaire pour imprévision, la création d’une nouvelle exception au principe de l’exécution forcée en nature des obligations de faire, l’introduction de textes sur la durée des contrats à durée déterminée, l’exclusion de la rétroactivité de la réalisation de la condition, le privilège accordé au créancier qui exerce l’action oblique, etc.

12 – Pour en finir avec tes impressions, je te concède ne pas avoir les mêmes réticences que toi à l’égard des obligations implicites, et notamment ne pas partager tes craintes, décidément récurrentes, du « pouvoir exorbitant du juge » que « La consécration de l’obligation implicite accorderait bien inutilement »⁵⁷. Que je sache, notre droit connaît déjà ces « compléments d’équité », ces obligations complémentaires que le juge a incorporées dans le contrat, sur le fondement de l’article 1134, alinéa 3, ou de l’article 1135 du code civil, alors que non seulement elles n’ont pas été expressément stipulées dans le contrat, mais encore qu’elles n’ont pas été voulues par les contractants, « au simple motif qu’elles correspondaient à la justice contractuelle »⁵⁸, et, ce, sans pour autant qu’il en abuse⁵⁹. Dès lors, faut-il vraiment s’inquiéter lorsque la réforme se borne à utiliser un vocabulaire nouveau pour désigner un concept qui fait partie de notre tradition contractuelle⁶⁰ ?

13 – Il est grand temps de conclure, mon Cher Rémy. En définitive, tes impressions sur le projet de réforme, ajoutées aux réactions déjà publiées et aux opinions émises en public et en privé, m’inspirent une sensation qui n’est pas politiquement correcte mais dont je te fais quand même part, sachant que tu es une tombe et que tout cela restera entre nous.

J’ai, en effet, l’intime conviction que la rapidité et l’hostilité des réactions et impressions provoquées par le projet ont une triple cause. D’abord, le culte du code civil que certains pratiquent encore avec une touchante dévotion. On a quand même le sentiment que, par principe, c’est le changement qui est critiquable et que seuls des ajustements de détails sont admissibles. Est-il inconcevable de penser qu’une réelle évolution pourrait se produire sans pour autant trahir notre modèle contractuel, voire en emportant son amélioration ? Est-il, par exemple, définitivement impossible d’envisager sereinement un nouveau rôle du juge dans le contrat ou une portée plus forte accordée à la bonne foi, sans qu’immédiatement on brandisse le spectre de l’insécurité juridique et de la judiciarisation du contrat ? Ensuite, l’animosité suscitée par le projet de réforme révèle l’aversion qui subsiste dans une large part de la doctrine française à l’égard du droit européen du contrat. Les articles déjà publiés le révèlent très nettement ; les

56. *Contra*, F. Chénéde, L’utilité de la cause de l’obligation en droit contemporain des contrats : l’apport du droit administratif, CCC 2008, étude n° 11 ; J. Ghestin, Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats ?, *European Review of Contract Law* 2005. 396.

57. n° 11.

58. A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 2007, spéc. n° 280.

59. Sur la question, V. P. Jacques, *Regards sur l’article 1135 du code civil*, Dalloz, 2005.

60. En ce sens, mais de manière critique en raison du double emploi des articles 80 et 135, M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, spéc. n° 17.



options, retenues par les rédacteurs, qui sont le plus critiquées sont toutes suspectées d'avoir été choisies sous l'influence des projets d'harmonisation du droit européen des contrats. Défaut qui reste manifestement rédhibitoire. Enfin, ce qui est implicitement reproché aux rédacteurs du projet, c'est d'avoir commis un crime de lèse-doctrine en ne reprenant pas mot à mot l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, joyau de la pensée universitaire française... Avant-projet qui, faut-il le rappeler, maintenant, comme par hasard, la cause. Pourtant, le projet de réforme gouvernemental s'en inspire dans une très large mesure, même s'il est plus sensible aux idées venues d'ailleurs, mais pas au point toutefois d'avoir, comme le faisait l'avant-projet « Catala », étendu la protection contre les clauses abusives aux contractants professionnels, à l'image des Principes du droit européen du contrat.

Finalement, ce qui est à craindre, c'est que, en restant les uns et les autres campés sur nos positions, nous participions tous à la conspiration des immobiles et que nos querelles idéologiques aboutissent à un blocage alors que nous sommes tous d'accord, du moins je le crois, pour considérer que notre droit des contrats a besoin d'une bonne et salutaire réforme. Alors, comme nous y exhorte Jacques Mestre, le pape du droit des contrats, « Soyons donc confiants dans l'avenir. Confiants dans ces principes directeurs (...) ! Confiants dans les choix techniques opérés (...) ! Confiants dans les équilibres trouvés entre innovations (...) et permanences (...) » et gardons à l'esprit « d'aboutir assez rapidement, sans enlèvement dans d'innombrables discussions qui briseraient un élan dont notre droit des contrats a plus que jamais besoin ! »⁶¹.

Allez, Rémy, chiche ! ? !

Amitiés contractuelles !

Denis

Annexe 3 – Mazeaud D., Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, D. 2009. 1364

L'essentiel

Alors que la réforme du droit des contrats semble marquer un coup d'arrêt, un groupe dirigé par François Terré a récemment proposé de nouvelles pistes « Pour une réforme du droit des contrats » (Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008). C'est ce nouveau projet assez iconoclaste qui constitue l'objet des brèves remarques qui suivent.

1 – Assez curieusement, plusieurs mois après leur publication, les variations contractuelles en vue de la réforme du droit des contrats composées par un petit orchestre de juristes distingués, avec le maestro François Terré à la baguette, n'ont toujours pas reçu le moindre écho doctrinal. Voilà un silence qui paraît tout à la fois assourdissant et paradoxal.

Assourdissant, si on le compare au tohu-bohu qu'ont suscité, en leurs temps, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription⁶², conçu sous le parrainage de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française et dirigé par Pierre Catala, d'une part, le projet de réforme du droit des contrats conçu par la chancellerie⁶³, d'autre part. Articles, chroniques, colloques, ouvrages, ces deux projets ont, en effet, eu droit à toutes les variétés d'expression de la doctrine. En revanche, à l'exception de présentations rapides faites, dans la presse juridique, par François Terré lui-même, ses propositions de réforme n'ont pas encore retenu l'attention des fines lames du droit des contrats, si promptes pourtant en d'autres temps à prendre leurs plumes pour écrire tout le mal ou tout le bien qu'elles pensaient des deux projets susvisés. Certes, une certaine lassitude peut expliquer cette relative apathie doctrinale. Les projets semblent s'empiler les uns sur les autres⁶⁴ et, dans une certaine mesure au moins, se neutralisent. Sans compter que la chancellerie, après avoir fait rêver d'une réforme rapide, car urgente, nous fait languir ; les projets officieux succèdent aux projets officiels et ces tergiversations et circonvolutions sont quelque peu décourageantes, surtout que s'y ajoutent les rumeurs, qui semblent malheureusement fondées, selon lesquelles l'avenir du projet de réforme du droit des contrats dépend du bon vouloir d'organisations professionnelles politiquement influentes, ce qui ajoute une once d'exaspération à la lassitude, dans la mesure où l'on éprouve l'irritant sentiment que le droit des contrats de demain dépendra du bon vouloir d'autorités dont la compétence en matière contractuelle reste encore à démontrer.

2 – Paradoxal, ce silence doctrinal l'est aussi, car cette nouvelle rhapsodie contractuelle risque de faire du bruit. Elle comporte, en effet, toute une série d'harmonies et de sonorités nouvelles qui détonnent, c'est le moins qu'on

61. « Une très heureuse initiative », *RLDC*, oct. 2008. 3.

62. La documentation française, 2006.

63. Sur ce projet, V., entre autres, les actes du colloque qui lui ont été consacrés *in RDC* 2009/1 (à paraître).

64. On peut d'ailleurs consulter un nouvel opus contractuel d'origine doctrinale, délibérément incomplet, composé par une équipe réunie par J. Ghestin, Observations sur le projet de réforme du droit des contrats, *LPA*, 12 févr. 2009.



puisse dire, avec la grande tradition contractuelle française. En une note comme en cent, la partition contractuelle composée par François Terré et son orchestre est, donc, autrement plus innovante que celles sur lesquelles les critiques contractuels ont tant et tant écrit ces dernières années et ces derniers mois.

Ainsi, selon les termes mêmes de son promoteur, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ne propose « pas un code de rupture, mais d'ajustement »⁶⁵. Comme le révèle son étude, on peut considérer qu'il incarne la grande tradition contractuelle française, ainsi qu'en témoignent entre autres le maintien de la cause et le rejet de la révision judiciaire pour imprévision. Quant au projet conçu par le petit orchestre de chambre de la chancellerie, il peut être qualifié de projet d'ouverture. Ouverture sur l'Europe notamment puisque, de l'aveu même de la directrice des Affaires civiles et du Sceau, la modernisation du droit français des contrats suppose nécessairement que le droit nouveau s'inspire de symphonies contractuelles européennes, via les codifications récentes et les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats. Comparées à cet avant-projet académique et au projet gouvernemental, les propositions du groupe Terré préfigurent, nous semble-t-il, un véritable code de fracture. Fracture parce que la partition composée par ses auteurs, d'une part, fait table rase de certaines notions et règles contractuelles dont on pensait pourtant qu'elles étaient éternelles, d'autre part, accueille à bras ouverts certaines idées et valeurs qui étaient jusqu'alors tenues en respect, et ce sans doute au grand dam des gardiens du temple contractuel français.

3 – Reste que si ces propositions pour une réforme du droit des contrats emporteraient une évolution sensible de notre droit positif, il serait excessif de prédire qu'elles se solderaient par une révolution. En effet, l'examen, non exhaustif, des dispositions de cette nouvelle rhapsodie contractuelle permet, certes, de découvrir quelques mélodies nouvelles (II), mais aussi de retrouver certains airs connus (I) ; il conduit, par ailleurs, à prêter une particulière attention à certains accords dissonants (III) et à émettre quelques critiques en raison de quelques fausses notes repérées ici ou là (IV).

I – Airs connus

4 – Même si les innovations sont légions dans ces propositions, celles-ci ne larguent pas pour autant les amarres avec les règles emblématiques du modèle contractuel français.

En premier lieu, un hommage particulièrement appuyé est rendu à la liberté contractuelle, laquelle a les honneurs du texte d'ouverture du nouvel opus contractuel⁶⁶, dans lequel sont réaffirmées la liberté de choisir son partenaire, la liberté de la forme et la libre détermination du contenu contractuel. Outre cette disposition générale qui fait résonner la liberté contractuelle comme un... principe directeur, celle-ci fait l'objet de plusieurs rappels dans les règles spéciales. Ainsi, on retrouve, entre autres, l'idée classique selon laquelle le déséquilibre contractuel étant la rançon de la liberté, les contrats lésionnaires sont valables et intangibles⁶⁷, et l'erreur sur la valeur est indifférente⁶⁸. Est, par ailleurs, consacrée la règle récemment énoncée par la Cour de cassation⁶⁹ en vertu de laquelle le dommage, consistant dans la perte des profits escomptés de l'exécution d'un contrat dont la négociation a été fautivement rompue, n'est pas réparable⁷⁰.

En second lieu, le principe moral du respect de la parole donnée et son corollaire, l'exécution forcée en nature, sont eux aussi à l'honneur. Certes, le label de principe directeur ne lui a pas été décerné, ce que l'on peut déplorer au regard de la spécificité qu'il confère à notre modèle contractuel, mais il est décliné dans plusieurs des propositions évoquées. D'abord, la formation forcée du contrat, unilatéralement offert ou contractuellement promis, constitue la sanction de la révocation abusive de l'offre⁷¹, à condition qu'elle ait été adressée à personne déterminée, et de la rétractation fautive de la promesse unilatérale de contrats⁷², et, ce, au rebours des solutions de notre droit positif. En revanche, et ensuite, la solution récemment retenue par la Cour de cassation en cas de violation d'un pacte de préférence⁷³ est consacrée : le bénéficiaire du pacte peut, lorsque le contrat envisagé a finalement été conclu avec un tiers, qui connaissait l'existence du pacte, agir en vue d'être judiciairement substitué à celui-ci « dans le contrat conclu »⁷⁴, ce qui suggère que son action tendra, en amont, à ce que ce contrat lui soit déclaré inopposable. Enfin, l'article 1142 du code civil, déjà réécrit pas la Cour de cassation, est officiellement abrogé : « La

65. P. Catala, *op. cit.*, spéc. p. 13.

66. Art. 3, du titre I, baptisé « Des « contrats » ».

67. Art. 65.

68. Art. 41.

69. En dernier lieu, Com. 7 janv. 2009 : L'essentiel (droit des contrats), mars 2009.1, obs. O. Deshayes.

70. Art. 24, al. 3.

71. Art. 18, al. 2.

72. Art. 29, al. 2.

73. Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, *D.* 2006. 1861, notes P.-Y. Gautier et D. Mainguy ; *Defrénois* 2006. 1206, obs. E. Savaux ; *RDC* 2006. 1080, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2006. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Rev. sociétés* 2006. 808, obs. J.-F. Barbiéri ; Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12^e éd., 2008, n° 258.

74. Art. 31.



partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, a le choix, selon les circonstances, de poursuivre contre l'autre l'exécution forcée en nature de l'engagement (...) », dispose l'article 97, alinéa 1^{er} ; « Le créancier peut, après mise en demeure du débiteur, exiger l'exécution forcée d'une obligation chaque fois qu'elle est possible (...) », ajoute l'article 105.

5 – On ne sera pas dépaycé non plus par certains refrains qui sont, sans surprise, repris dans le livret conçu sous la houlette de François Terré. Pêle-mêle, on retrouvera entonnés, sur fond de justice contractuelle, soit des morceaux classiques, tels l'obligation précontractuelle d'information⁷⁵, la sanction de la réticence dolosive⁷⁶, le caractère excusable de l'erreur provoquée par un dol⁷⁷ et la révision des clauses pénales manifestement excessives⁷⁸, soit des rengaines jurisprudentielles plus récentes, comme la renégociation conventionnelle judiciairement imposée pour imprévision⁷⁹ ou la neutralisation des clauses de responsabilité qui contredisent la portée de l'engagement souscrit par le débiteur⁸⁰.

Dans un tout autre registre, les amateurs de musique contractuelle classique relèveront que la théorie dite « moderne » des nullités fait son entrée dans le code⁸¹, de même que, assez timidement il est vrai, la règle de l'opposabilité du contrat au tiers⁸² qui s'est rendu complice de l'inexécution contractuelle imputable au débiteur. En revanche, la responsabilité « quasi contractuelle »⁸³ imaginée par la Cour de cassation⁸⁴ est rangée au rayon des souvenirs. Pour obtenir l'indemnisation du dommage causé par l'inexécution des obligations contractuelles du débiteur, le tiers victime devra, dans le respect des principes qui gouvernent les effets du contrat à l'égard des tiers, précisément par application de la règle de la relativité de la faute contractuelle, apporter la preuve que son préjudice procède d'une faute extracontractuelle⁸⁵.

II – Mélodies nouvelles

6 – Au rayon des nouvelles mélodies contractuelles composées pour la circonstance, on retiendra que la partition commence par l'énoncé d'une série de règles qui n'ont pas stratégiquement été baptisées « principes directeurs du droit des contrats », mais dont il n'est guère difficile de comprendre qu'elles constituent le centre de gravité du modèle contractuel proposé. Outre la liberté contractuelle, sont intégrées, dans la gamme contractuelle majeure, la loyauté et la cohérence. Quant à la première, on peut simplement regretter que, quitte à consolider le droit positif en accordant à la bonne foi un champ qui dépasse la seule phase de l'exécution du contrat, dans lequel la lettre de l'article 1134, alinéa 3, l'avait confinée, les rédacteurs du texte n'aient pas jugé opportun de préciser que ce devoir devait se déployer aussi lors la rupture du contrat. Pour la seconde, on relèvera qu'avec l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui qu'elle édicte, l'opus contractuel commenté renforce très sensiblement le poids de la morale dans le droit des contrats, ce qui entraînera probablement un certain scepticisme chez ceux qui pensent que la liberté de changer d'avis et d'attitude dans la recherche de ses propres intérêts est une condition du dynamisme de l'activité économique.

7 – Pour les autres mélodies qui détonnent quelque peu dans notre univers contractuel, on s'arrêtera, dans un premier temps, sur des dispositions qui tempèrent la liberté contractuelle ou plutôt qui témoignent de ce que celle-ci ne peut plus être systématiquement brandie pour légitimer tous les déséquilibres contractuels. En clair, dans la petite musique contractuelle issue de ces propositions, les déséquilibres excessifs qui résultent de l'exploitation d'un rapport de forces inégalitaire au stade la conclusion du contrat ne peuvent plus être excusés au nom d'une prétendue liberté contractuelle dont ils révèlent au contraire que celle-ci n'était qu'un leurre. Ainsi, non seulement la lésion qualifiée est admise⁸⁶, mais encore les clauses abusives peuvent être révisées ou supprimées du contrat, quel que soit le statut de la victime⁸⁷. Outre qu'elles renforcent l'impératif de justice contractuelle, ces deux règles brillent par leur inspiration européenne. De plus, la seconde d'entre elles présente l'indiscutable mérite d'énoncer une règle de protection qui relèvera du droit commun, là où aujourd'hui la lutte contre les clauses abusives relève

75. Art. 33.

76. Art. 44.

77. Art. 46.

78. Art. 123, al. 2.

79. Art. 92.

80. Art. 64.

81. Du moins, si les propositions se substituaient aux dispositions actuelles du code civil...

82. Art. 125, al. 1^{er}.

83. En ce sens que les tiers victimes d'un dommage contractuel étaient, quant aux conditions de leur action en responsabilité extracontractuelle, soumis à un régime quasi identique à celui appliqué au créancier victime.

84. Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, *D.* 2006. 2825, note G. Viney ; Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 2008, n° 177 ; *RTD civ.* 2007. 61, obs. P. Deumier, 115, obs. obs. J. Mestre et B. Fages, et 123, obs. P. Jourdain ; *RDI* 2006. 504, obs. P. Malinvaud ; *AJDI* 2007. 295, obs. N. Damas.

85. Art. 125, al. 2.

86. Art. 66.

87. Art. 67.



du droit spécial et donne lieu à des dispositions éparpillées dans le code de la consommation et dans le code de commerce, et qui sera donc susceptible de profiter à tous les contractants, alors que le droit positif réserve la protection à certaines catégories d'entre eux seulement.

Ce qui détonne aussi dans ces propositions, et ce sur quoi il convient, dans un second temps, d'insister, c'est la façon extrêmement innovante dont la partition du juge est écrite dans ce nouvel opus contractuel. A cent lieux du principe rigide de non-ingérence dans le contrat qui demeure l'alpha et l'oméga de l'office du juge dans notre droit positif contractuel, les propositions du groupe Terré le dotent de pouvoirs importants. Cette entrée en fanfare du juge dans le contrat se traduit, crescendo, de deux manières. D'une part, par le pouvoir d'adaptation qui, par faveur pour le contrat, lui est reconnu lorsqu'un contractant, victime d'une erreur spontanée, a refusé la proposition émise par son cocontractant d'exécuter le contrat tel que celui-là l'avait initialement voulu⁸⁸. D'autre part, par le pouvoir de révision qui, par solidarité à l'égard du contractant victime d'un bouleversement de l'équilibre contractuel provoqué par un changement imprévisible de circonstances, lui est accordé pour réviser le contrat dans le respect des attentes légitimes des parties⁸⁹. On comprend alors que si le juge n'est plus cantonné dans son rôle traditionnel de serviteur de la volonté des parties et qu'il peut désormais œuvrer pour la pérennité du contrat, en évitant soit son annulation, soit sa résiliation, son pouvoir nouveau est clairement balisé par la volonté des contractants, telle qu'elle peut être induite de l'économie initiale du contrat. En d'autres termes, le juge n'est pas habilité à jouer en solo lorsqu'il s'immisce dans la sphère contractuelle, il doit, dans l'exercice de son pouvoir, s'inspirer de la partition contractuelle originelle, telle qu'elle avait été conçue par les parties.

III – Accords dissonants

8 – Si on les compare aux propositions qui ont été précédemment passées en revue, le contraste avec celles dont il va désormais être question est pour le moins saisissant, tant elles semblent animées par une idéologie radicalement différente, de même d'ailleurs qu'avec la philosophie de notre modèle contractuel.

En premier lieu, ce qui peut légitimement surprendre, voire inquiéter, c'est la part importante concédée par ces propositions à des règles qui semblent battre la mesure de l'analyse économique du droit. En ce sens, on relèvera, d'abord, que le « grand tournant libéral »⁹⁰ amorcé en 1995 par la Cour de cassation, en matière de détermination du prix, est consacré et même sensiblement accentué. Non seulement le domaine du pouvoir de la volonté unilatérale est accru puisque c'est l'objet de l'obligation, et donc pas uniquement le prix, qui peut être fixé unilatéralement, mais encore le contrôle de l'exercice de ce pouvoir unilatéral, et donc la protection du cocontractant, est réduit au strict minimum. Il suffit, en effet, pour que ce pouvoir solitaire dans la détermination du contenu du contrat (sans d'ailleurs qu'aucune distinction quant à la qualification de celui-ci ne soit opérée) se déploie efficacement que les modalités de cette détermination aient été « précisément fixées dans le contrat » et qu'il en ait été fait usage « de manière raisonnable »⁹¹. Avouons qu'on peut difficilement être moins exigeant pour encadrer cette première variation sur le pouvoir de la volonté unilatérale, dont le régime révèle que les compositeurs de ces propositions n'ont pas été insensibles à l'impératif d'efficacité économique du droit. En témoignent aussi le domaine et le régime de la résolution unilatérale d'un contrat inexécuté. Promue au titre de principe concurrent des autres modes de résolution, judiciaire et conventionnelle⁹², elle peut, en outre, être notifiée par anticipation, « Si, dès avant l'échéance, il est certain que les conditions de la résolution sont acquises (...) »⁹³. La promotion de la résolution unilatérale, synonyme de gain de temps et d'argent pour le créancier qui évite le passage par la « case juge » pour être délié du contrat et peut ainsi promptement réallouer ses ressources dans une autre fugue contractuelle, n'emporte cependant pas la disparition totale des atouts inhérents à la résolution judiciaire, maintenue à titre de principe en droit positif. Que le créancier choisisse de se faire justice à lui-même après ou avant que l'inexécution soit consommée, le débiteur peut toujours contester la légitimité de la décision prise par celui-là, et le juge, si la preuve de la gravité de l'inexécution n'est pas rapportée, peut « ordonner l'exécution du contrat en octroyant éventuellement un délai au débiteur »⁹⁴. La dimension humaniste de la résolution « à la française » est donc préservée grâce au pouvoir du juge d'accorder un répit au débiteur en difficulté. Plus important, le pouvoir conféré au juge d'ordonner l'exécution du contrat illégitimement résolu sauvegarde le principe moral du respect de la parole donnée. En effet, le créancier, via son pouvoir de résolution unilatérale, n'est pas titulaire d'une option dont la première

88. Art. 52.

89. Art. 92, al., 3.

90. B. Fages, Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la commission Lando, *D.* 2003. Chron. 2386, spéc. 2389.

91. Art. 60, al. 3.

92. Art. 108.

93. Art. 111.

94. Art. 110, al. 3.



branche serait de respecter fidèlement son engagement et dont la seconde serait, sous prétexte d'une inexécution sans gravité, de reprendre sa parole en versant des dommages-intérêts à son cocontractant.

9 – Autre signe du poids de la loi du marché sur ces propositions de réforme, cette règle, que d'aucuns jugeront probablement assourdissante tant elle symbolise l'entrée en force de l'impératif d'efficacité économique dans notre modèle contractuel national, aux termes de laquelle l'exécution forcée en nature peut être exigée par le créancier « chaque fois que (...) son coût n'est pas manifestement disproportionné par rapport à l'intérêt que le créancier en retire »⁹⁵. Pour convenablement apprécier la portée de la fracture que cette proposition opère avec notre modèle contractuel, il convient de rappeler, d'une part, que notre droit positif ne connaît pas une telle exception irriguée par l'impératif d'efficacité économique du droit, d'autre part, de comparer sa rédaction à celle de l'article 162 du projet de réforme conçu par la chancellerie. Aux termes de ce texte, « Le créancier d'une obligation de faire peut en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable ». On comprend donc que la loi du marché emporte seulement une exception au principe ; il en va autrement avec la lettre de la proposition 105 qui appréhende, formellement au moins, la mesure économique du coût qu'elle emporte comme une condition de l'exécution forcée en nature. L'influence de l'impératif d'efficacité économique du droit apparaît enfin dans toute sa splendeur avec l'obligation de modérer le dommage, signe de « l'omniprésence du marché »⁹⁶ dans le contrat version common law et que rejette encore notre droit positif, parce que sa réception « détruirait (...) complètement l'équilibre de notre système de sanction ou de remèdes à l'inexécution du contrat (et) porterait un coup décisif à la conception que nous avons de l'engagement contractuel »⁹⁷. Pourtant, le risque de cacophonie contractuelle est pris par l'orchestre Terré puisque l'une de ses propositions prévoit que le créancier n'a droit qu'à une indemnisation réduite s'il n'a pas pris « les mesures sûres et raisonnables, propres à éviter, à modérer ou à supprimer son préjudice »⁹⁸.

10 – Mais ce qui, en second lieu, heurtera sans doute le plus les amateurs de grande musique contractuelle classique, c'est la suppression, revendiquée par François Terré lui-même⁹⁹, de la cause. Symboliquement, stratégiquement et politiquement ce choix est évidemment lourd de conséquences pour notre modèle contractuel. Symboliquement, d'abord, parce que chacun sait l'attachement viscéral d'un très grand nombre de juristes français à cette notion subtile et féconde¹⁰⁰. Pour rassurer les nostalgiques, on relèvera tout de même que la cause rôde toujours autour de ces propositions de réforme, comme en témoignent soit la lettre de certaines propositions, qui renvoient implicitement à la notion de cause du contrat¹⁰¹, soit l'esprit de certaines autres, qui ont été conçues sur le support de la notion de cause de l'obligation¹⁰². Stratégiquement, ensuite, la désactivation de la notion de cause constitue à l'évidence un signe fort à l'égard de l'Europe contractuelle, étant entendu qu'aucune codification européenne récente, ni aucun projet d'harmonisation européenne du droit des contrats n'y font la moindre allusion. Politiquement enfin, ce choix d'en finir avec la cause est important. Il conduit, en effet, à se priver d'une notion dont la flexibilité, exploitée avec un dynamisme jurisprudentiel diversement apprécié, a permis à la Cour de cassation, dans un passé récent, d'emporter d'importantes victoires au nom de la justice contractuelle. Pourtant, ce requiem pour la cause ne se traduira sans doute pas par une régression de la justice contractuelle. La présence, dans ces propositions, d'une règle sanctionnant la lésion qualifiée¹⁰³, le statut nouveau accordé à la bonne foi et l'apparition d'un nouveau principe de cohérence devraient, dans cette perspective, pallier la disparition de la cause objective.

IV – Fausses notes

11 – La lecture de cet opus doctrinal inspire quelques regrets enfin.

On regrettera, d'abord, le plan général retenu pour héberger les propositions. Pour l'essentiel, celles-ci sont réparties dans deux chapitres, l'un consacré à la formation, l'autre aux effets du contrat¹⁰⁴. Certes, ce plan est décliné dans la plupart des ouvrages et des cours relatifs au droit des contrats, mais il pêche par académisme. La

95. Art. 105.

96. H. Muir Watt, La modération des dommages en droit anglo-américain, *LPA*, 20 nov. 2002. 45 s., spéc. 47.

97. G. Viney, Rapport de synthèse, *in* Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?, *LPA*, 20 nov. 2002. 66 s., spéc. 69.

98. Art. 121, al. 2.

99. La cause est entendue, *JCP* 2008. Actu. 609.

100. Pour un témoignage récent d'un tel attachement, V. P. Catala, Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats, *Defrénois* 2008. 2365.

101. En ce sens, V. l'art. 59, qui dispose que « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ni par son contenu ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non, par toutes les parties », ainsi que l'art. 63 qui énonce que « Les libéralités sont nulles, de nullité relative, en l'absence du motif qui a déterminé leur auteur à disposer ».

102. En ce sens, V. l'art. 61, aux termes duquel « Lorsque, dans un contrat synallagmatique, l'une des obligations est sans objet, l'obligation corrélatrice est nulle de nullité relative ».

103. *Contra*, F. Chénéedé, L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif, *CCC* 2008, étude n° 11.

104. Ces chapitres constituent les chapitres 2 et 3, le premier enferme les dispositions générales.



réalité du processus contractuel ne peut, en effet, sans un certain artifice, être enfermée dans une telle subdivision. Par ailleurs, on ne comprend pas pourquoi les règles sur l'interprétation font chapitre à part, alors que tout conduit à les intégrer dans la subdivision qui énonce les règles qui gouvernent les effets du contrat.

Ensuite, en raison de leur importance pratique, on regrettera de ne pas trouver la moindre trace de règles sur les modalités des obligations, notamment sur les conditions et le terme. Certes, on nous répliquera que ces modalités peuvent affecter une obligation quelle que soit sa source et qu'elles n'ont donc pas leur place dans un opus consacré au seul droit des contrats. L'argument semble excessivement académique ; l'examen des décisions rendues à propos de ces modalités suffit à convaincre que les obligations conditionnelles ont pratiquement toujours une origine contractuelle. Dans le même ordre d'idées, on peut légitimement déplorer le silence assourdissant à propos de la durée des contrats, quand on sait les difficultés et les incertitudes qui règnent en matière de renouvellement, de prorogation et de tacite reconduction des contrats à durée déterminée.

Enfin, toujours dans cette perspective d'un droit des contrats en prise avec les réalités pratiques et les évolutions économiques, on peut regretter le classicisme qui irrigue la section sur les effets du contrat à l'égard des tiers. Section conçue autour de la figure dépassée du contrat isolé et du principe de l'effet relatif, impuissant à régir seul les relations extérieures du contrat. En effet, comme l'avait parfaitement compris le regretté Jean-Luc Aubert, l'article 1165 « est le texte d'un moment : celui de la formation du contrat »¹⁰⁵. Dès lors, passé ce stade du processus contractuel, d'autres règles interfèrent, complètent ou se substituent au principe de l'effet relatif. Pour embrasser l'ensemble des effets que le contrat déploie à l'égard des tiers, il aurait donc été opportun d'énoncer des règles relatives au contrat conclu, en cours, inexécuté et anéanti, à l'égard des tiers. Par ailleurs, il aurait été judicieux, outre ceux d'un contrat isolé, de régir les effets du contrat lorsqu'il est intégré dans un ensemble contractuel plus vaste. Dans cette perspective, il est dommage que la notion de contrat interdépendant et les conséquences juridiques qui lui sont attachées ne soient pas intégrées dans la section dont il s'agit, mais seulement évoquées dans un paragraphe sur la caducité.

105. J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, *Les obligations*, 1. L'acte juridique, Sirey, 2008, spéc. n° 423.



Index alphabétique

Bonne foi 10 s.

Droit européen 17 s.

Fondements contrat 5 s.

Justice contractuelle 8

Liberté contractuelle 6 s.

Notion de contrat 2 s.

Réforme 5 ; 11 ; 19 s.

Solidarisme contractuel 12

Sources contrats 13 s.



Thème 2

Processus de formation du contrat

Plan du thème

Section 1 – CONCLUSION DU CONTRAT

§ 1. Processus classique : acceptation d'une offre

A. Offre

1) Conditions

2) Régime

a) Révocation de l'offre

b) Caducité de l'offre

B. Acceptation

§ 2. Processus progressif : les phases préparatoires

A. Pourparlers précontractuels

1) Négociation

2) Rupture

B. Contrats préparatoires

1) Promesses unilatérales

a) Validité et qualification

b) Violation

1. Rétractation

2. Vente à un tiers

2) Pacte de préférence

§ 3. Processus particuliers : les contrats à distance

A. Contrats entre absents

B. Contrats électroniques

Section 2 – FORME DU CONTRAT

§ 1. Place du formalisme dans le droit des contrats

§ 2. Manifestations du formalisme

A. Formes solennelles

B. Contrats réels



Processus de formation du contrat

Introduction

1. La phase de formation du contrat connaît une actualité importante. Faute de textes dans le code civil, la Cour de cassation a adopté des positions, souvent critiquées et donnant lieu à débat ; la réforme du droit des contrats est donc d'autant plus attendue sur ces questions. Plusieurs arrêts ont été rendus récemment confirmant ou précisant une jurisprudence établie. Surtout, l'actualité se concentre sur deux notions. D'abord le moment d'acceptation de l'offre dans les contrats entre absents qui n'avait pas donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation depuis plusieurs décennies et qui semble adopter une position nouvelle. Ensuite, et surtout, plusieurs arrêts ont été rendus encore cette année sur la promesse unilatérale de vente, invalidant puis re-confirmant la jurisprudence de 1993, donnant l'impression d'un certain trouble au sein de la Cour de cassation.

Section 1 – CONCLUSION DU CONTRAT

2. Sauf depuis peu (pour les contrats conclus par la voie électronique), le code civil est muet sur la phase de conclusion du contrat. C'est donc la jurisprudence qui a construit un ensemble de règles, avec plus ou moins de précisions, raison pour laquelle les projets et avant-projets de réforme prévoient des dispositions.

§ 1. Processus classique : acceptation d'une offre

3. Le droit français conceptualise la formation du contrat comme étant l'acceptation d'une offre, impliquant que ces deux moments sont distincts et pouvant être clairement isolés. Or, si tel est généralement le cas, il existe des situations dans lesquelles il peut être difficile de préciser le moment précis de l'acceptation (par ex. lors d'une longue négociation entre les parties qui donnent leur accord clause par clause, participant toutes deux activement, comme c'est généralement le cas pour les contrats d'affaires), ou un tiers a pu rédiger le contrat sans qu'il soit possible de distinguer l'offrant de l'acceptant. C'est la raison pour laquelle, certaines propositions doctrinales proposent la prise en compte du comportement des parties attestant d'un accord, indépendamment de toute offre ou d'acceptation (cf. PDEC, art. 2 : 211 ; Terré, art. 14 al. 2).

A. Offre

4. L'offre est polymorphe et peut se présenter différemment. Sans exigence de forme, elle peut **être écrite ou verbale**, en principe. Cependant, il peut exister, exceptionnellement, des situations particulières où la loi va exiger une certaine **forme** pour l'offre, dans un but de protection du destinataire. Ainsi en est-il pour l'offre de crédit à la consommation (art. L. 311-8 c. consom.) ou l'offre en cas de démarchage à domicile (art. L. 121-21 c. consom.). L'offre peut encore être **expresse ou tacite**, à personne **déterminée ou indéterminée** (offre faite au public), avec ou sans délai quant à son maintien.

1) Conditions

5. Pour qu'il y ait juridiquement une offre, deux conditions de fond, élaborées par la jurisprudence, sont nécessaires : la précision de l'offre et sa fermeté. La **précision** de l'offre signifie que l'offre doit être précise quant au contrat projeté et comporter les éléments essentiels du contrat (pour une vente par ex., l'offre devra préciser la chose et le prix). Seuls les éléments essentiels à la formation du contrat en cause sont nécessaires et suffisants à la constitution de l'offre (par ex. Civ. 3^e, 28 oct. 2009, n° 08-20.224, *JCP* 2009. 574, n° 8 obs. Loiseau : la Cour de cassation censure une cour d'appel qui avait fait dépendre l'existence d'une offre de bail de la mention, outre le prix et la situation du bien, de la date de prise d'effet du bail, alors que cet élément n'est pas essentiel à la formation du bail et donc à la constitution



de l'offre). Si des éléments essentiels sont à débattre, comme le prix, alors il ne peut s'agir d'une offre, faute de précision. La **fermeté** de l'offre signifie que l'offre doit manifester sans équivoque la volonté de son auteur de contracter et donc d'être lié en cas d'acceptation. Tel n'est pas le cas si l'offre est assortie de réserves, implicites ou explicites, c'est-à-dire si l'offrant se réserve la possibilité de choisir son cocontractant (par ex., une offre d'emploi n'est pas juridiquement une « offre » car implicitement l'auteur se réserve la possibilité de choisir son employé. Cependant, comme l'a curieusement précisé récemment la chambre sociale de la Cour de cassation, une offre écrite de contrat de travail suffisamment précise aurait valeur de contrat de travail : « constitue une promesse d'embauche valant contrat de travail l'écrit qui précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction », Soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.951, LEDC 2011 n° 2 p. 7 obs. Deshayes). Faute de fermeté ou de précision, il ne s'agira pas juridiquement d'une offre mais d'une invitation à entrer en pourparlers.

2) Régime

a) Révocation de l'offre

6. C'est le régime de l'offre qui soulève le plus de difficultés et de débats, notamment la question traditionnelle de sa révocation, qui a connu très récemment des rebondissements. L'offrant peut-il librement changer d'avis et révoquer son offre avant l'acceptation ? Pour répondre à cette question, il faut avoir conscience des **principes et intérêts** qui la sous-tendent. D'un côté, *la liberté contractuelle* implique la liberté de l'offrant tant qu'il n'y a pas eu d'acceptation et donc de formation du contrat ; être libre de contracter c'est aussi être libre de ne pas contracter et donc de rétracter son offre. De plus, *l'engagement unilatéral* n'est pas, en droit français, une source d'obligation ; il ne suffit pas de vouloir seul, pour être juridiquement engagé et créer ainsi une obligation, c'est-à-dire ici celle de devoir maintenir son offre et d'être lié en cas d'acceptation (cf. art. 1370 C. civ sur les sources des obligations). L'offre ne peut donc être, en elle-même, contraignante. Mais, d'un autre côté, les intérêts du *destinataire de l'offre* ne peuvent être laissés indifférents. Ce destinataire a pu légitimement croire que l'offre serait maintenue, au moins pendant un certain temps. Cette croyance légitime du destinataire, née du comportement de l'offrant, doit également être protégée, pour des raisons de *sécurité juridique* comme de *loyauté contractuelle*. C'est à partir de ces intérêts que la jurisprudence s'est construite, avec quelques zones d'ombre malgré tout.

7. Le juge a consacré un **principe de libre révocation** de l'offre tant qu'elle n'a pas été acceptée. Les fondements d'un tel principe résident tant dans la liberté contractuelle que le refus de l'engagement unilatéral. Mais ce principe est en réalité très limité dans son exercice. En effet, la limite du droit de révoquer réside dans l'existence d'un délai de maintien de l'offre que le juge impose dans deux séries d'hypothèses.

8. Soit, l'offre contient, dans son libellé, un **délai exprès de maintien** par lequel l'offrant s'engage à ne pas lever son offre pendant un temps fixé dans l'offre. Dans ce cas, le juge considère qu'il s'agit d'une obligation que l'offrant doit respecter ; il y a donc engagement (par ex. Civ. 3^e, 10 mai 1968, n° 66-13 187, *Bull. civ.* III, n° 209 : « Si une offre de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est expressément engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque ».)

9. Soit l'offre ne contient aucun délai particulier. Mais même dans ce cas, le juge considère qu'existe, dans toute offre, un « **délai raisonnable** » pendant lequel l'offrant a obligation de maintenir son offre sans pouvoir la révoquer (Com., 22 avr. 1958, *Bull. civ.* III, n° 160. – Civ. 3^e, **25 mai 2005**¹. – Civ. 3^e, **20 mai 2009**²). Ainsi, puisqu'il existe toujours un délai, au moins raisonnable, dans toute offre, le principe de libre révocation s'avère plus déclaratoire qu'effectif.

10. La question la plus débattue, et certainement la plus actuelle, concerne celle de la sanction du non-respect de l'obligation de maintien durant le délai exprès ou raisonnable. Deux possibilités s'ouvrent au juge : soit la

1. *Bull. civ.* III, n° 117, *D.* 2005. Pan. 2837, obs. S. Amrani Mekki **Reproduit en annexe 1** ; *JCP* 2005. I. 172, n° 1 s., obs. P. Grossier.
2. n° 08-13.230, *D.* 2009. 1537, *RDC.* 2009. 1325 obs. Laithier, *CCC.* 2009. Com 214 obs. Leveneur.



seule responsabilité délictuelle, la révocation constituant une faute ; soit, plus audacieuse, l'inefficacité de la révocation et donc la conclusion du contrat. Si aucun arrêt n'avait jusqu'à présent admis la conclusion du contrat, un arrêt récent et important semble l'avoir consacré en cassant au visa de l'article 1134, relatif à la force obligatoire du contrat, un arrêt d'appel qui avait validé la rétractation de l'offre (**Civ. 3^e, 7 mai 2008**³). La comparaison avec le sort de la révocation d'une promesse unilatérale de vente s'impose alors (*cf. infra* n° 23 s.). En effet, alors qu'en 1993 la troisième chambre civile a considéré que la révocation de l'engagement, qui lui est contractuel, du promettant ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts (responsabilité cette fois contractuelle), la révocation d'une offre aurait ainsi un effet plus fort.



À noter

Dans l'arrêt du **7 mai 2008**, un acheteur, ayant signé une offre d'achat pour un immeuble, décide finalement de la retirer deux jours plus tard par l'émission d'une lettre recommandée avec accusé de réception. Le lendemain, il apprend par courrier que le vendeur accepte l'offre. C'est alors l'acheteur-offrant qui assigne l'acceptant en restitution du dépôt de garantie versé et en dommages-intérêts. La cour d'appel accueille la demande et retient la validité de la rétractation de l'offre d'achat, la rétractation étant antérieure à l'acceptation. La Cour de cassation casse au visa très important de l'article **1134** du C. civ en considérant que « si une offre d'achat ou de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque, et alors qu'elle avait constaté que (les vendeurs) disposaient d'un délai jusqu'au 27 juin 2000 pour donner leur accord, et qu'il en résultait que (l'acheteur) s'était engagé(e) à maintenir son offre jusqu'à cette date, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

11. Quant aux **propositions de réforme**, qu'il s'agisse de l'avant-projet Catala ou des propositions de réforme émanant de la Commission présidée par M. Terré, il est proposé que la révocation d'une offre, dès lors qu'elle est faite à personne déterminée et contient un délai exprès de maintien, soit sans effet, conduisant alors à la formation du contrat (Catala, art. 1105-4 ; Terré, art. 18). C'est également en ce sens que se prononcent les PDEC (art. 2 : 202 (3)). Il n'est d'ailleurs pas à exclure que l'arrêt rendu le 7 mai 2008 se soit inspiré de ces différents projets. Il faut attendre le projet de la Chancellerie qui a, pour le moment, hésité sur cette question au fil des différentes versions.



À noter

Catala, art. 1105-4 : « Cependant, lorsque l'offre adressée à une personne déterminée comporte l'engagement de la maintenir pendant un délai précis, sa révocation prématurée... ne peut empêcher la formation du contrat. »

Terré, art. 18 al. 2 : « La révocation de l'offre faite à personne déterminée, en violation de cette obligation de maintien, n'empêche pas la formation du contrat ».

PDEC⁴, art. 2 : 202 (3) : « La révocation est cependant sans effet (a) si l'offre indique qu'elle est irrévocable (b) ou si elle fixe un délai déterminé pour son acceptation. »

b) Caducité de l'offre

12. La caducité est la sanction d'un acte juridique qui perd un élément essentiel à sa formation en cours de vie, ce qui le conduit à ne plus produire d'effet à compter de ce moment. La question est ici de savoir si l'offre devient caduque lorsque se produit, au cours de l'offre, le décès du pollicitant ou son incapacité. S'il y a acceptation de l'offre après le décès ou l'incapacité du pollicitant, le contrat est-il formé ou l'offre

3. n° 07-11690, *JCP* 2008. I. 179 n° 1 obs. Serinet ; D. 2008. Pan. 2965 obs. Amrani-Mekki **Reproduit en annexe 2** ; *RTD civ.* 2008. 474 obs. Fages

4. PDEC = Principes de droit européen du contrat



n'existait-elle plus alors ? Cette question soulève les mêmes débats que pour la révocation de l'offre. Permettre la formation du contrat, et donc refuser la caducité de l'offre en cas de décès ou d'incapacité, c'est donner à l'offre une force contraignante équivalente à une obligation contractuelle et également, d'une certaine manière, reconnaître la force d'un engagement unilatéral.

13. La jurisprudence, relative au décès du pollicitant, est assez imprécise.

Un arrêt rendu le 10 décembre 1997 a laissé entendre que le décès du pollicitant n'empêchait pas la formation du contrat en cas d'acceptation pendant le délai de maintien, mais les faits de cet arrêt sont particuliers puisqu'il existait deux offrants dont un seul est mort. La décision aurait-elle été la même en cas d'un seul offrant décédé ? (**Civ. 3^e, 10 déc. 1997**, *Bull. civ.* III, n° 223 ; *D.* 1999. Somm. 9, obs. Ph. Brun ; *Deffrénois* 1998. 336, obs. D. Mazeaud. Pour un arrêt contraire, *cf.* *Civ. 3^e, 10 mai 1989*, *Bull. civ.* III, n° 109, *D.* 1990. 365, note Virassamy ; *D.* 1991. Somm. 317, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1990. 69, obs. J. Mestre).

B. Acceptation

14. L'acceptation est la manifestation de volonté par laquelle l'acceptant déclare vouloir être tenu dans les termes de l'offre. Comme l'offre, elle doit porter sur les éléments essentiels du contrat pour produire cet effet. Elle doit être pure et simple, ce qui signifie qu'elle ne doit pas elle-même comporter de réserves ; si celles-ci sont précises et fermes, il s'agira alors d'une contre-offre, c'est-à-dire une offre nouvelle. Il revient alors à l'offrant initial d'accepter, et ainsi de suite.

15. Si l'acceptation peut être expresse ou implicite (un comportement non équivoque comme l'exécution du contrat), elle ne peut, en principe, se déduire d'un silence. Ce principe, selon lequel le silence ne vaut pas acceptation, remonte à une jurisprudence du XIX^e siècle (*Civ.*, 25 mai 1870, *GAJC* tome II, n° 146). Cependant, ce principe est assorti d'exceptions. Ainsi, en cas d'usage professionnel ou de « circonstances permettant de donner à ce silence la signification d'une acceptation » (*Civ.* 1^e, 24 mai 2005, *Bull. civ.* I, n° 223 ; *D.* 2006. 1025, note Bensamoun ; *JCP* 2005. I. 194, n° 1 s., obs. Pérès-Dourdou ; *RDC* 2005. 1007, obs. Mazeaud. – *Com.*, 18 janv. 2011, n° 09-69.831, *RDC.* 2011. 789 obs. Y.-M. Laithier ; *D.* 2012. Pan. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *RLDC* 2011 n° 80), le juge peut exceptionnellement admettre que le silence vaut acceptation.

§ 2. Processus progressif : les phases préparatoires

A. Pourparlers précontractuels

1) Négociation

16. De nombreux contrats, et notamment les contrats d'affaires, sont conclus au terme d'une longue période de négociations. Faute de texte dans le code civil, c'est encore la jurisprudence qui en a construit le régime. La phase de négociation commence par une entrée en négociation qui ne répond à aucune règle particulière et est soumise au **principe de liberté**. Cette entrée peut se matérialiser par un écrit, qui prend parfois le nom de « lettre d'intention » (à distinguer alors de la sûreté), de « gentlemens'agreement » ou d'« accord de principe » (pour un exemple, v. **Com.**, 10 janv. 2012, n° 10-26149, *RTD civ.* 2012. 311, obs. B. Fages ; *D.* 2013. 391, obs. M. et S. Mekki), permettant de formaliser le cadre de la négociation et particulièrement d'éventuelles clauses de confidentialité ou d'exclusivité (par ex. Paris, 7 nov. 2002, *RTD civ.* 2003. 76 obs. Mestre). Le cours de la négociation est également libre et n'empêche pas la négociation avec plusieurs partenaires en même temps ; la seule obligation est celle de **négoçier de bonne foi** (*Civ.* 1^e, 14 juin 2000, n° 98-17494, *RJDA* 2000 n° 949 : « *la loyauté doit régir les relations entre les parties, non seulement durant la période contractuelle mais aussi pendant la période précontractuelle* ».)

2) Rupture

17. Le principe est celui de la liberté de la rupture des pourparlers, fondé sur la liberté contractuelle ; une rupture des pourparlers ne peut donc jamais être, en elle-même, une faute (1^{er} arrêt : **Com**, 20 mars 1972, *Bull. civ.* IV, n° 93, *JCP* 1973.II.17543 note Schmidt, *RTD civ.* 1972. 779, obs. Durry). La limite de



cette liberté réside dans l'abus, sanctionné sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle. Cet abus dans la rupture se manifeste par un comportement déloyal, apprécié par le juge en fonction des circonstances de la rupture (brutalité de la rupture ; faire faussement croire à la conclusion du contrat en faisant naître chez l'autre la croyance erronée dans la conclusion du contrat. cf. Com., 26 nov. 2003, Manoukian, GAJC tome II n° 142 ; Bull. civ. IV, n° 186 ; D. 2004. 869 note Dupré-Dallemagne⁵ ; JCP E 2004.738 obs. Ph. Stoffel-Munck ; RDC. 2004. 257 obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2004. 80 obs. Mestre. – Com., 18 janv. 2011, n° 09-14.617, LEDC 2011 n° 3 p. 5 obs. Deshayes).

18. Le contentieux s'est dernièrement focalisé sur une question pratique importante : l'étendue du préjudice réparable en cas de rupture abusive. Si sont évidemment réparés les préjudices matériels tenant dans les pertes subies (déplacements lors des négociations, frais de mobilisation des collaborateurs, plusieurs juges du fond avaient accordé la réparation du préjudice consistant dans la perte d'une chance d'obtenir les gains attendus du contrat non conclu. C'est l'arrêt Manoukian rendu par la Cour de cassation qui casse cette jurisprudence, confirmée depuis : « les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat » (Com., 26 nov. 2003, Manoukian⁶. – Civ. 3^e, 7 janv. 2009, n° 07-20.783, RDC 2009. 480 obs. Laithier, RLDC 2009 n° 3324 ; et dernièrement Com., 18 sept. 2012, n° 11-19629, RTD civ. 2012. 721, obs. Fages, JCP 2012. 1151, n° 6, obs. Loiseau, CCC 2012, comm. 274, obs. Leveneur). Malgré la critique de certains auteurs (not. J. Mestre et B. Fages, sous Com., 26 nov. 2003, RTD civ. 2004. 80), la position de la Cour de cassation s'explique au regard du lien de causalité entre la faute et le préjudice : dans la mesure où la faute n'est pas dans la rupture mais dans ses circonstances, si la faute n'avait pas été commise le contrat n'aurait pas plus été conclu, seule la négociation se serait arrêtée plus tôt. Le simple espoir de gain, trop hypothétique, n'est pas suffisant pour la Cour de cassation.

B. Contrats préparatoires

1) Promesses unilatérales

19. Alors que les promesses synallagmatiques relèvent davantage des contrats spéciaux (art. 1589 C. civ) ou du régime de l'obligation avec la condition, le régime du contrat de promesse unilatérale rejoint le droit commun, comme en témoigne son introduction, aux côtés du pacte de préférence, dans le projet Catala ou celui élaboré par la Commission Terré. Pour reprendre la définition donnée dans le projet Terré, « la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie s'engage envers une autre, bénéficiaire, à conclure, dans un délai convenu ou raisonnable, un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel seul le consentement du bénéficiaire fait défaut » (art. 28). L'actualité et l'essentiel du contentieux se concentrent sur la validité et la qualification de la promesse, ainsi que sur les sanctions de sa violation.

a) Validité et qualification

20. Pour qu'une promesse unilatérale soit conclue, il faut donc que seul le promettant s'engage à contracter, à des conditions essentielles déjà définies (pour la vente, il s'agira de la chose et du prix). Quant au bénéficiaire, il est titulaire d'une option lui laissant la liberté de conclure ou non le contrat final. La levée de l'option, par laquelle le bénéficiaire contracte le contrat final, n'est soumise à aucune forme ou modalités particulières (Civ. 3^e, 19 déc. 2012, n° 08-14225). Ce droit d'option, dont est titulaire le bénéficiaire, peut être cédé à un tiers afin que ce dernier se substitue au bénéficiaire. Traditionnellement nommée « faculté de substitution », fréquente aussi bien dans les promesses synallagmatiques qu'unilatérales, son régime juridique fait l'objet d'un contentieux nourri aux confins du régime de l'obligation. Une des questions récurrentes concerne la qualification de cette faculté en cession de créance, dont les enjeux résident dans

5. Reproduit en annexe 3

6. GAJCTome2n° 142 ; Bull. civ. IV, n° 186 ; D. 2004. 869 note Dupré-Dallemagne ; JCP E 2004.738 obs. Ph. Stoffel-Munck ; RDC. 2004. 257 obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2004. 80 obs. Mestre. – Civ. 3^e, 28 juin 2006, n° 04-20040, D. 2006. Pan. 2639 obs. Amrani-Mekki ; JCP 2006. II. 10130 note Deshayes ; JCP 2006. I. 166 n° 6 obs. Stoffel-Munck.



le respect tant des formalités de l'art. 1690 du code civil que de l'enregistrement de l'art. 1589-2. La Cour de cassation vient de réaffirmer que la substitution n'est pas une cession de créance, et donc n'emporte pas l'obligation d'accomplir les formalités de l'art. 1690 (**Civ. 3^e, 12 avr. 2012**, n° 11-14.279, *D.* 2013. 391, obs. Amrani-Mekki et Mekki ; *JCP* 2012. 760, note Dagorne-Labbe ; *JCP* 2012. 945, n° 4, obs. Billiau ; *JCP* 2012. 1151, n° 16 ; obs. Barthez. Auparavant : Civ. 3^e, 1^{er} avr. 1987, *D.* 1987. 454, note Aynès ; *RTD civ.* 1987. 777, obs. Remy). Ni stipulation pour autrui, ni cession de contrat, la Cour de cassation dit ce que n'est pas la faculté de substitution sans la qualifier pour autant.

21. Bien que non nécessaire à la validité de la promesse, la plupart des promesses unilatérales prévoient une somme d'argent remise par le bénéficiaire au promettant, en contrepartie de l'immobilisation exclusive du bien à son profit. Cette somme, communément appelée « **indemnité d'immobilisation** », n'est ni une clause pénale, ni une clause de dédit puisque ne pèse sur le bénéficiaire aucune obligation ; elle constitue « **le prix de l'exclusivité** » (**Civ. 1^{er}, 5 déc. 1995**, *Bull. civ.* I, n° 452). Si le bénéficiaire lève l'option, le prix de l'indemnité s'imputera sur le prix final, alors qu'il restera acquis au promettant en cas de non levée de l'option (la promesse sera alors caduque). Si la non réalisation du contrat final n'est pas imputable au bénéficiaire, l'indemnité d'immobilisation doit être restituée (cas de l'exercice d'un droit de préemption par un tiers : Civ. 3^e, 15 déc. 2010, n° 09-15.211, *RLDC* 2011 n° 79). Une question traditionnelle est celle de savoir si le montant de l'indemnité d'immobilisation peut affecter la nature de la promesse unilatérale pour la transformer en promesse synallagmatique. Bien que critiquée par la doctrine, cette position a été récemment affirmée par la 3^e chambre civile de la Cour de cassation considérant que telle peut être le cas si « la promesse de vente est assortie d'une indemnité si importante par rapport au prix de vente qu'elle prive le bénéficiaire de sa liberté d'acheter ou de ne pas acheter » (**Civ. 3^e, 26 sept. 2012**, n° 10-23912, *RTD civ.* 2012. 723, obs. Fages. Contraire à Civ. 1^{er}, 1^{er} déc. 2010, n° 09-65673, *D.* 2012. 459, spéc. 462, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *RTD civ.* 2011. 346, obs. Fages ; *RDC* 2011. 420, obs. Laithier). Une telle requalification en promesse synallagmatique a également été admise, bien qu'également critiquée, à propos des promesses croisées de vente et d'achat, fréquentes en matière de cessions de droits sociaux (Com., 22 nov. 2005, 04-12183, *Bull. civ.* IV, n° 234, *D.* 2006. 2793, note Moury ; *RTD civ.* 2006. 302, obs. Mestre et Fages ; *Rev. Soc.* 2006. 521, obs. Barbieri ; *RDC* 2006. 383, obs. Brun : « l'échange d'une promesse unilatérale d'achat et d'une promesse unilatérale de vente réalise une promesse synallagmatique de vente valant vente définitive dès lors que les deux promesses réciproques ont le même objet et qu'elles sont stipulées dans les mêmes termes »).

22. Si les promesses unilatérales sont des contrats consensuels, certaines promesses unilatérales peuvent nécessiter le respect de formes particulières, comme, par exemple, les promesses unilatérales de vente portant sur un immeuble ou un fonds de commerce, pour lesquelles la loi exige **un enregistrement** dans les dix jours de l'acceptation du bénéficiaire à peine de nullité (**art. 1589-2 C. civ**, anc. Art. 1840-A CGI). L'exigence formelle de cet article a nécessité de préciser la notion même de promesse unilatérale ; l'enjeu de la qualification se trouve alors dans la nullité de l'acte en cas de non-enregistrement. Un contentieux important s'est développé à propos des promesses unilatérales de vente d'immeuble **insérées dans un autre acte comme une transaction** ; l'insertion d'une promesse unilatérale dans un ensemble contractuel plus vaste et comportant des obligations réciproques peut-elle ôter le caractère unilatéral de la promesse pour la soustraire aux exigences de l'ancien article 1840-A du CGI ?

23. Pour la Cour de cassation, dès lors que l'acte général, dans lequel est insérée une promesse unilatérale, comporte des « **engagements réciproques interdépendants** », il fait perdre à la promesse son caractère unilatéral, et donc ne nécessite pas l'application de l'ancien article 1840-A CGI (« *la transaction est une convention ayant entre les parties autorité de la chose jugée, stipulant des engagements réciproques interdépendants, dont la promesse de vente n'est qu'un élément, de sorte que l'art 1840 A du CGI est sans application* », **Ass. plén., 24 févr. 2006**⁷). Il semble donc que la promesse unilatérale perde son

7. *JCP* 2006. II. 10065 ccl. Cédras ; *RDC* 2006. 689, obs. Laithier et p. 806, obs. Lagarde ; *RLDC* 2006/27 n° 2031, note Mallet-Bricout ; *D.* 2006. 2076, note Jamin ; *RTD civ.* 2006. 301 obs. Mestre et Fages ; S. Chassignard-Pinet, La perte d'autonomie de la promesse de vente insérée dans une transaction, *D.* 2006. 2057 (En annexe) Cf. précédemment : Civ. 3^e, 5 juill. 1995, B. III n° 175, *JCP* 1996. II.22659. – Com., 15 janv. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 12 ; *Defrénois* 2002. 765 obs. Savaux ; *RTD civ.* 2002. 504 obs. Mestre et Fages).



autonomie et ses caractéristiques propres lorsqu'elle se fonde dans un ensemble contractuel plus large aux obligations interdépendantes. Si le fond de la motivation de la Cour de cassation est très largement critiqué, l'opportunité de cette solution, permettant de sauver ces contrats complexes de la nullité, est généralement appréciée.

b) Violation

24. Le promettant peut ne pas honorer son engagement de deux manières : soit en se rétractant, soit en vendant à un tiers avant la levée de l'option par le bénéficiaire. La difficulté concerne la sanction alors applicable, qui dépend en réalité de la manière dont on analyse le contenu de l'obligation du promettant.

1. Rétractation

25. Par un arrêt notoire, et notoirement critiqué, la Cour de cassation a décidé en 1993 que la rétractation du promettant avant la levée de l'option par le bénéficiaire ne pouvait qu'entraîner la mise en jeu de **sa responsabilité civile contractuelle**, et **non l'exécution forcée** du contrat de vente (« *tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire (...) et la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir* », **Civ.3^e, 15 déc. 1993**⁸). Cette jurisprudence fut confirmée jusqu'en 2010, malgré les plus vives critiques de la doctrine et les projets de réforme proposés en droit des contrats, jusqu'à l'apparition d'arrêts semblant contradictoires et laissant penser à une évolution possible de la Cour de cassation.



À noter

Un arrêt récent confirme la jurisprudence de 1993 tout en apportant quelques précisions importantes : **Civ. 3^e, 25 mars 2009**⁹.

Une promesse unilatérale de vente ne prévoyait pas de délai pour lever l'option et le promettant décida de se rétracter sans avoir mis en demeure le bénéficiaire de s'exécuter. La cour d'appel prononça la réalisation forcée de la vente au motif que le promettant aurait dû mettre le bénéficiaire en demeure de lever l'option avant de se rétracter. La Cour de cassation casse au visa des art. 1101 et 1134 : la cour d'appel aurait dû rechercher « si le retrait par les promettants de leur promesse unilatérale de vente n'avait pas été notifiée (au bénéficiaire) avant que (celui-ci) ne déclare l'accepter ».

2 enseignements sont à retirer de cet arrêt :

– confirmation de la jurisprudence de 1993 : la rétractation est toujours efficace avant la levée d'option du bénéficiaire sans pouvoir forcer la réalisation de la vente

– plus sujet à discussion : en l'absence d'un délai d'option précisé dans la promesse, le promettant, pour se libérer de son engagement, ne semble plus devoir mettre en demeure le bénéficiaire de se prononcer, contrairement à la jurisprudence antérieure. Certains auteurs voient dans cet arrêt un revirement de jurisprudence sur cette question de la mise en demeure. Mais il est nécessaire de nuancer car il est possible que la rétractation sans mise en demeure constitue une faute pouvant donner lieu à réparation (cet aspect n'a pas été abordé dans l'arrêt puisqu'était en jeu la seule réalisation forcée de la vente).

26. Le trouble apparaît à compter d'un arrêt rendu par la 3^e chambre civile de la Cour de cassation le **8 sept. 2010** qui a semblé remettre en cause la jurisprudence de 1993 en considérant que le consentement définitif du promettant à la vente est donnée au moment de la conclusion de la promesse (**Civ. 3^e, 8 sept. 2010**¹⁰). Puis s'enchaînent deux décisions de cette même chambre, l'une (**11 mai 2011**) réaffirmant la

8. *Bull. civ.* III, n° 174, *D.* 1994. 507 note Bénac-Schmidt ; *D.* 1994. Somm. 230 obs. Tournafond ; *D.* 1995. Somm. 88 obs. Aynès ; *RTD civ.* 1994. 588 obs. Mestre ; *JCP* 1995. II. 22366 note Mazeaud ; *Defrénois* 1994. 795 note Delebecque. – *Civ. 3^e*, 28 oct. 2003, n° 02-14.459, *RDC*. 2004. 270).

9. n° 08-12.237, *RDC*. 2009. 995 obs. Laithier, *JCP* 2009. 273, note Labarthe ; *Defr.* 2009. 1270, obs. Libchaber ; *Dt et pat.* 2009 n° 183 p. 84, obs. Aynès et Stoffel-Munck.

10. n° 09-13.345, *RTD civ.* 2010. 778, obs. Fages, *D.* 2011. Pan. 472, obs. Amrani-Mekki ; *JCP* 2010. 1051 note Pillet ; *Defrénois* 2010. 2123, note L. Aynès ; *JCP* 2011. 63 n° 3 obs. Ghestin ; *Gaz. Pal.* 31 oct.-4 nov. 2010, p. 14, note D. Houtcieff.



position de 1993, l'autre (**6 sept. 2011**) la contredisant. Cependant, ce dernier arrêt n'ayant pas reçu les honneurs de la publication au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, sa portée s'en trouve limitée laissant planer un doute sur la réelle jurisprudence de la 3^e chambre civile. À cette complexité, s'ajoute un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, lui aussi non publié au Bulletin, qui reste cantonnée à la jurisprudence de 1993 en réaffirmant très classiquement que « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne pouvait être ordonnée » (**Com., 13 sept. 2011**, n° 10-19526, *D.* 2012. 130, note A. Gaudemet ; *D.* 2012. Pan. 459, obs. Amrani-Mekki et Mekki ; *JCP* 2011. 1353, note. J. Heymann ; *CCC.* 2011 com. 253 obs. Leveneur ; *RTD civ.* 2011. 758 obs. Fages).



A noter

Par l'arrêt du **11 mai 2011**, au visa des articles 1101 et 1134 du code civil, la 3^e chambre civile de la Cour refuse la réalisation forcée de la vente, confirmant ainsi sa jurisprudence de 1993, en affirmant que : « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée ». **Civ.3^e, 11 mai 2011**, n° 10-12.875, *D.* 2011. 1457 note Mazeaud, et 1460 note Mainguy ¹¹, *D.* 2011. 2679 chron. Goanvic ; *D.* 2012. Pan. 459, obs. Amrani-Mekki et Mekki ; *RTD civ.* 2011. 532, obs. Fages ; *Defr.* 2011. 1398, obs. Seube ; *RDC.* 2011. 1133, obs. Laithier ; *CCC.* 2011. com 186, obs. Leveneur). Cette position vient d'être à nouveau réaffirmée par un arrêt du 12 juin 2013 (Civ. 3^e, 12 juin 2013, n° 12-19.105, *CCC* 2013, comm. 205).

Pourtant, le **6 sept. 2011**, la même chambre de la Cour de cassation rejette un pourvoi formé contre un arrêt d'appel qui avait permis la réalisation de la vente, en considérant que la cour d'appel « était fondée à faire valoir que la levée d'option devait produire son plein effet ». **Civ.3^e, 6 sept. 2011**, n° 10-20362, inédit, *D.* 2011. 2838 note C. Grimaldi ; *D.* 2012. Pan. 459 ; *JCP* 2011. 1316, note L. Perdrix).

27. Se fondant en 1993 sur l'article 1142 du code civil, cette jurisprudence est **majoritairement** critiquée sur trois points essentiels. Tout d'abord, il n'est pas certain que l'obligation du promettant soit une obligation de faire mais plutôt de donner, puisqu'il s'est déjà engagé à vendre (pour une opinion conforme à la Cour de cassation sur ce point, cf. M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, p. 242 ; D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse contractuelle*, *RTD civ.* 2004. 1). Ensuite, quand bien même il s'agirait d'une obligation de faire, ce ne serait pas suffisant pour refuser par principe l'exécution forcée lorsqu'elle est possible (cf. Thème 8, n° 5 s.). Enfin, l'allocation de dommages-intérêts aligne la promesse sur le régime de l'offre, même si le montant des dommages-intérêts ne sera pas le même, alors qu'il s'agit d'un contrat ayant force obligatoire certaine, à la différence de l'offre. Peut-être sensible aux critiques tenant au fondement de l'article 1142, la Cour de cassation, qu'il s'agisse de la 3^e chambre civile ou de la chambre commerciale, ne se fonde plus dans ses arrêts de 2011 sur l'obligation de faire pour refuser l'exécution forcée de la vente, mais sur l'absence de consentement en considérant que la levée d'option postérieurement à la rétractation du promettant « exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir ».

28. Le **projet Catala** comme le **projet Terré**, proposent que le contrat final soit formé par la levée de l'option dans le délai prévu, peu importe la rétractation alors sans effet du promettant.

2. Vente à un tiers

29. Lorsque la promesse unilatérale porte sur une vente, ce qui est généralement le cas, le risque est que le promettant décide de vendre à un tiers avant la levée de l'option par le bénéficiaire, en violation

11. Annexe (les 2 notes)



de son engagement. Si la mise en jeu de la responsabilité **contractuelle** du promettant est possible, se pose la question de l'éventuelle **nullité de la vente au tiers**. Le bénéficiaire ne peut, en principe, l'obtenir en raison de l'effet relatif des contrats et du droit réel dont bénéficie alors le tiers. La nullité ne devient possible qu'à la condition pour le bénéficiaire de prouver la **fraude**, c'est-à-dire la mauvaise foi du tiers caractérisé par sa connaissance de la promesse au moment de la vente (def. de la mauvaise foi différente pour le pacte de préférence, cf. *infra* n° 29).

2) Pacte de préférence

30. Le pacte de préférence est le contrat unilatéral par lequel une partie s'engage auprès d'une autre, bénéficiaire, à lui proposer en priorité un contrat le jour où elle s'y déciderait. Si la préférence se porte généralement sur une vente, ce n'est pas obligatoire. Le juge doit respecter la volonté des parties quant aux situations contractuelles susceptibles de déclencher l'application de la préférence (ainsi, une fusion-absorption n'est pas une vente et ne déclenche pas la clause de préférence ne visant que la vente : Com., 9 nov. 2010, n° 09-70.726, LEDC 2011 n° 1 p. 3 obs. Pillet ; *RLDC* 2011 n° 78). À la différence de la promesse unilatérale, l'engagement du promettant porte sur une **priorité** conférée au cas où il souhaiterait vendre ; la vente étant hypothétique, aucun accord sur le prix n'est nécessaire (Civ. 3. 15 janv. 2003, *Bull. civ. III*, n° 9, *CCC*. 2003 n° 71 obs. Leveneur), et si un prix est prévu il peut être bas sans être illicite dès lors qu'il est librement convenu et qu'il est justifié (pour un ex. de prix particulièrement bas justifié par la volonté d'« empêcher la spéculation sur le bien ». Civ. 3^e, 23 sept. 2009, n° 08-18.187, *JCP* 2009. 479 note Pillet, *RTD civ.* 2009. 717 obs. Fages, *CCC*. 2010 com 2, obs. Leveneur, *D.* 2009. 224 obs. Amrani-Mekki., *RDC*. 2010. 32 obs. Génicon).

31. Encore plus que pour la promesse unilatérale, les difficultés du pacte de préférence se concentrent sur les **sanctions** de sa violation. Le juge considère qu'il y a violation de la promesse à partir du moment où le bien, objet du contrat, **n'a pas été proposé au bénéficiaire** ; s'il l'a été, même plusieurs années auparavant, le juge considère que le pacte a été honoré (la vente du bien réservé à un tiers ne viole pas le pacte de préférence lorsqu'elle a déjà été proposée sept ans auparavant, au même prix, au bénéficiaire qui a refusé d'acheter, quand bien même l'évolution du marché immobilier rendrait l'opération plus attractive. Civ. 3^e, 29 janv. 2003, *Bull. civ. III*, n° 24 ; *JCP E* 2004. 384, n° 1, obs. Mousseron ; *Deffrénois* 2003. 1267, obs. Aubert ; *RTD civ.* 2003. 497, obs. Mestre et Fages ; *ibid.* 517, obs. Gautier ; *RDC* 2004. 340, obs. Brun). Dans le cas particulier où le pacte de préférence porte sur un bien faisant partie d'un ensemble, la vente de l'ensemble à un tiers doit respecter le droit de priorité dès lors que le pacte ne distingue pas entre la vente du bien ou de son ensemble (à propos d'un pacte de préférence dans un bail commercial et de la vente de la totalité de l'immeuble : Civ. 3^e, 6 juin 2012, n° 11-12893, *RTD civ.* 2012. 525, obs. Fages ; *D.* 2013. 391, obs. Amrani-Mekki et Mekki). Pour qu'il y ait violation de la promesse, encore faut-il que le bénéficiaire **n'ait pas** non plus **renoncé**, même tacitement, au droit de se prévaloir du pacte (pour un ex. récent de renonciation tacite où il a été avéré que le bénéficiaire avait eu connaissance de la violation du pacte sans se manifester, établissant ainsi « une renonciation tacite certaine et non équivoque ... de se prévaloir du pacte du préférence » **Civ. 3^e, 3 nov. 2011**, n° 10-20.297).

32. De quels moyens dispose le bénéficiaire si le promettant ne respecte pas le pacte et vend à un tiers ? Si la responsabilité contractuelle du promettant peut évidemment être mise en jeu, se pose la question d'une éventuelle exécution forcée. Comme pour les promesses unilatérales, **la nullité de la vente** conclue en violation du pacte ne peut pas être prononcée, sauf si le bénéficiaire peut prouver une fraude. Mais à la différence de la **fraude** dans les promesses unilatérales, le juge est beaucoup plus exigeant en considérant que la mauvaise foi du tiers doit réunir **deux conditions cumulatives**, appréciée au moment de la vente (dern. Civ. 3^e, 25 mars 2009, n° 07-22.027, *RTD civ.* 2009. 524 obs. Fages, p. 337 obs. Gautier, *RDC*. 2009. 991 obs. Laithier, *D.* 2009. 224 obs. Amrani-Mekki : « la connaissance du pacte de préférence et de l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir s'apprécie à la date de la promesse de vente, qui vaut vente, et non à celle de sa réitération par acte authentique ». Dans le même sens : Civ. 3^e, 25 sept. 2012, n° 11-24235, *D.* 2013. 391, obs. Amrani-Mekki et Mekki ; *AJDI* 2012. 777) : non seulement sa connaissance du pacte, mais également sa connaissance de la volonté



du bénéficiaire de se prévaloir du pacte (Civ. 3^e, 10 févr. 1999, *JCP* 1999, II, 10191 note Y. Dagonne-Labbé ; *RTD civ.* 1999. 856). La publication du pacte n'est donc pas suffisante à établir la fraude (Civ. 3^e, 24 mars 1999, *D. Affaires* 1999. 665 ; *RTD civ.* 1999. 627 obs. Jourdain et 644 obs. Gautier). Une telle preuve est **difficile** à établir, et peut rendre ineffective la reconnaissance de principe de la fraude. Deux cas récents, mais aux faits très particuliers, ont permis d'établir une telle fraude (Civ. 3^e, 14 févr. 2007¹². – **Civ. 3^e, 3 nov. 2011**, n° 10-20.936, *D.* 2011. 2794, obs. G. Forest ; *D.* 2012. Pan. 459, obs. Amrani-Mekki et Mekki).

33. En cas de fraude établie, une question débattue est celle de savoir si le bénéficiaire peut demander au juge à être substitué dans les droits du tiers de mauvaise foi. Pendant longtemps la Cour de cassation a refusé au nom de l'article 1142 du code civil (not. Civ. 3^e, 30 avr. 1997, *Bull. civ.* III, n° 96), mais le 26 mai 2006 elle a opéré un très remarqué revirement de jurisprudence (pour une application de la substitution, cf. dernièrement **Civ. 3^e, 3 nov. 2011**, n° 10-20.936, préc.)



À noter

Chambre mixte, 26 mai 2006, *GAJC* tome II n° 258 ; *RDC* 2006/4 p. 1080 obs. D. Mazeaud, *ibid.* p. 1131 obs. Collart-Dutilleul : « si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ».

Ainsi la Cour de cassation admet pour la première fois l'exécution forcée en nature d'un avant-contrat, ce qui permet d'envisager, pour les plus optimistes, une évolution quant au régime des promesses unilatérales.

§ 3. Processus particuliers : les contrats à distance

A. Contrats entre absents

34. Lorsque les parties ne sont pas physiquement réunies au même endroit au moment de la conclusion du contrat, quel moment caractéristique est pris en compte comme étant celui de l'acceptation formant le contrat ? Deux théories s'opposent, celle de l'**émission** (elle-même se subdivisant entre la déclaration d'acceptation, impossible à prouver, et l'expédition de l'acceptation, le cachet de la poste faisant foi) et celle de la **réception** (se subdivisant également entre l'information effective ou supposée de l'offrant selon qu'il a eu ou aurait pu avoir connaissance de l'acceptation). Les décisions de la Cour de cassation, anciennes, sont favorables à la **théorie de l'émission** (Com., 7 janv. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 14, *GAJC* Tome II n° 144), contrairement aux PDEC, à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, ou dernièrement au projet Catala, laissant penser à une évolution future.



A noter

Un arrêt récent pourrait constituer un revirement de jurisprudence en consacrant la théorie de la réception (**Civ. 3^e, 16 juin 2011**, n° 09-72.679, *D.* 2011. 2260, note Dissaux ; *D.* 2012. Pan. 459 obs. Amrani-Mekki et Mekki ; *JCP* 2011. 1016, n° 39, obs. Serinet). Cependant tous les commentateurs ne s'accordent pas sur la portée de cet arrêt, certains considérant qu'il s'agit d'un revirement pour tout le droit des contrats (not. M. Mekki), et d'autres n'y voyant qu'un cas d'espèce lié au cas particulier de l'acceptation d'une offre faite par le propriétaire au preneur à bail rural titulaire d'un droit de préemption (not. Y.-M. Serinet).

12. n° 05-21814 ; *D.* 2007. 2444 note Théron ; *RTD civ.* 2007. 768 obs. Fages ; *JCP* 2007. II. 10143 obs. Bert ; *RDC.* 2007. 701 obs. Mazeaud.



B. Contrats électroniques

35. Afin de renforcer la confiance des usagers dans les transactions numériques, une directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique a été transposée par la loi du 21 juin 2004 dite « pour la confiance en l'économie numérique ». A été introduit dans le code civil un nouveau chapitre sur les contrats sous forme électronique (art. 1369-1 à 1369-11). **L'offre électronique** est alors encadrée par un régime spécial. Pour qu'il s'applique, il faut d'abord se trouver dans le champ d'application de ce texte, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'un « contrat électronique » **conclu par un fournisseur professionnel**, peu importe ensuite que son cocontractant soit professionnel ou consommateur. L'offre de ce fournisseur doit alors répondre à un certain **formalisme** (mentions obligatoires, cf. art. 1369-4), et l'acceptation se formalise par un « double-clic », le premier acceptant la commande et le second la confirmant (art. 1369-5).



Mémo

Le contrat se forme traditionnellement par la rencontre d'une offre et d'une acceptation.

– **L'offre** doit être **ferme et précise**.

– Si le principe est la **libre révocation de l'offre**, la jurisprudence oblige l'offrant à **maintenir son offre** soit pendant un délai raisonnable, soit pendant le délai exprès mentionné.

– Une incertitude concerne la **sanction** en cas de non-maintien de l'offre. Si la tendance jurisprudentielle était plutôt la mise en jeu de la responsabilité délictuelle de l'offrant, la Cour de cassation dernièrement a semblé consacrer la conclusion forcée du contrat (Civ. 3^e, 7 mai 2008).

– **L'acceptation** doit être **pure et simple**.

– Si elle comporte des réserves, il s'agit d'une **contre-offre**.

– Le **silence ne vaut pas acceptation**, sauf en cas d'usage professionnel ou de circonstances permettant de donner à ce silence la signification d'une acceptation.

Préalablement, les parties peuvent négocier pendant un certain temps avant de trouver un accord.

– le principe est celui de la liberté de **rupture des négociations** ;

– la limite en est l'**abus**, qui se manifeste essentiellement par la mauvaise foi

– le **préjudice réparable** ne peut pas s'étendre à la perte d'une chance d'obtenir les gains attendus du contrat (Com., 26 nov. 2003).

La phase préparatoire peut également se formaliser par un contrat, appelé par la doctrine « avant-contrat » dans la mesure où il a pour finalité la conclusion d'un autre.

– la **promesse unilatérale** est le contrat par lequel un promettant s'engage envers un bénéficiaire à conclure un contrat dont les éléments essentiels sont déjà déterminés.

– Si le promettant **se rétracte** avant la levée de l'option par le bénéficiaire, seule sa **responsabilité contractuelle** peut être engagée, sans pouvoir demander l'exécution forcée, bien que quelques arrêts récents de la 3^e chambre civile laissent penser une évolution possible.

– En cas de **vente à un tiers** en violation des droits du bénéficiaire, la vente reste **valable sauf fraude**, c'est-à-dire la mauvaise foi du tiers caractérisée par la connaissance de la promesse.

– Le **pacte de préférence** est un contrat unilatéral par lequel le promettant s'engage auprès du bénéficiaire à lui proposer en priorité le contrat le jour où il décidera de contracter.

– Si le **promettant vend le bien à un tiers** en violation des droits du bénéficiaire, il engage sa **responsabilité contractuelle**. La **nullité** du contrat ne peut être demandée qu'en cas de **fraude**.

o Mais la fraude est définie plus sévèrement que pour la promesse et doit réunir **deux conditions** : la connaissance du pacte par le tiers et sa connaissance de la volonté du bénéficiaire de se prévaloir du pacte.

o Par un revirement en 2006, la Cour de cassation a reconnu la possibilité pour le bénéficiaire, en cas de fraude, de se **substituer** au tiers dans le contrat.

Lorsque les contrats sont conclus à distance, le juge, dans un arrêt ancien, a semblé choisir la théorie de l'émission.



Section 2 – FORME DU CONTRAT

36. Il est ici question de la forme à titre de validité (*ad validitatem*) et non de preuve (*ad probationem*). Les conséquences sont importantes puisqu'il y va de la validité ou de la nullité de l'acte sans forme.

§ 1. Place du formalisme dans le droit des contrats

37. Le principe en droit des contrats est celui du **consensualisme**, la rencontre des volontés étant suffisante à conclure le contrat. Principe sous-tendant la formation du contrat, il permet, moralement, de donner force au respect de la parole donnée, tout en permettant, économiquement, la rapidité des échanges. Le formalisme est donc une exception et permet d'atteindre plusieurs **objectifs**. Le plus fréquent, tout d'abord, est celui de la **protection de l'une des parties** : la forme, par le ralentissement du processus de formation du contrat ou par l'information qu'elle peut apporter, est susceptible de protéger le consentement des contractants. L'exigence d'une forme peut, ensuite, permettre de préconstituer une preuve ou encore **protéger les tiers** au contrat. Si notre droit a toujours connu des exigences formelles, celles-ci se sont multipliées et diversifiées dans la seconde moitié du xx^e siècle. Ce **renouveau du formalisme** se manifeste tant par la diversité de ses formes que par sa généralisation comme moyen de protection des parties faibles au contrat (assurance, consommation,

§ 2. Manifestations du formalisme

A. Formes solennelles

38. Les trois types essentiels de formes solennelles sont : l'authenticité, l'écrit ordinaire et les mentions informatives. **L'authenticité** est la solennité la plus fréquente ; c'est un officier public – notaire, juge, – qui la confère, le support pouvant être électronique (art. 1317). L'écrit ordinaire regroupe tant l'acte sous seing privé que les contrats électroniques, la règle étant **l'équivalence de la forme écrite à la forme électronique** (art. 1108-1 et 1108-2). Enfin, les **mentions informatives** sont caractéristiques du formalisme contemporain (contrats relevant du droit de la consommation, comme par ex. le démarchage à domicile, le crédit à la consommation ou immobilier). Les mentions exigées doivent parfois être manuscrites (ex. cautionnement dans les baux d'habitation).

39. En se diversifiant et se multipliant, ces différentes formes ont parfois perdu en intensité. Ainsi, si le défaut d'authenticité est sanctionné par la **nullité** du contrat, le défaut des mentions informatives ne donne pas nécessairement lieu à la nullité du contrat, soit que le législateur n'ait rien prévu, soit qu'il ait prévu une **sanction originale** (ex. la déchéance du droit aux intérêts pour le défaut de formalisme du crédit à la consommation, art. L. 311-33 c. consom.). Lorsque le législateur n'a pas expressément prévu de sanction, le **juge** peut être enclin à voir une règle de preuve et non de forme, raison pour laquelle on dit souvent le juge défavorable au formalisme (ex. traditionnel avec l'exigence de l'écrit pour le contrat d'assurance – art. L. 112-3 c. assur. – considéré par le juge comme une exigence de preuve). Le juge peut également, en l'absence de sanction prévue, n'annuler l'acte qu'à la condition que soit établi un vice du consentement, limitant ainsi la portée de l'exigence de forme (ex. classique avec les exigences de forme de la loi Doubin du 31 déc. 1989, art. L. 330-3 c. com. : Com., 14 juin 2005, n° 04-13.948, RDC. 2005. 1133, note Béhar-Touchais).

40. Le **code civil** a imposé **quatre contrats solennels**, tous en la forme notariée : la donation (art. 931), le contrat de mariage (art. 1394), la constitution d'hypothèque conventionnelle (art. 2416), et la subrogation conventionnelle par la volonté du débiteur (art. 1250). À ces contrats historiques, se sont ajoutés, en dehors du code civil, de nombreux contrats, généralement lorsque se manifeste un déséquilibre de force entre les parties contractantes (consommation, assurance, baux, construction,

B. Contrats réels

41. Les contrats réels sont ceux qui exigent, en plus de l'échange des consentements, la remise d'une chose, qui est l'objet même de l'obligation. La formalité de la remise est alors perçue comme un moyen



de protection ; en se dessaisissant de la chose, le remettant prend mieux conscience de l'importance de son geste. Le **code civil** de 1804 en avait prévu trois : le **prêt** (art. 1875 et 1982), le **dépôt** (art. 1919) et le **gage** (anc. art. 2071). Il s'agit de contrats unilatéraux puisque le contrat se forme au moment de la remise de la chose, qui fait alors l'objet d'une obligation de restitution par celui qui la reçoit. Le **juge** a rajouté le **don manuel**, par exception à l'exigence de la forme notariée de l'article 931.

42. Les contrats réels représentent une catégorie de contrats très discutés aujourd'hui, au point que leur **liste tend à diminuer**, qu'il s'agisse d'initiative du juge ou du législateur. Le juge, tout d'abord, a décidé que **les prêts consentis par un professionnel du crédit ne sont plus des contrats réels** (Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, *GAJC* tome II n° 284. Cf. déjà pour les prêts de consommation, Civ. 1^{re}, 27 mai 1998, *Bull. civ. I*, n° 186, *D.* 1999. 194 note Bruschi, *Defrénois* 1998. 1054 obs. Delebecque). Ces contrats, qui étaient unilatéraux parce que réels, deviennent donc des contrats **synallagmatiques**, ce qui a des conséquences sur la cause (Thème 5 n° 9 s.). En revanche, les prêts consentis par des non professionnels du crédit demeurent des contrats réels (Civ. 1^{re}, 7 mars 2006, n° 02-20374, *Bull.* ; *Dr et pat.* 2006 p. 90 n° 152 obs. Aynès et Stoffel-Munck ; *JCP* 2006. 1339 obs. Piedelièvre). Quant au législateur, il a récemment supprimé le caractère réel du gage (art. 2336, ord. du 23 mars 2006 réformant le droit des sûretés).



Mémo

Si le principe en droit français est le **consensualisme**, signifiant que le contrat se forme par le seul échange des consentements, des **formes** peuvent parfois être exigées par la loi à titre de **validité**.

Les deux formes traditionnelles se manifestent par les contrats solennels et les contrats réels.

- Les formes solennelles se sont **diversifiées** en se multipliant : acte authentique, acte sous-seing privé, mentions informatives,
- Les contrats **réels** sont ceux qui se forment par la remise d'une chose. L'actualité concerne le **prêt** qui n'est plus un contrat réel lorsqu'il est conclu par un professionnel du crédit.



Bibliographie sur ce thème

1. Articles

- DESHAYES O. (dir), *L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats*, 2008.
- FAGES B., Les principes gouvernant la période de formation du contrat, *RLDC* 2013, n° 110, p. 10.
- FRANÇOIS S., Promesse de vente et promesse d'embauche. Regards croisés sur le sort réservé aux promesses de contrat par la jurisprudence, *JCP* 2012. Doctr. 529
- GHESTIN J., La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers, *JCP* 2007. I. 155 ; Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers, *JCP* 2007. I. 157.
- GRIMALDI C., La durée de l'offre, *D.* 2013. 2871.
- LEQUETTE S., Réflexions sur la durée du pacte de préférence, *RTD civ.* 2013. 491
- MAGNIER V., Les sanctions du formalisme informatif, *JCP* 2004. I. 106.
- MAINGUY D., À propos de « l'affaire de la rétractation de la promesse de contracter », *JCP* 2012. Doctr. 808
- MATHIEU-IZORCHE M.-L., L'irrévocabilité de l'offre de contrat (réflexions à propos de l'arrêt de la troisième chambre civile du 7 mai 2008), *D.* 2009. 440.
- MOLFESSIS N., De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente (ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni), *D.* 2012. 231.
- MOULIGNER, Le contrat réel dans l'évolution du droit des contrats, *RRJ* 2004/4 p. 2233.
- NGOUMTSA ANOU G., Promesses unilatérales et promesses synallagmatiques de vente : questions de frontière, *RLDC* 2011 n° 80.
- PACLOT Y. et MOREAU E., L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente – « Comme un coup de tonnerre dans le ciel des obligations », *JCP* 2011. 736.
- SABATHIER S., Les espoirs suscités par la remise en cause du caractère réel du contrat de prêt, *RTD com.* 2005. 29.
- Jurisprudence et doctrine : quelle efficacité pour les avant-contrats ?, actes de colloque, Bordeaux le 24 nov 2011, *RDC* 2012. 617 s.

2. Pour aller plus loin

- ANTIPPAS J., De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué, *RTD civ.* 2013. 27.
- ATIAS Ch., L'irrévocabilité relative de l'acte unilatéral, *D.* 2013. 1765
- DESHAYES O., Le dommage précontractuel, *RTD com.* 2004. 187.
- FORAY V., L'offre et l'acceptation dans les projets de réforme du droit français des contrats. Remarques sur l'écriture doctrinale du droit des contrats, *RTD civ.* 2012. 231
- GRYNBAUM, Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission et de l'acceptation, *D.* 2003. 1706.
- KENFACK H., Le pacte de préférence à la croisée des chemins entre droit des contrats et droit de propriété, *RLDC* 2010 n° 72.



- LAGARDE X., Observations critiques sur la renaissance du formalisme, *JCP* 1999. I. 170.
- MAINGUY D., L'efficacité de la rétractation de la promesse contractuelle, *RTD civ.* 2004. 1.
- MAZEAUD D., Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, *Mélanges J. Ghestin, LGDJ*, 2001, p. 637.
- MEILLER E., La distinction du formalisme et de la formalité, Réflexion sur les prescriptions imposées au mandat de l'agent immobilier, *D.* 2012. 160.
- PIAZZON Th., Retour sur la violation des pactes de préférence, *RTD civ.* 2009. 433 s.

