



HAL
open science

L'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. L'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats. Les Petites Affiches, 2017, 261, pp.9. hal-01458042

HAL Id: hal-01458042

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01458042>

Submitted on 23 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats

Manuella Bourassin, agrégée des facultés de droit, Professeur à l'université Paris Nanterre, Directrice du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (EA 3457)

1. La place des juges dans l'adoption de la réforme du droit des contrats a été mise en lumière par Guillaume Meunier¹ : les magistrats de la Chancellerie ont tellement œuvré à l'élaboration de l'ordonnance du 10 février 2016 et l'essentiel du contenu de celle-ci provenant de solutions prétoriennes², que les juges apparaissent comme les principaux auteurs du nouveau droit commun des contrats.

2. Si l'on quitte la genèse de la réforme pour s'attacher à sa mise en œuvre, il est plus délicat de caractériser la place des juges, du fond comme de la Cour de cassation, et ce, pour deux raisons.

La première est d'ordre procédural. Elle tient au principe du dispositif : il est difficile de prédire quelles décisions seront prises par les juges sur le fondement du nouveau droit, car elles dépendront des demandes qui leur seront soumises par les contractants et de la valeur des éléments de preuve que les parties produiront au soutien de leurs prétentions.

La seconde raison pour laquelle il n'est pas aisé de caractériser la place du juge dans la mise en œuvre de la réforme est substantielle. Elle résulte de l'ambivalence de l'ordonnance vis-à-vis des juges, qui se manifeste aussi bien au sein des contrats, que du nouveau droit des contrats.

3. Sur les contrats, l'empreinte des juges sera variable, dans la mesure où leur office est globalement limité, mais où certains contrôles judiciaires se trouvent intensifiés, afin de satisfaire les différents objectifs de la réforme.

Dans l'optique de renforcer l'attractivité de notre droit et l'efficacité économique des contrats, l'office des juges a été restreint de deux manières : dans certains cas, les juges sont écartés ; dans d'autres, leurs décisions sont encadrées.

Les juges sont écartés chaque fois que l'ordonnance incite les parties ou l'un des contractants, voire un tiers, à prévenir le contentieux. À titre d'illustration, peuvent être évoquées la clause d'acceptation du risque d'imprévision évitant une révision judiciaire³, ainsi que les « actions interrogatoires »⁴ en matière de pacte de préférence, de nullité relative et de représentation⁵, qui permettent de limiter le risque d'inefficacité de l'acte, partant le contentieux qui pourrait en résulter.

Les juges sont également écartés lorsque l'ordonnance autorise le règlement extrajudiciaire des différends, sur le fondement, là encore, de la volonté commune des parties (en cas, notamment, de nullité conventionnelle⁶ ou de mise en jeu d'une clause résolutoire⁷), ou de celle de l'une d'elles. L'ordonnance a ainsi admis diverses sanctions de l'inexécution du contrat unilatérales et extrajudiciaires – l'exception d'inexécution, même par anticipation⁸, le remplacement du débiteur par un tiers⁹, la réduction du prix en contrepartie d'une prestation imparfaite¹⁰ et la résolution par notification¹¹ – qui consacrent une justice privée, hors le juge¹².

Dans d'autres hypothèses, la limitation de l'office des juges prend la forme d'un encadrement de leurs décisions. Encadrement des motifs par le biais des conditions auxquelles l'ordonnance subordonne l'application des mécanismes qu'elle régit, par exemple celles entourant l'information précontractuelle¹³, celles fixées par l'article 1143 du Code civil relatif au nouveau vice de violence par abus d'un état de dépendance¹⁴ ou encore celles prescrites par l'article 1221 pour rejeter l'exécution forcée en nature¹⁵. L'encadrement porte

également sur les dispositifs, puisque certaines solutions ne sont pas admises, telles la réparation de « la perte des avantages attendus du contrat non conclu » à la suite d'une déloyauté au stade des pourparlers¹⁶, la fixation ou la révision judiciaire du prix dans les contrats cadre ou de prestation de service¹⁷, ou l'annulation du contrat en son entier en présence d'une clause abusive¹⁸. D'autres dispositifs sont à l'inverse imposés, tel le réputé non écrit pour sanctionner une clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹⁹.

Toutes ces limitations, inspirées par les principes de liberté contractuelle et de force obligatoire du contrat²⁰, ainsi que par l'objectif d'efficacité économique du contrat, vont certainement réduire la place des juges dans les relations contractuelles.

La saisine des juges n'est pas devenue pour autant une « mesure ultime »²¹.

L'affaiblissement de la direction des contrats par les parties et, corrélativement, le gouvernement des contrats par les juges, ne sont pas « fantasmatiques »²², car l'ordonnance a intensifié certains contrôles judiciaires dans le but de satisfaire d'autres principes et objectifs au cœur de la réforme, à savoir la loyauté et la justice contractuelles²³. Cette intensification est ciblée, d'un point de vue matériel, puisque la réforme introduit la distinction entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion²⁴ et qu'elle confine dans ces derniers le contrôle des clauses engendrant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties²⁵.

L'intensification des contrôles judiciaires est également ciblée, d'un point de vue temporel²⁶, dans la mesure où l'ordonnance évince certains contrôles préalables au profit de contrôles a posteriori, supposant qu'une prérogative unilatérale soit contestée par le cocontractant, tels son remplacement par un tiers²⁷, la réduction du prix en cas d'inexécution imparfaite²⁸ ou la résolution du contrat par notification²⁹.

Pour synthétiser la nouvelle place des juges dans les relations contractuelles, il est donc indispensable de faire preuve de nuance. C'est la raison pour laquelle nous avons évoqué l'empreinte variable des juges sur les contrats.

4. Si l'on s'intéresse à la place des juges dans la réforme du droit des contrats, sujet de la conférence dont les actes sont ici publiés, une position plus tranchée doit être développée, celle de l'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit commun des contrats.

Le rapport au président de la République paraît, certes, démentir cette analyse, lui qui dénonce le caractère fluctuant, voire incertain, de la jurisprudence et affirme même qu'elle « ne permet pas d'assurer la sécurité juridique ». Dès lors que la sécurité juridique est l'objectif primordial de la réforme, la lecture de ce rapport peut laisser penser que l'ordonnance bride le pouvoir normatif des juges et qu'à l'avenir, la jurisprudence ne sera plus une source essentielle du droit des contrats.

L'étude de l'ordonnance elle-même permet au contraire d'affirmer que la place des juges dans le nouveau droit commun des contrats sera au moins aussi prépondérante que par le passé. Pour justifier l'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats, il convient de détailler les deux rôles majeurs qui leur reviennent, à savoir délimiter le champ de la réforme (I), et interpréter son contenu (II).

I – Délimitation du champ de la réforme

5. Les juges vont devoir préciser le périmètre du nouveau droit commun des contrats, non seulement dans le temps, mais aussi par rapport aux droits spéciaux applicables à certains

contrats. Il importe ainsi de distinguer le champ de la réforme *ratione temporis* (A) et *ratione materiae* (B).

A – Ratione temporis

6. La délimitation du champ de la réforme dans le temps reposera sur l'article 9 de l'ordonnance, selon lequel le nouveau droit, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2016, ne concerne que les actes conclus depuis cette date, le principe de survie de la loi ancienne ayant été retenu à l'égard des contrats et actes unilatéraux conclus antérieurement. Il n'est fait exception à ce principe qu'au sujet des actions interrogatoires, qui pourront porter sur des contrats conclus avant le 1^{er} octobre, sauf procédure en cours. Comme les auteurs de l'ordonnance ont limité l'application immédiate de la réforme à cette hypothèse présentant une dimension procédurale, la jurisprudence ne devrait pas admettre d'autres exceptions au principe de survie de la loi ancienne en décidant que certaines dispositions nouvelles constituent, soit des « exigences impérieuses d'ordre public », soit des effets légaux du contrat.

Ces règles transitoires ne résolvent pas toutes les difficultés d'application de la réforme *ratione temporis*. Les juges auront à fixer le sort, d'une part, de situations contractuelles complexes (1), d'autre part, de solutions prétoriennes combattues par la réforme (2).

1 – Situations contractuelles complexes

7. Diverses situations contractuelles peuvent être qualifiées de complexes, *ratione temporis*, du fait d'une succession d'accords de volontés, certains antérieurs au 1^{er} octobre 2016, d'autres postérieurs. Par exemple, une promesse synallagmatique de vente conclue avant le 1^{er} octobre et régularisée devant notaire postérieurement ; un contrat cadre antérieur à la réforme et des contrats d'application conclus à partir du 1^{er} octobre 2016 ; un avenant signé sous l'empire de l'ordonnance, mais relativement à un contrat conclu avant son entrée en vigueur. Face à de telles opérations contractuelles complexes, les juges devront déterminer si le droit ancien est applicable à l'ensemble des actes ou si le droit nouveau est applicable immédiatement pour le tout, ou bien encore s'il est préférable de dépecer l'opération en appliquant distributivement l'ancien et le nouveau droit en fonction de la date des accords de volontés litigieux, au risque alors de ruiner la cohérence de l'ensemble et la sécurité qu'en attendaient les parties³⁰.

8. La complexité, en termes de droit transitoire, pourra résulter, par ailleurs, de dérogations conventionnelles au principe de survie de la loi ancienne. Depuis 1977, la Cour de cassation considère qu'« il est loisible aux parties de soumettre leurs conventions aux dispositions d'une loi déjà publiée mais non entrée en vigueur »³¹. Entre le 11 février et le 30 septembre 2016, des parties ont pu, usant de cette liberté, décider d'appliquer par anticipation le nouveau droit. Des difficultés sont à prévoir si le choix en faveur de l'ordonnance n'est pas exprès et que le périmètre d'application des règles nouvelles n'est pas clairement précisé. Par exemple, si plusieurs clauses reproduisent les nouvelles dispositions du Code civil, mais sans déclarer l'ordonnance applicable à tout litige intéressant le contrat, il reviendra au juge de fixer le champ de l'ancien et du nouveau droit.

2 – Solutions prétoriennes combattues

9. Si l'ordonnance a codifié de multiples jurisprudences, toutes ne l'ont pas été. Quel sera le devenir des solutions prétoriennes combattues : se maintiendront-elles à l'égard des contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 ou seront-elles abandonnées au profit des règles prévues

par l'ordonnance, sans que les nouveaux textes ne soient expressément visés ? Des réponses opposées nous paraissent devoir être apportées en présence de deux types de jurisprudences rendues sous l'empire du droit ancien.

10. Les premières sont les jurisprudences incertaines relativement à des difficultés que l'ordonnance a clairement tranchées. À titre d'illustration, peut être citée l'hésitation jurisprudentielle entre les théories de l'émission et de la réception pour fixer la date et le lieu de formation des contrats conclus à distance. Le nouvel article 1121 consacre, sans équivoque possible, la réception de l'acceptation. Dans cette hypothèse, comme dans toutes celles où la jurisprudence était jusqu'alors fluctuante, alors que le Code Napoléon était lui-même silencieux, l'impératif de sécurité juridique milite en faveur de l'application des règles nouvelles claires aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la réforme. En effet, cette application par anticipation serait une opportunité de clarifier notre droit, d'en permettre une application uniforme, quelle que soit la date de conclusion de l'acte litigieux et ce, sans déjouer les prévisions des parties, puisqu'elles étaient aussi incertaines que la jurisprudence l'était elle-même.

11. La seconde catégorie de solutions prétoriennes combattues par l'ordonnance regroupe les jurisprudences claires, mais fortement critiquées par la doctrine et la pratique, que l'ordonnance a renversées. Tel est le cas de la jurisprudence Cruz sanctionnant la rétractation d'une promesse unilatérale de vente avant l'expiration du délai d'option par des dommages et intérêts³², que le nouvel article 1124 brise en autorisant la conclusion forcée du contrat définitif. On songe également à la jurisprudence qui résout le conflit opposant les acquéreurs successifs d'un même bien immobilier au regard des seules dates de publication³³, que le nouvel article 1198 contredit en tenant compte de la bonne foi du premier publiant. Une autre illustration topique est fournie par la jurisprudence Canal de Craponne du 6 mars 1876, à laquelle met fin le nouvel article 1195 admettant la révision judiciaire pour imprévision. Bien que ces jurisprudences soient critiquables, des revirements inspirés par l'ordonnance ne sont pas souhaitables en raison de l'impératif de sécurité juridique. Effectivement, le maintien de ces jurisprudences, certes contestables, mais claires, conditionne le respect des anticipations légitimes des parties.

B – Ratione materiæ

12. L'ordonnance ayant intégré dans le droit commun des contrats de nombreux mécanismes issus de droits spéciaux, la question se pose de savoir si les règles générales du Code civil voisines, voire jumelles, de dispositions particulières, notamment des Codes de la consommation ou du commerce, doivent demeurer subsidiaires ou peuvent s'appliquer en plus, voire à la place des règles propres à certains contrats ou catégories de contrats.

13. Pour dénouer les rapports de concurrence entre le droit commun et les droits spéciaux, deux normes de conflit pourraient être mobilisées, ie la maxime d'interprétation « specialia generalibus derogant » et le nouvel article 1105 du Code civil, aux termes duquel « les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières ». Il en résulte que le droit commun des contrats doit être écarté chaque fois que les conditions d'une règle spéciale se trouvent réunies, mais qu'il conserve en revanche sa vocation subsidiaire à s'appliquer en cas d'incomplétude, d'imprécision ou de lacune du droit spécial. L'articulation entre les nouveaux textes du Code civil et ceux portant sur des contrats déterminés exige donc de vérifier, d'abord, que les deux dispositions ont le même objet, mais un champ différent, l'une ayant un périmètre plus restreint que l'autre, ensuite, que leurs contenus sont incompatibles ; la primauté du droit spécial pourrait en outre dépendre de sa nécessité, à tout le moins de son utilité, ce qui conduirait à s'assurer qu'il est plus protecteur que le droit

commun³⁴. À défaut, il ne devrait pas y avoir dérogation au droit commun, mais plutôt enrichissement mutuel du droit spécial et du droit commun, autorisant leur cumul ou une option laissée à la partie protégée.

14. Sur la base de ces règles de conflit de lois générales et spéciales, diverses dispositions de l'ordonnance devraient, sans trop de difficultés, être écartées au profit de règles spéciales. Nous songeons au devoir d'information précontractuelle de l'article 1112-1 du Code civil, qui ne devrait pas jouer en présence de textes spécifiant la qualité ou l'activité de l'une au moins des parties et détaillant les informations préalables à la conclusion du contrat, comme il en existe en matière de vente de biens ou de fourniture de services entre professionnels et consommateurs³⁵, de vente d'un lot de copropriété situé dans un immeuble bâti à usage total ou partiel d'habitation³⁶ ou encore à l'égard des contrats conclus dans l'intérêt commun d'un franchiseur et d'un franchisé³⁷. Fournit un autre exemple de mise à l'écart du droit commun, la violence par abus d'une situation de dépendance : l'article 1143 du Code civil ne devrait pas être appliqué en présence d'un abus de dépendance économique constitutif d'une pratique anticoncurrentielle au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce, qui exige une perturbation du jeu de la concurrence, non justifiée par un progrès économique.

15. Sur le fondement de la maxime « le spécial déroge au général » et du nouvel article 1105 du Code civil, l'application subsidiaire du droit commun des contrats devrait l'emporter aisément lorsque les exigences des textes spéciaux ne sont pas satisfaites. Ainsi, la révision judiciaire du contrat en cas d'imprévision, consacrée par l'article 1195 du Code civil, devrait s'appliquer aux contrats de plus de trois mois portant sur des matières premières agricoles et alimentaires, bien que l'article L. 441-8 du Code de commerce impose dans de tels contrats une clause de renégociation en cas de fluctuation des cours de ces matières premières affectant significativement les prix de production. En cas d'échec de la renégociation ayant eu lieu dans le cadre de ce dispositif spécifique, les remèdes à l'imprévision désormais prévus par le Code civil devraient jouer, car le droit spécial impose d'entrer en renégociation, mais reste muet sur l'échec de celle-ci. Par ailleurs, l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat³⁸ devrait permettre de sanctionner par la responsabilité civile aussi bien la rupture abusive, mais non brutale, d'une relation commerciale établie, qu'une rupture brutale, mais en l'absence d'une telle relation, puisque l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce ne vise pas ces hypothèses.

16. D'autres rapports de concurrence entre droit commun et droits spéciaux des contrats suscitent davantage d'interrogations en doctrine³⁹, comme en pratique⁴⁰. L'articulation la plus délicate concerne probablement les textes sanctionnant les clauses abusives : articles 1171 du Code civil, L. 212-1 du Code de la consommation (ex-article L. 132-1) et L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce. La principale difficulté intéresse les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations de partenaires commerciaux : est-ce que le professionnel victime du déséquilibre significatif peut demander que la clause soit réputée non écrite plutôt que de mettre en cause la responsabilité de son cocontractant qui l'y a soumis ? Un cumul de ces deux sanctions est-il admissible ?

Les normes de conflit précitées ne permettent pas de répondre à ces questions, car l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce n'a pas un champ plus restreint que l'article 1171 du Code civil. Chacun de ces textes renferme, en réalité, une règle spéciale, sous-tendue par une philosophie particulière : le droit des affaires appréhende les clauses abusives insérées dans les contrats conclus dans le cadre d'activités professionnelles spéciales, celles unissant des partenaires commerciaux, et il traque ainsi une pratique déloyale dans une logique de police des marchés ; le droit civil saisit, quant à lui, les clauses abusives stipulées dans des contrats conclus à l'issue d'une procédure spéciale, celle d'adhésion caractérisée

par la prédétermination unilatérale de conditions générales, soustraites à la négociation⁴¹, et il sanctionne ainsi un déséquilibre né du défaut d'exercice de la volonté. Les conditions d'application de la maxime « le spécial déroge au général » et du nouvel article 1105 du Code civil n'étant donc pas réunies, devront donc être développés par les plaideurs et appréciés par les juges d'autres arguments, qu'ils soient d'ordre technique, comme la différence de sanction prévue par chacun des textes⁴², ou qu'ils mettent en cause les principes et objectifs sous-tendant la réforme⁴³.

Notons que la résolution des rapports de concurrence entre les textes du Code civil et du Code de commerce pourchassant les clauses abusives sera assurément compliquée par le fait que huit tribunaux de commerce et la cour d'appel de Paris sont exclusivement compétents dans les litiges relatifs à l'article L. 442-6 du Code de commerce⁴⁴.

Les solutions risquent d'être variables, de surcroît, car elles dépendront largement du sens que les juges donneront aux notions floues qui conditionnent l'application des textes prohibant les clauses abusives, en particulier celle de contrat d'adhésion inscrite dans l'article 1171 du Code civil⁴⁵, celles de soumission et de partenaire commercial employées par l'article L. 442-6 du Code de commerce et encore celle de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, qui figure dans les deux dispositions. Autant de notions obscures que les juges doivent interpréter pour déterminer le champ d'application des règles dont ils sont saisis.

Il convient d'approfondir cette interprétation, qui constitue la seconde explication de l'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit commun des contrats.

II – Interprétation du contenu de la réforme

17. Pour satisfaire l'impératif de sécurité juridique, les auteurs de l'ordonnance ont souhaité que la matière contractuelle soit de nouveau régie par un droit écrit, plutôt que prétorien. Le même dessein les a également conduits à limiter l'office des juges⁴⁶. Il ne fait aucun doute, toutefois, que la jurisprudence va redevenir le coauteur du droit des contrats, d'abord parce que les hypothèses dans lesquelles l'interprétation judiciaire est nécessaire sont extrêmement nombreuses (A), ensuite parce que la liberté dont jouissent les juges dans l'interprétation de l'ordonnance est très étendue (B).

A – Causes d'interprétation

18. Les juges vont contribuer à écrire le nouveau droit commun des contrats parce que l'article 4 du Code civil leur enjoint de statuer malgré les obscurités (1) et lacunes de la loi (2) et que l'ordonnance comporte justement de telles imperfections.

1 – Obscurités

19. Au sujet des obscurités, première cause d'interprétation judiciaire, une distinction mérite d'être opérée entre celles qui procèdent nécessairement de certaines techniques législatives et qui ont donc été anticipées par les auteurs de l'ordonnance, et celles qui sont, à l'inverse, involontaires.

20. Les obscurités nécessaires sont celles qui résultent de l'emploi de notions et qualificatifs souples, permettant d'apprécier in concreto les comportements des parties et les spécificités de chaque situation contractuelle. Nous faisons référence aux standards juridiques, notions cadre et qualificatifs de mesure. Ces techniques, classiques dans la législation française,

évitent d'entrer dans une multitude de détails et de transformer les règles de droit en modes d'emploi, à l'instar de la législation européenne. Pour leur donner corps, la loi délègue implicitement, mais nécessairement, son pouvoir aux juges. L'ordonnance est tout à fait dans cette logique, qui légitime l'emprise des juges, puisqu'elle renferme quatre fois plus de notions et qualificatifs flexibles que n'en comptait le Code de 1804⁴⁷. Une quarantaine d'articles sont concernés⁴⁸. Afin de prendre la mesure des obscurités que les juges vont devoir dissiper, il est utile de citer les principaux standards et qualifications relatives sur lesquels le pouvoir d'interprétation et d'appréciation des juges devra porter.

Certains étaient déjà présents dans le Code Napoléon, mais leur champ se trouve étendu par l'ordonnance. Tel est le cas de la bonne foi, qui accède au statut de principe général du droit des contrats et se trouve consacrée dès la négociation et la formation du contrat⁴⁹. Tel est le cas également de l'abus, qui conditionne le nouveau vice de violence par exploitation d'une situation de dépendance⁵⁰, ainsi que l'inefficacité de la fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre ou de prestation de services⁵¹.

D'autres notions et qualificatifs flexibles, imaginés par la doctrine et repris par la Cour de cassation, sont consacrés par la réforme. Les dispositions relatives au contenu du contrat, qui remplacent la cause des obligations, en fournissent deux exemples. Au sein de l'article 1169, la nullité du contrat est prévue en cas de contrepartie « illusoire ou dérisoire » ; ces qualificatifs sont ceux que l'on rencontre notamment dans la jurisprudence portant sur les ventes à vil prix. L'article 1170, quant à lui, prescrit de réputer non écrite toute clause qui prive de sa « substance » l'« obligation essentielle » du débiteur ; on reconnaît, là aussi, les notions floues retenues par des arrêts célèbres, en l'occurrence les jurisprudences Chronopost et Faurecia II concernant la notion d'« obligation essentielle »⁵² et l'arrêt Les Maréchaux s'agissant de la notion de « substance »⁵³.

L'ordonnance a en outre inscrit dans le droit commun des contrats des qualificatifs flexibles que l'on rencontre fréquemment dans les droits spéciaux, ainsi que les textes européens. Ainsi, le qualificatif « légitime » est-il employé pour caractériser l'ignorance ou la confiance d'une partie, qui conditionne le jeu du devoir général d'information précontractuelle⁵⁴ ; les « attentes légitimes » des parties constituent le critère retenu par l'article 1166 pour fixer la qualité des prestations contractuelles.

Par ailleurs, plusieurs qualificatifs évoquent un déséquilibre contractuel d'une intensité particulière : l'article 1143 relatif à l'abus de dépendance subordonne la nullité du contrat à l'« avantage manifestement excessif » qu'en retire son auteur ; l'article 1195 caractérise l'imprévision par une « exécution excessivement onéreuse » pour l'une des parties ; l'article 1221 admet que l'exécution forcée en nature soit écartée, au profit de dommages et intérêts, s'il existe une « disproportion manifeste » entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.

On ne peut clore l'inventaire des qualificatifs flexibles sans évoquer l'adjectif « raisonnable » et l'adverbe « raisonnablement », qui apparaissent à treize reprises dans le nouveau droit commun des contrats, pour caractériser soit des personnes⁵⁵, soit des prévisions⁵⁶, soit le coût de l'exécution⁵⁷, soit, encore et surtout, des délais⁵⁸ (des délais « raisonnables » sont prévus en matière d'offre, d'actions interrogatoires, d'imprévision et dans le cadre des sanctions unilatérales de l'inexécution)⁵⁹.

Bien que non exhaustive, la liste que nous venons de dresser des notions et qualificatifs flexibles contenus dans l'ordonnance suffit à convaincre de l'imprévisibilité de multiples règles nouvelles, dont les plus emblématiques de la réforme. L'insécurité juridique qui en résulte est indéniable. Mais il s'agit de la rançon de la souplesse, que les auteurs de l'ordonnance ont également recherchée. Les obscurités résultant de ces notions et qualificatifs flexibles ont donc été anticipées. D'autres, en revanche, ne l'ont pas été.

21. Les obscurités involontaires sont celles provenant des maladresses de rédaction, des ambiguïtés, voire des incohérences que renferme malencontreusement l'ordonnance. Toutes ces imperfections vont sans nul doute susciter du contentieux et rendre par là même nécessaire l'interprétation judiciaire. Donnons en quelques exemples.

L'ambiguïté caractérise, d'abord, chacun des éléments constitutifs de la notion de contrat d'adhésion, défini par l'article 1110, alinéa 2 : des « conditions générales » (s'agit-il uniquement des clauses ayant pour objet des obligations accessoires ou également celles portant sur les obligations principales ? , « déterminées à l'avance par l'une des parties » (les contrats d'adhésion sont-ils nécessairement des contrats-types, conçus à grande échelle ? ; les contrats rédigés par des professionnels du droit, éventuellement sur la base de modèles d'actes standardisés, échappent-ils à la qualification ?) et « soustraites à la négociation » (les raisons concrètes liées, notamment, à la qualité et aux pouvoirs respectifs des parties importent-elles ou seul le résultat, l'absence de négociation, compte-t-il ? ; le pluriel signifie-t-il que l'ensemble des conditions générales n'ait pas été négocié ou la discussion de certaines d'entre elles pourrait-elle suffire à écarter la qualification de contrat d'adhésion ?). L'article 1164 fournit un autre exemple d'ambiguïté. Il prévoit que, « dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties ». Faut-il attacher de l'importance à l'expression « il peut être convenu », c'est-à-dire subordonner la fixation unilatérale du prix à un accord exprès des parties (clause dite de « prix catalogue »), ou comprendre de l'article 1164 que le prix peut être fixé unilatéralement par l'une des parties, qui l'aurait décidé seule ? La détermination unilatérale du prix étant une exception importante à la liberté contractuelle, un accord des parties devrait être exigé ; mais l'emploi du verbe pouvoir contredit cette exigence.

L'obscurité règne encore au sein de l'article 1195, aussi bien quant à la forme, au contenu et à l'étendue de l'acceptation du risque d'imprévision par l'une des parties, qu'au sujet des remèdes préalables à la saisine unilatérale du juge (l'absence de tentative de renégociation constitue-t-elle une exception de procédure ou une fin de non-recevoir ?**60**) et également quant à la révision judiciaire (quels en sont les critères et les modalités ? ; les juges peuvent-ils lui préférer la résolution du contrat ?**61**).

Enfin, une terminologie approximative rend incertaine l'application de l'article 1223, selon lequel « le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix ». L'ambiguïté procède du verbe « solliciter », qui évoque une demande, soit auprès du cocontractant, créancier du prix, soit auprès d'un juge. Le verbe « solliciter » n'exprime nullement le caractère unilatéral de la réduction du prix, que le rapport au président de la République a pourtant mis en exergue en précisant que cette réduction repose sur une « notification » au cocontractant et est efficace « sans devoir saisir le juge ».

Toutes ces obscurités rendent nécessaire l'interprétation judiciaire et favorisent le pouvoir normatif des juges. Leur emprise sur le nouveau droit des contrats apparaît d'autant plus inéluctable que l'ordonnance comporte également des lacunes.

2 – Lacunes

22. Les lacunes de l'ordonnance, qui constituent la seconde cause d'interprétation judiciaire, sont nombreuses et variées.

Certains mécanismes sont purement et simplement passés sous silence, alors que la pratique y recourt abondamment et qu'ils soulèvent de sérieuses difficultés. Tel est le cas des accords organisant les négociations précontractuelles et des promesses synallagmatiques de contrat.

D'autres lacunes sont à déplorer au sein du régime de divers mécanismes. À cet égard, il est regrettable que les règles consacrées aux avant-contrats se concentrent sur les sanctions de leur violation et ne détaillent pas leur contenu, spécialement leur durée, les facultés de substitution ou encore le régime des sommes que les parties à un pacte de préférence ou à une promesse unilatérale prévoient le plus souvent de verser⁶². Il est également regrettable que l'ordonnance ait consacré trois sources de résolution – conventionnelle, unilatérale et judiciaire – mais sans avoir organisé leur articulation. Ainsi, l'article 1226 relatif à la résolution unilatérale est-il silencieux quant à sa mise en œuvre en présence d'une clause résolutoire, alors que la jurisprudence manque elle-même de clarté sur ce point.

23. La lacune la plus grave, nous semble-t-il, concerne la portée des nouveaux textes. On ne sait toujours pas, par exemple, si les directives d'interprétation du contrat figurant dans les nouveaux articles 1188 à 1192 sont de simples conseils ne liant pas les juges, conformément à une jurisprudence constante de la Cour de cassation depuis 1807, ou s'il s'agit de véritables règles de droit soumises au contrôle de la haute juridiction. En l'absence de réponse à cette question, l'articulation entre les règles d'interprétation – sont-elles équivalentes ou existe-t-il une hiérarchie entre elles, spécialement entre les articles 1188 et 1190 ? – continuera de poser des difficultés, et la validité des clauses d'interprétation restera douteuse⁶³.

24. L'interprétation du contrat n'est pas le seul domaine dans lequel se pose la question de la licéité des stipulations contractuelles. La validité de diverses clauses est incertaine, faute de précision sur la portée, supplétive ou impérative, de nombreux textes. Alors que cette portée est un facteur essentiel de sécurité juridique et d'attractivité du droit, elle est rarement précisée dans les nouveaux articles du Code civil. Le rapport au président de la République prétend qu'il ne s'agit pas d'une lacune, car « il n'y a pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception » au regard de l'article 6 du Code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103 consacrant respectivement la liberté contractuelle et la force obligatoire des contrats. Ce rappel du principe de suppléativité est loin de régler toutes les difficultés afférentes à la portée des nouveaux textes et ne devrait pas empêcher les juges de déceler dans l'ordonnance un ordre public virtuel, sur le fondement de l'article 1162 qui rappelle que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but ». Des exemples de ce type d'incertitudes méritent d'être présentés⁶⁴.

Le premier porte sur la caducité de l'offre au décès du pollicitant, prévue par l'article 1117. Ce texte autorise-t-il une clause de transmissibilité de l'offre à cause de mort ? Il est permis d'en douter vu que l'ordonnance n'a pas consacré l'engagement unilatéral de volonté comme source d'obligations.

Le second exemple concerne la sanction de la rétractation de la promesse unilatérale par la conclusion forcée du contrat, retenue par l'article 1124. Est-ce qu'une clause contraire, qui reprendrait la jurisprudence Cruz, c'est-à-dire la sanction de la rétractation par des dommages et intérêts, est valable ? Au soutien de la validité de la « clause Cruz », on pourrait avancer que le droit à l'exécution forcée en nature n'est pas d'ordre public.

L'ordonnance ne l'affirme certes pas non plus, mais telle est l'analyse de la Cour de cassation sur le fondement de l'ancien article 1184⁶⁵. Si l'hésitation est néanmoins de mise, c'est parce que la réforme a clairement eu pour but de briser la jurisprudence Cruz et que la clause reprenant celle-ci irait à l'encontre de la définition même de la promesse unilatérale, inscrite dans le premier alinéa de l'article 1124.

Des discussions porteront certainement sur la licéité d'autres clauses encore, notamment la clause d'exécution en nature « coûte que coûte », qui dérogerait à l'exception de disproportion consacrée par l'article 1221, ainsi que la clause de renonciation anticipée à la

résolution judiciaire, jusqu'ici validée par la Cour de cassation⁶⁶, mais peut-être compromise par l'article 1227, qui prévoit que « la résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice ».

La réforme comporte donc de multiples lacunes et obscurités, causes d'interprétation et sources d'insécurité juridique. L'imprévisibilité du nouveau droit des contrats est d'autant plus manifeste que la liberté d'interprétation dont jouissent les juges est considérable.

B – Liberté d'interprétation

25. La marge de manœuvre des juges dans l'interprétation des nouveaux textes est très étendue, sans être toutefois illimitée. Il importe de souligner les fondements de la liberté d'interprétation (1), avant de présenter les garde-fous (2), qui tempèrent le risque d'arbitraire, de remise en cause des prévisions contractuelles et donc d'insécurité juridique et économique.

1 – Fondements

26. Les fondements de la liberté d'interprétation sont divers, car cette liberté existe aussi bien dans l'interprétation littérale des textes, que dans leur interprétation exégétique.

27. Si l'interprétation littérale est très ouverte, c'est que la lettre de l'ordonnance est peu contraignante.

La réforme a eu très largement recours aux standards juridiques, qui appellent nécessairement une interprétation judiciaire⁶⁷. Celle-ci aurait pu être circonscrite si des définitions et/ou des exemples les avaient accompagnés. Or, ces techniques législatives ont été assez peu employées pour rendre les standards plus prévisibles. Ainsi, la bonne foi n'a-t-elle été ni définie, ni illustrée, alors que des projets de réforme nationaux et européens démontrent que l'entreprise n'a rien d'impossible⁶⁸. Une définition légale de la bonne foi mettant en avant les obligations imposées par la loyauté contractuelle aurait permis d'encadrer l'interprétation créatrice des contrats et d'éviter leur forçage.

D'autres notions ont en revanche été définies par l'ordonnance. Il en va ainsi de « l'information dont l'importance est déterminante pour le consentement », qui est celle, d'après l'article 1112-1, ayant « un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ». Malheureusement, cette définition pose plus de questions qu'elle n'aide à en résoudre et accroît le champ de l'interprétation judiciaire, puisque la notion de « contenu du contrat », contrairement à celles d'objet et de cause qu'elle remplace, est encore à construire et aussi parce qu'il conviendra de tracer la frontière entre ce qui est en lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat et ce qui ne l'est pas (qu'en est-il, par exemple, de la perspective d'atteindre une certaine rentabilité grâce au contrat ?). La définition du contrat d'adhésion, livrée par l'article 1110, alinéa 2, est certainement celle qui suscitera le plus l'interprétation des juges au lieu de la limiter⁶⁹.

L'interprétation littérale est donc très ouverte en raison, soit de l'absence de définition légale, soit des notions ambiguës que renferment certaines définitions.

28. Si la liberté règne dans l'interprétation littérale, c'est aussi parce que l'ordonnance n'a guère fourni de critères d'appréciation des notions et qualificatifs à géométrie variable. Il arrive que des critères négatifs soient fournis. L'article 1171 relatif aux clauses abusives précise ainsi ce sur quoi l'appréciation du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ne peut porter, à savoir « ni l'objet principal du contrat ni l'adéquation du prix à la prestation ». Il manque en revanche des critères d'appréciation positifs. Par exemple, toujours au sujet de l'article 1171, est-ce que l'appréciation du déséquilibre doit être opérée clause par clause ou au regard de l'ensemble du contrat, voire d'autres relations

contractuelles existant entre les mêmes parties⁷⁰ ? Ce type d'imprécision étend la marge d'interprétation des juges.

29. La liberté d'interprétation littérale s'explique encore par l'usage que fait l'ordonnance des présomptions légales. Elle n'y recourt pas, là où l'interprétation judiciaire aurait pourtant mérité d'être contenue. Tel est le cas en matière de contrats d'adhésion, lorsqu'il s'agit de lutter contre les clauses abusives. En effet, à l'inverse du Code de la consommation, l'article 1171 du Code civil ne fournit aucune liste de clauses présumées abusives, irréfragablement ou même simplement. Dans d'autres textes, l'existence de présomptions limitant l'interprétation judiciaire est douteuse. Par exemple, au sujet du nouveau vice de violence par abus d'un état de dépendance, est-ce qu'un avantage manifestement excessif fait présumer l'abus ou s'agit-il de conditions distinctes ? Au sein des articles 1164 et 1165 relatifs à la fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre ou de prestation de services, est-ce que le défaut de motivation de l'auteur du prix fait présumer l'abus ou constitue-t-il uniquement un indice de celui-ci ?

30. L'interprétation exégétique, fondée sur l'intention du législateur, est elle aussi placée sous la bannière de la liberté. Trois raisons essentielles à cela.

D'abord, l'absence de travaux préparatoires, qui est consubstantielle à la technique de l'ordonnance.

Ensuite, l'absence de valeur normative des textes émanant de ses auteurs, au premier rang desquels le rapport au président de la République, qui est certes une explication approfondie de l'ordonnance, mais, rédigé rapidement, il comporte lui-même beaucoup d'ambiguïtés, comme celle déplorée précédemment au sujet de la portée, supplétive ou impérative, des règles nouvelles⁷¹.

Enfin, comme le Gouvernement n'a pas tranché entre des objectifs difficilement conciliables, préférant une réforme de compromis susceptible de rendre le nouveau droit « efficace, en même temps que protecteur »⁷², et que les principes de liberté contractuelle, de force obligatoire du contrat et de bonne foi ont en conséquence été placés sur un pied d'égalité⁷³, toutes les politiques jurisprudentielles, libérales comme solidaristes, sont autorisées.

31. Ni la lettre de l'ordonnance, ni les intentions de ses auteurs, ne devraient donc limiter profondément son interprétation par les juges. Il est important de souligner que la liberté d'interprétation dont il s'agit n'est pas uniquement celle des conseillers de la Cour de cassation. Loin s'en faut, puisque l'interprétation portera surtout sur les notions et qualificatifs flexibles détaillés antérieurement, à l'égard desquels l'appréciation des juges du fond est souveraine. L'absence de contrôle de la Cour de cassation sur un grand nombre de règles nouvelles est de nature à aviver les craintes que la liberté d'interprétation judiciaire suscite. Bien que le risque d'insécurité juridique soit patent, il ne doit cependant pas être exagéré, car la liberté d'interprétation des juges du fond n'est pas illimitée.

2 – Garde-fous

32. Des garde-fous de deux types existent, à même d'éviter des décisions judiciaires imprévisibles, mouvantes et discrétionnaires.

33. Sources d'inspiration de la réforme. D'une part, même si l'interprétation littérale et exégétique n'est guère encadrée, les décisions judiciaires à venir sont rendues prévisibles grâce aux deux principales sources ayant inspiré la réforme, vers lesquelles les juges pourront se tourner pour donner sens aux règles nouvelles.

La première recouvre les projets de réforme nationaux, d'origine doctrinale (projets Catala et Terré en tête), ainsi que les projets européens d'harmonisation du droit des contrats, desquels plusieurs dispositions de l'ordonnance sont issues. Les juges pourront se reporter

à ces projets et aux riches explications qui les ont accompagnés, par exemple, pour préciser la notion de « contenu du contrat », déterminer les critères d'appréciation des délais et coûts « raisonnables » ou encore affiner les critères de révision pour imprévision.

La seconde source d'inspiration majeure de la réforme réside dans les droits spéciaux, avec lesquels le nouveau droit commun des contrats entretient désormais des liens étroits. L'interprétation des textes du Code civil proches de dispositions des Codes du commerce ou de la consommation pourra ainsi être guidée par les interprétations privilégiées sur le fondement des droits spéciaux. Ainsi, l'insécurité juridique et économique résultant de l'extension à tous les contrats d'adhésion de la chasse aux clauses abusives mérite-t-elle d'être relativisée dans la mesure où l'article 1171 du Code civil pourra être interprété à la lumière des solutions fondées sur l'article L. 132-1 du Code de la consommation (nouvel article L. 212-1) et de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce, qu'elles procèdent des critères d'appréciation positifs et des listes de clauses présumées abusives fournis par le Code de la consommation, des décisions de justice rendues sur le fondement de ces règles particulières ou des avis de la commission des clauses abusives et de la commission d'examen des pratiques commerciales.

34. Contrôles de la Cour de cassation. Les garde-fous bordant la liberté d'interprétation judiciaire tiennent, d'autre part, aux contrôles des décisions du fond par la Cour de cassation.

En l'état du droit positif, il convient de reconnaître que cet encadrement a posteriori est léger puisqu'à l'exception de l'abus et de la faute, les standards et qualificatifs de mesure que l'ordonnance a déployés dans le droit commun des contrats appellent des appréciations factuelles vis-à-vis desquelles les juges des premier et second degrés sont souverains. À l'égard de nombreuses et importantes règles nouvelles, le contrôle de la haute juridiction ne devrait porter que sur le respect par les juges du fond de l'obligation de motivation et présenter, ce faisant, un caractère disciplinaire.

Il pourrait toutefois en aller autrement si la Cour de cassation décidait de qualifier certains standards de notions de droit soumises à son contrôle. Des auteurs préconisent ce contrôle accru de la Cour de cassation⁷⁴, mais des conseillers ont déjà fait part de leur hostilité à l'encontre du contrôle des standards au motif que la Cour régulatrice ne doit pas se transformer en troisième degré de juridiction⁷⁵.

En vue d'encadrer davantage l'interprétation des juges du fond, d'autres solutions sont envisageables.

La Cour de cassation pourrait contrôler la motivation des juges du fond au regard de critères d'appréciation des standards qu'elle fixerait elle-même, dans le silence de l'ordonnance. En divers domaines, ce type de contrôle, à la fois disciplinaire et substantiel, s'observe déjà. Des critères d'appréciation des délais raisonnables ont, par exemple, été posés par la haute juridiction en matière d'offre et de rupture des relations contractuelles. Des critères d'appréciation du caractère manifestement disproportionné de l'exécution ont également été précisés par la Cour de cassation dans le cadre de contrats spéciaux, tel le cautionnement. Une autre voie pourrait encore être empruntée afin de limiter la liberté d'interprétation des juges du fond. Il s'agit de la procédure d'avis⁷⁶. À l'occasion d'une réforme de l'office de la Cour de cassation, cette procédure pourrait être remaniée afin qu'il y soit recouru dans la mise en œuvre du nouveau droit commun des contrats. L'interprétation de celui-ci serait plus rapidement connue et, compte tenu de l'autorité morale qu'exerce la Cour de cassation sur les juges du fond, cette interprétation pourrait être rapidement uniforme. La sécurité juridique en serait indubitablement renforcée.

35. Pour satisfaire cet objectif primordial de sécurité juridique, les auteurs de la réforme n'ont pas placé leur confiance dans les juges, le rapport au président de la République ayant

qualifié la jurisprudence d'incertaine et de fluctuante et ayant vanté, à l'inverse, les mérites du droit codifié. Alors que la lecture de ce rapport laisse présager un recul des juges dans la mise en œuvre du droit commun des contrats, l'étude de l'ordonnance elle-même conduit à la conclusion inverse, celle d'une emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit commun des contrats. Par la délimitation du champ de la réforme et l'interprétation de son contenu, les juges redeviendront les coauteurs du droit des contrats. La sécurité juridique sera néanmoins préservée, dès lors que certaines limites à la liberté d'interprétation judiciaire existent d'ores et déjà et que d'autres garde-fous pourraient voir le jour à l'initiative du législateur, des juges eux-mêmes et également des parties, qui pourront éviter les juges par certains accords, voire des décisions unilatérales.

En définitive, la place des juges dans le nouveau droit des contrats dépendra, comme par le passé, d'un subtil dialogue entre les trois principales sources de la matière, que sont la loi, la jurisprudence et la pratique.

Notes de bas de page

1 –

V. dans le présent dossier, Meunier G., « Présentation générale de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », [LPA 30 déc. 2016, n° 122p5, p. 3](#).

2 –

La codification à droit prétorien quasi-constant s'inscrit dans l'objectif premier de la réforme, celui de sécurité juridique, mis en avant par la loi d'habilitation n° 2015-177 du 16 février 2015, le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 (JO n° 0035, 11 févr. 2016) et encore le projet de loi de ratification n° 3928 du 6 juillet 2016. En effet, le droit codifié est plus accessible que le droit jurisprudentiel et la codification de ce dernier est indispensable à la stabilité des règles sur lesquelles les contractants fondent leurs prévisions.

3 –

[C. civ., art. 1195](#). La prévention du contentieux est d'autant plus importante lorsque les règles supplétives, que des clauses peuvent écarter, présentent un caractère répulsif. Tel est le cas de ce texte qui autorise une immixtion importante du juge dans le contrat.

4 –

En raison de leur caractère extrajudiciaire, il serait préférable d'abandonner la notion d'« action » employée par le rapport au président de la République et de leur préférer celle d'interpellation (v. not. Bénabent A., « Les nouveaux mécanismes », [RDC avr. 2016, n° 112y8, p. 17](#), hors-série).

5 –

[C. civ., art. 1123](#), [C. civ., art. 1158](#) et [C. civ., art. 1183](#).

6 –

[C. civ., art. 1178](#), al. 1er.

7 –

[C. civ., art. 1225](#).

8 –

[C. civ., art. 1219](#) et [C. civ., art. 1220](#).

9 –

[C. civ., art. 1222](#), al. 1er.

10 –

[C. civ., art. 1223.](#)

11 –

[C. civ., art. 1226.](#)

12 –

Sur cet apport majeur de la réforme, v. not. Barbier H., « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », RTD civ. 2016, p. 247 ; Dupichot P., Bretzner J.-D. et Thomas M., « User des prérogatives contractuelles », JCP E 2016, 1375.

13 –

Les conditions imposées par l'article 1112-1 du Code civil sont plus contraignantes que le devoir de bonne foi sur lequel les juges fondaient jusque-là cette exigence d'information (v. not. Fabre-Magnan M., « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », JCP G 2016, p. 1218).

14 –

En particulier, l'exigence d'un « avantage manifestement excessif », qui ne figurait pas dans le projet d'ordonnance du 25 février 2015

(http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf).

15 –

« Si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ». Selon le rapport au président de la République, « le texte proposé s'analyse en une déclinaison de l'abus de droit, formulée de façon plus précise, pour encadrer l'appréciation du juge et offrir une sécurité juridique accrue ».

16 –

[C. civ., art. 1112](#), al. 2 consacrant la jurisprudence Manoukian ([Cass. com., 26 nov. 2003, n° 00-10243](#) : Bull. civ. IV, n° 186).

17 –

[C. civ., art. 1164](#) et [C. civ., art. 1165](#). La révision judiciaire du prix fixé unilatéralement dans le cadre de ces deux types de contrats et même, plus largement, dans les contrats à exécution successive, était au contraire admise par le projet d'ordonnance précité en date du 25 février 2015.

18 –

[C. civ., art. 1171](#) et [C. civ., art. 1184](#), al. 2.

19 –

L'article 1171 s'éloigne, à cet égard, du projet Catala qui avait admis la révision de telles clauses, ainsi que du projet Terré qui avait conféré un caractère facultatif à la sanction.

20 –

[C. civ., art. 1102](#) et [C. civ., art. 1103](#).

21 –

Contra : v. Mekki M., « Les juges et les remèdes à l'inexécution du contrat », [RDC juin 2016, n° 113f6, p. 400](#).

22 –

Contra : v. Revet T., « Le juge et la révision du contrat », [RDC juin 2016, n° 113g6, p. 373](#).

23 –

Sur les contrôles de nature économique et financière que la mise à l'honneur de l'équilibre contractuel impose aux juges, v. not. Barbier H., « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », préc.

24 –

[C. civ., art. 1110.](#)

25 –

[C. civ., art. 1171.](#) Sur ce nouveau droit des contrats à deux vitesses, v. not. Revet T., « Une philosophie générale ? », [RDC avr. 2016, n° 112y5, p. 5](#), hors-série.

26 –

Sur cette évolution, v. not. Brochier M., « Les nouveaux rôles du juge dans l'inexécution du contrat », *Dr. & patr.* juin 2016, n° 259, p. 44 ; Mekki M., « Les juges et les remèdes à l'inexécution du contrat », préc.

27 –

[C. civ., art. 1222.](#)

28 –

[C. civ., art. 1223.](#)

29 –

[C. civ., art. 1226.](#)

30 –

Pour différents points de vue doctrinaux, v. not. Chantepie G., « L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats », *AJCA* 2016, p. 412 ; François C., « Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 506 ; Gaudemet S., « Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP* 2016, p. 958 ; Molfessis N., « Synthèse sur la mise en œuvre de la réforme du droit des contrats », *JCP E* 2016, 1377.

31 –

[Cass. 3e civ., 23 mars 1977, n° 75-14708](#) : *Bull. civ. III*, n° 151.

32 –

[Cass. 3e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10199](#) : *Bull. civ. III*, n° 174.

33 –

[Cass. 3e civ., 10 févr. 2010, n° 08-21656](#) : *Bull. civ. III*, n° 41.

34 –

V. not. Balat N., *Essai sur le droit commun*, 2016, LGDJ ; Chagny M., *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, 2004, Dalloz ; Chagny M., « Droit commun et droit des contrats spéciaux », *RLDA* juill. 2016, hors-série, p. 9 ; Goldie-Genicon C., *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, 2009, LGDJ.

35 –

[C. consom., art. L. 111-1](#) et s.

36 –

[CCH, art. L. 721-2.](#)

37 –

[C. com., art. L. 330-3.](#)

38 –

[C. civ., art. 1104.](#)

39 –

V. not. Béhar-Touchais M., « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP* 2016, p. 391 ; Chagny M., « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJCA* 2016, p. 115 ; Deshayes O., « La formation des contrats », [RDC avr. 2016, n° 112z6, p. 28](#), hors-série ; Fenouillet D., « Le juge et les clauses abusives », [RDC juin 2016, n° 113h2, p. 358](#) ; Lagarde X., « Questions autour de l'article 1171 du Code civil », *D.* 2016, p. 2147.

40 –

V. dans ce dossier, les contributions de Champ V., Herrnberger O., Pihéry R. et Thaumiaux J.-L.

41 –

[C. civ., art. 1110](#), al. 2.

42 –

La responsabilité civile de l'auteur de la clause et la nullité de celle-ci ne sont certes pas incompatibles, mais la sanction du Code civil peut-elle être admise entre partenaires commerciaux alors que l'article L. 442-6, III, du Code de commerce réserve le droit de faire constater la nullité des clauses au ministre chargé de l'Économie et au ministère public ?

43 –

Force obligatoire du contrat et efficacité économique des contrats d'affaires versus loyauté et justice contractuelles.

44 –

[C. com., art. L. 442-6](#), III, al. 5, et [C. com., art. D. 442-3](#).

45 –

V. infra n° 21.

46 –

V. supra n° 3.

47 –

Ce, malgré la suppression des notions de bonnes mœurs et de cause et l'absence de référence aux droits et libertés fondamentaux comme bornes à la liberté contractuelle, ainsi qu'à l'état de nécessité dans le nouveau vice de violence, que le projet d'ordonnance du 25 février 2015 avait au contraire visés.

48 –

Sur lesquels, v. not. Blanc N., « Le juge et les standards juridiques », [RDC juin 2016, n° 113f5, p. 394](#).

49 –

[C. civ., art. 1104](#) et [C. civ., art. 1112](#).

50 –

[C. civ., art. 1143](#).

51 –

[C. civ., art. 1164](#) et [C. civ., art. 1165](#).

52 –

[Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18632](#) : Bull. civ. IV, n° 261 – [Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11841](#) : Bull. civ. IV, n° 115.

53 –

[Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14768](#) : Bull. civ. IV, n° 188.

54 –

[C. civ., art. 1112-1](#).

55 –

[C. civ., art. 1188](#) et [C. civ., art. 1197](#).

56 –

[C. civ., art. 1218](#).

57 –

[C. civ., art. 1222](#).

58 –

[C. civ., art. 1116](#), 1117, 1123, 1158, 1195, 1211, 1222, 1226 et 1231.

59 –

V. Viney F., « L'expansion du "raisonnable" dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable ? », D. 2016, p. 1940.

60 –

V. Fédou J.-F., « Le juge et la révision du contrat », [RDC juin 2016, n° 113f2, p. 382](#) ; Revet T., « Le juge et la révision du contrat », [RDC juin 2016, n° 113g6, p. 373](#).

61 –

Ibid.

62 –

V. not. Mekki M., « Réforme des contrats et des obligations : la promesse unilatérale de contrat », JCP N 2016, p. 5 et « Réforme des contrats et des obligations : le pacte de préférence », JCP N 2016, p. 9.

63 –

Sur ces difficultés, v. Etienney-de Sainte-Marie A., « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », [RDC juin 2016, n° 113e5, p. 384](#).

64 –

Pour d'autres illustrations, v. not. Barbier H., « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », préc. ; Peres C., « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », JCP G 2016, p. 770.

65 –

[Cass. 3e civ., 3 nov. 2011, n° 10-26203](#) : Bull. civ. III, n° 178.

66 –

[Cass. 3e civ., 3 nov. 2011, n° 10-26203](#), préc.

67 –

V. supra n° 20.

68 –

Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011 : « un comportement caractérisé par l'honnêteté, la franchise, et la prise en considération des intérêts de l'autre partie à la transaction ou à la relation en question ».

69 –

V. supra n° 21.

70 –

V. not. Fenouillet D., « Le juge et les clauses abusives », préc. ; Mekki M., « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit ? », [Gaz. Pal. 10 mai 2016, n° 262w2, p. 11](#).

71 –

V. supra n° 24.

72 –

Jean-Jacques Urvoas, compte-rendu du conseil des ministres, 10 févr. 2016.

73 –

[C. civ., art. 1102](#), [C. civ., art. 1103](#) et [C. civ., art. 1104](#).

74 –

Aynès L., « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », [RDC avr. 2016, n° 112z2, p. 14](#), hors-série ; Blanc N., « Le juge et les standards juridiques », préc.

75 –

Sturlès B., « Le juge et les standards juridiques », [RDC juin 2016, n° 113h1, p. 398](#).

76 –

V. Amrani-Mekki S., Haeri K. et Vert F., « Gérer le contentieux en évitant le juge », JCP E 2016, p. 37.