

**AVANT SEANCE**  
**La réforme du droit des contrats (Ord. 10 févr. 2016, L. 20  
avr. 2018)**

**Quelques documents...**

**Contrats et obligations - Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Libres propos par Daniel Mainguy**

Document: La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 7, 18 Février 2016, act. 151

---

La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 7, 18 Février 2016, act. 151

**Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**

**Libres propos par Daniel Mainguy professeur à l'université de Montpellier**

**CONTRATS ET OBLIGATIONS**

L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a été publiée au Journal officiel du 11 février 2016 Cette présentation, rapide, propose en premier des observations générales, avant d'envisager les innovations en droit des contrats, du régime général ou de la preuve des obligations L'entrée en vigueur de ces dispositions est prévue pour le 1er octobre 2016.

[Accès au sommaire](#)

Le droit légiféré français des contrats a, enfin, été réformé, par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

**Utilité de la réforme.** - C'est une heureuse réforme et ce, pour plusieurs raisons. En premier, et contrairement à ce que l'on dit ou écrit souvent, les règles du droit des contrats du Code civil n'étaient pas très bien rédigées et avaient beaucoup vieilli. Même si c'est surtout vrai des règles sur les contrats spéciaux, il restait de nombreuses confusions entre obligation et contrat par exemple (par ex : art. 1129, 1131, 1133, 1142, etc.), des règles contradictoires, voire obsolètes, comme le mystère de l'obligation de donner. En outre, le Code civil de 1804 se fondait sur un modèle de contrat hésitant entre la vente, le bail et le contrat d'entreprise, où ce sont aujourd'hui les contrats de longue durée qui posent difficulté.

La réforme fait suite à près de soixante-dix ans de tergiversations, depuis les travaux de la Commission de révision du Code civil après la seconde guerre mondiale, puis l'action réformatrice de Carbonnier, écartant le sujet au profit d'une action européenne future supposée, jusqu'aux célébrations du bicentenaire du Code civil où le président de la République suscitait une telle réforme, incitant les juristes à s'y plonger, aiguillonnés par le rapport *Doing Business* de 2003 ou les travaux à l'échelon de la doctrine européenne, entre Code européen des contrats (dit « Projet de Pavie), Principes du droit européen des contrats, principes Unidroit, etc. « Avant-projet de loi Catala », « Projet Terré

» et « Projet de la Chancellerie » de 2009 ponctuèrent alors un débat aimable, jusqu'à la discussion d'un projet de loi de simplification du droit, fin 2013, aboutissant à la loi du 16 février 2015 et, finalement, l'ordonnance du 10 février 2016. Réforme à la hussarde a-t-on parfois raillé ; pas plus que son illustre prédécesseur.

Une deuxième raison de satisfaction correspond à la manière de présenter le droit français par les juristes français. Celle-ci se fonde sur l'idée que le droit français serait tout entier établi sur le primat de la loi écrite, que les juges n'auraient plus qu'à appliquer, ensemble qui serait sublimé par le « code », le Code civil notamment, dont Carbonnier a pu dire qu'il était la « constitution civile des français », pas moins, comme si le Code civil s'inscrivait dans une hiérarchie particulière dans l'ensemble des lois. Par l'existence des codes seraient vérifiées des exigences d'intelligibilité, d'accessibilité, de complétude du droit, voire de garantie de cette existence. Qu'on adhère ou pas à cette présentation (nous n'y adhérons pas), elle demeure très partagée, y compris par les juristes étrangers qui posent leur regard sur le droit français. Or, le droit des obligations était devenu, de ce point de vue, incompréhensible, inaccessible, incomplet voire non garanti puisque les principaux problèmes contemporains n'y figuraient pas ou faisaient l'objet d'interprétations très éloignées des textes supposés fonder la simple « application » de la loi par les juges (l'action directe, l'équilibre des prestations dans le contrat, la négociation, la circulation du contrat, l'existence d'obligations inhérentes au contrat, la résiliation, la résolution unilatérale, la révision pour changement des circonstances économiques, la durée, etc.). Le Code civil pourra à nouveau être présenté selon la méthode qui est traditionnellement celle du récit du droit français, avec plus d'efficacité, au moins pour quelque temps, celui nécessaire à de nouvelles interprétations judiciaires. Observons que c'est déjà faux : bien des questions ne sont pas traitées par le Code civil version 2016, pas plus qu'elles ne l'étaient par le Code civil version 1804, de sorte qu'il convient déjà de se référer à la jurisprudence pour déterminer bien des régimes juridiques d'institutions contractuelles (songeons à la promesse synallagmatique de contracter, à l'action directe en responsabilité, aux définitions de différentes clauses, etc.) ; les règles du droit des contrats spéciaux, notamment celles totalement obsolètes ou inexistantes du contrat d'entreprise, demeurent inchangées, ou celles, maigres, confuses et ambiguës, des contrats d'affaires (*C. com.*, art. L. 330-1 s., L. 441-3 s., L. 442-6) et, qu'enfin, bien des règles nouvelles suscitent déjà, et avant même leur entrée en vigueur, débats et interprétations.

Une troisième raison repose sur la nécessité de disposer d'un « outil » normatif efficace dans un contexte de concurrence des droits, qu'il s'agisse de la mesure de l'efficacité des droits, comme le fait (de manière contestable ou non) le rapport *Doing Business* de la Banque Mondiale, de situations de négociation de conventions internationales où les modèles juridiques sont confrontés, voire plus prosaïquement lorsqu'il s'agit de promouvoir le droit français dans le choix d'une loi contractuelle dans un contrat international, et dans le dessein de promouvoir le *french legal business*. De ce point de vue c'est assez efficace, notamment au regard de la promotion de la sécurité juridique attendue d'un contrat, notamment au stade de l'exécution des contrats ; tant pis, alors, pour la cause, trésor « romantique » du droit français, inconnue des législations anglo-américaines.

La quatrième raison souvent avancée, et parfois présentée comme la première, est la nécessité pour le droit des contrats de s'adapter à l'évolution du monde. Fabriqué au temps des calèches et des premiers toussotements de la machine de Papin ou des frères Montgolfier, le droit des contrats aurait eu besoin d'une sérieuse cure de rajeunissement. D'autres considérations techniques entrent en jeu, le fait que le centre de gravité du droit des contrats s'est déplacé vers la prise en compte de l'ordre public, de l'intérêt général. L'irruption de contraintes sociales ou économiques conduit à l'organisation d'un droit du travail, de la consommation, de la concurrence par exemple, puissants, organisés et spécialisés, contre un droit des contrats désuet, non sans contradiction entre ces blocs d'ailleurs (*C. consom.*, art. L. 132-1 ; *C. com.* art. L. 442-6, etc.). Ce droit des contrats était désuet également parce que centré autour « des différentes manières dont on acquiert la propriété » et plus spécifiquement de la vente alors qu'aujourd'hui les objectifs contractuels sont différenciés et que les « grands contrats », les contrats d'affaires, sont des contrats de durée, des contrats de contrepartie et d'intérêts variables dans le temps, lesquels sont ignorés du Code civil dans leurs principes comme dans leurs effets, mais encore le fait que les grands litiges mettent en œuvre des débats connexes sur la « validité » de la norme applicable, au regard de « droits fondamentaux » qui sont des valeurs positivées où règne la méthode la proportionnalité entre les exigences contraires, déhiérarchisant les valeurs,

notamment les valeurs d'ordre public face à leur contraire, etc. Ce constat n'est pas inexact : le droit « légiféré » des contrats est d'expression ancienne, d'ailleurs antérieure au Code civil lui-même, dans un contexte de faible juridicisation et dans un état autoritaire, et non dans un État de droit moderne. On pourrait opposer que le droit des contrats, entendu comme l'ensemble des règles applicables, textes de loi et interprétations, est au contraire parfaitement contemporain. Il était certes devenu un droit d'érudits, un droit jurisprudentiel et complexe, mais pas davantage que le droit administratif français ou le droit anglais des contrats.

Il est parfaitement clair que la réforme des contrats ne se contente pas d'un simple toilettage ou d'une méthode de codification à droit constant en ce sens que la réforme se serait contentée de reprendre les solutions jurisprudentielles établies. Bien au contraire il s'agit d'une véritable réforme, d'ampleur, avec des modifications remarquables. L'effet de masse d'une telle réforme aboutit à une certaine surestimation de son importance, ce que pourrait tempérer le souvenir de la formule du Guépard de Lampedusa « il faut que tout change pour que rien ne change ». Cette présentation, rapide, propose en premier des observations générales (1), avant d'envisager les innovations en droit des contrats (2), du régime général ou de la preuve des obligations (3).

### 1. L'architecture et l'entrée en vigueur du nouveau droit français des contrats

Le premier changement repose sur la présentation du droit des contrats, son plan, ou mieux, son architecture. Sans entrer dans les détails, on constate que le titre III du livre III du Code civil proposait un plan finalement assez approximatif, où se mêlaient des considérations générales sur le contrat, sur la preuve du contrat ou des obligations, le régime des obligations. Par exemple l'article 1184 du Code civil, siège de l'interprétation des questions relatives à la rupture d'un contrat, s'inscrivait dans le chapitre relatif aux conditions. Désormais, les questions sont nettement identifiées. Trois titres se succèdent, le titre III « Des sources d'obligations », qui succède à l'ancienne désignation « des contrats ou des obligations conventionnelles en général », et qui comprend trois sous-titres, « Le contrat » (sous-titre I), « La responsabilité extracontractuelle » (sous-titre II) et « les autres sources d'obligations » (sous-titre III) c'est-à-dire des quasi-contrats, largement modernisés, puis le titre IV « Du régime général des obligations » (anciennement « des engagements qui se forment sans convention ») et le titre IV *bis* « De la preuve des obligations » (qui était le titre consacré à la responsabilité du fait des produits défectueux). La césure est indubitablement meilleure. Elle série les difficultés et scinde les questions relatives au contrat, dans son entier, et aux obligations, contrairement à la présentation de 1804 qui présentait ce défaut majeur de confondre systématiquement contrat et obligations. Dans cette présentation, on distingue, dans le sous-titre I (Le contrat) du titre III (Des sources d'obligations), une vocation didactique évidente. Par exemple, l'article 1100 distingue les actes juridiques et les faits juridiques, par ailleurs définis, et une définition des « obligations naturelles » devenues obligations nées d'un « devoir de conscience envers autrui ». Le chapitre 1er consacre des « Dispositions préliminaires », en retrait par rapport aux « Principes directeurs » du contrat un temps proposés qui reprend, de manière moderne, l'ancienne litanie des définitions du contrat. Apparaît ainsi (*C. civ., art. 1102*) une définition de la liberté contractuelle qui fait son entrée dans le code pour la première fois avec sa quadruple déclinaison et ses limites, mais disparaît la modernisation de l'article 6 du Code civil et la référence aux droits et libertés fondamentaux, pour ne conserver que la réserve d'ordre public. Apparaît également un nouvel article 1103 du Code civil promouvant la bonne foi : « *Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi* », faisant remonter l'ancien et fameux alinéa 3 de l'article 1134 qui s'enrichit d'une référence à la « formation » du contrat. Le texte aurait pu pousser l'audace jusqu'à la rupture du contrat, laquelle n'est pas avare de sa référence. L'article 1107 distingue les contrats consensuel, formel et réel (d'une manière si générale que des contrats réels nouveaux pourraient être suggérés) et, nouveauté, le contrat d'adhésion ou le contrat cadre (art. 1110).

**Entrée en vigueur.** - L'entrée en vigueur de ces dispositions est prévue pour le 1er octobre 2016, avec le rappel de la classique survie de la loi ancienne aux contrats en cours. Toutefois l'article 9 de l'ordonnance impose l'application immédiate (au 1er octobre 2016) des alinéas 3 et 4 de l'article 1123 du Code civil (pacte de préférence), de l'article 1158 et 1183 qui mettent en œuvre les nouvelles « actions interrogatoires », outre la prise en compte des règles d'ordre public, à déterminer, qui s'appliquent également dès le 1er octobre 2016, y compris aux contrats en cours. Or,

bien de ces dispositions nouvelles sont d'ordre public, souvent « de protection », les règles relatives à la validité du contrat ou du consentement, la « prohibition » des engagements perpétuels, etc., ce qui donnera lieu à quelques belles passes d'armes judiciaires. L'article 9 de l'ordonnance prévoit également que « *lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne* », règle qui vaut également « en appel et en cassation ». On pourrait donc avoir des stratégies, visant à réfléchir à la date de conclusion de contrats, avant ou après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, ou à l'engagement d'une action en justice, selon les cas.

## 2. Les innovations du droit des contrats

Il faudra des années d'interprétations, de débats judiciaires, de commentaires, pour rendre compte exactement du sens de la réforme, car nul ne doute que, malgré tous les efforts des rédacteurs et des commentateurs, l'ensemble de ces normes nouvelles, aussi spectaculaires et didactiques qu'elles sont présentées, ne sont pas à l'abri d'imprécisions, de manques ou tout simplement de sources d'interprétations divergentes. Il suffit de se plonger dans les dispositions relatives au contenu du contrat, par exemple pour se rendre compte des mines de difficultés qu'elles suscitent déjà (la cause, expressément disparue, n'est-elle pas sous-jacente dans les règles relatives à la contrepartie ou dans le « but » de l'article 1162 ?).

Un certain nombre de questions majeures, cependant, attirent l'attention immédiatement ce dont on peut, rapidement, rendre compte. Nous écarterons donc les dispositions qui nous paraissent moins importantes, par exemple les questions relatives au processus de formation du contrat, aux vices du consentement, etc., sauf sur quelques points saillants.

À titre liminaire cependant, on formule plusieurs remarques.

**Requiem et Te deum.** - Surprise en premier lieu, en forme de *Requiem*, dans la disparition de l'alinéa 1er de l'ex-article 1134 et sa célèbre (et ambiguë) formule « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » qu'on trouvait encore dans l'avant-projet, ou la disparition de l'article 1382, devenu article 1240 du Code civil, ou de la notion d'« acte sous seing privé » (*art. 1359*), et même du mot « convention » systématiquement remplacée par « contrat ». Surprise encore (atténuée par la présentation du projet) mais en forme de *Te Deum* à travers l'affirmation du principe de liberté contractuelle, celui de la bonne foi à tous les stades du contrat, la précision des règles relatives à l'effet relatif du contrat et l'affirmation que « on peut stipuler pour autrui » qui ravira les assureurs, le développement de procédures contractuelles modernes, telles que la technique de la « notification », par exemple pour résoudre unilatéralement un contrat, ou à travers les « actions interrogatoires », par exemple lorsqu'un contractant soupçonne que son partenaire est en lien avec une partie, par un pacte de préférence (pour des ventes d'immeuble ou des cessions de titres), ou doute de l'étendue réelle des pouvoirs de son cocontractant, ou encore pour se renseigner sur l'intention d'un contractant susceptible de se prévaloir d'une nullité relative (*C. civ., art. 1123, 1151, 1183*) qui sont des techniques très efficaces, et extrajudiciaires, permettant de conforter un droit et se prémunir contre une action judiciaire hypothétique future.

**Philosophie(s) de la réforme.** - Une deuxième remarque, en forme d'interrogation sur la « philosophie » de la réforme, alors que celle-ci est présentée comme plaçant la protection de la partie faible en son centre, tandis qu'on pourrait déceler ce qui pourrait ressembler à une forme de contradiction dans cette réforme. En effet, celle-ci ne se présente pas comme une réforme à « droit constant », où il se serait agi d'inscrire dans la loi les évolutions jurisprudentielles acquises. Au contraire, la réforme est tout à la fois une série d'inscriptions dans la loi de telles avancées, et une série d'innovations, voire de ruptures avec le droit antérieur, légiféré ou jurisprudentiel. Certaines de ces innovations s'inscrivent dans une logique relevant de l'esprit, disons « solidariste » ou marquée par un esprit de « justice contractuelle », tandis que d'autres s'inscrivent nettement dans une logique inverse, de sécurité juridique, parfois martiale. D'où la contradiction qu'exprime le rapport accompagnant la réforme : « la sécurité juridique est ainsi à la fois l'un des objectifs de l'ordonnance et le moyen d'atteindre les autres buts, dont celui de la justice contractuelle ». Ainsi, la suppression de la « cause », à supposer qu'elle ne se retrouve pas dans le terme « but » (*art.*

1162) est largement compensée par les règles sur la fixation du prix dans les contrats cadres (art. 1164) ou des services (art. 1165), du prix dérisoire (art. 1169), de l'obligation essentielle (art. 1170), du déséquilibre significatif (art. 1171), auxquelles s'ajoutent celles concernant l'isolement de l'exigence de bonne foi dans la formation du contrat (art. 1103), l'information précontractuelle d'information (art. 1112-1) ou la gestion de l'imprévision (art. 1195), etc., qui illustrent ce souci de « justice contractuelle ». À l'inverse, on peut être plus surpris du durcissement observé dans certaines règles. C'est le cas, global, de la question de l'exécution forcée des obligations et des contrats. En effet, on peut considérer, quoi que cette question soit très disputée, que le droit positif actuel propose le principe de l'exécution forcée des obligations par équivalent, avec de multiples exceptions (art. 1142, version 1804), ou encore de l'exécution forcée des contrats, notamment dans le cas des promesses unilatérales de contracter, ou des contrats en général, avec la question acquise aujourd'hui de l'efficacité de la rupture unilatérale d'un contrat, même sans motif depuis l'arrêt *Clinique des ormeaux* de 1998. Or, la réforme renverse totalement cette présentation. L'exécution forcée des obligations (art. 1221), même avec la réserve du « déséquilibre manifeste » pose le principe de l'exécution forcée en nature des obligations, de même qu'est posé le principe de l'« obligation » d'exécuter un contrat jusqu'à son terme (art. 1212), la possibilité d'ordonner l'exécution du contrat, en cas de résolution unilatérale de celui-ci (art. 1228) et bien entendu le renversement de la jurisprudence en matière de promesse de contracter (art. 1124). Justice contractuelle, sécurité juridique selon les cas, aux stades de la formation (A) ou de l'exécution (B) du contrat.

#### **A. - La formation du contrat**

La question de la formation du contrat pêchait, écrivait-on souvent par défaut de précision quant à la négociation ou au « processus » de formation du contrat, la question de l'offre et de l'acceptation, des conditions générales, etc., notamment par comparaison avec les grands textes de droit des contrats, de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises aux Principes pour un droit européen des contrats, par exemple. Ce défaut est pallié, sans grande surprise.

La négociation fait l'objet de précisions essentielles, sous l'égide de la « bonne foi » (art. 1112) et de l'exclusion de la réparation de la perte de chance, reprenant la jurisprudence établie, mais également avec l'introduction de l'exigence d'un « devoir » (et non une « obligation » au sens de l'article 1100) précontractuel d'information, totalement réécrit (et déplacé) par rapport au projet, dont un partenaire connaît ou devrait connaître l'importance pour l'autre, sauf sur la valeur de la chose (référence à la question du « dol de l'acheteur » et à la jurisprudence *Baldus*). S'ajoute une référence au secret de la négociation et à la faute dans l'utilisation d'une information donnée comme essentielle.

L'offre et l'acceptation font également l'objet de précisions substantielles (art. 1113 à 1122) dans le détail desquelles on ne s'attardera pas, sinon pour faire observer que rien n'est surprenant au regard des canons de la matière, y compris la question du traitement des conflits de conditions générales d'achat et de vente, ou de conditions générales et particulières (art. 1119). On peut ajouter ici les dispositions concernant les contrats conclus par voie électronique (art. 1125 à 1127-6), à lier d'ailleurs avec les questions relatives à la preuve par écrit (art. 1364 et s.) ou à la forme du contrat (art. 1174 et s.).

Les contrats préparatoires, plus exactement les pactes de préférence ou les promesses unilatérales de contracter, sont, en revanche, l'objet de dispositions substantielles, à la hauteur de la controverse jurisprudentielle et doctrinale dont elles ont été l'objet (*À propos de l'affaire de la rétractation de la promesse de vente : JCP G 2012, 808*). Les articles 1123 et 1124 nouveaux proposent ainsi la définition et le régime de ces deux contrats préparatoires. Toutes les propositions de réforme souhaitaient, en effet, rompre avec la jurisprudence *Cruz* de 1993 et ses suites s'agissant des promesses, et figer dans le marbre le régime du pacte de préférence. Rappelons que la jurisprudence actuelle considère, s'agissant de la promesse unilatérale, que la rétractation par le promettant, avant que le bénéficiaire ait levé l'option, fait obstacle à la formation du contrat promis, ne permettant donc pas une exécution forcée en nature du contrat (à supposer que le bénéficiaire lève finalement l'option malgré la rétractation) et que, s'agissant des pactes de préférence, la révocation de celui-ci (notamment parce que le contrat préparé a été conclu avec un tiers), ne permet la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers qu'à de strictes conditions : la connaissance par le bénéficiaire du

pacte et l'intention de ce dernier de s'en prévaloir. Cette solution est conforme aux règles du droit des contrats et favorise tous les intervenants, sauf le bénéficiaire, et encore, ou à réparer fortement le préjudice subi, y compris de frustration, situation qui aurait pu être traitée par une grande rigueur dans l'attribution de dommages et intérêts, voire par une rédaction habile des clauses ou contrats de promesse.

Au-delà des définitions proposées par la réforme, la doctrine majoritaire sera sans doute satisfaite par le régime nouveau de la promesse : l'article 1124, alinéa 2 dispose que « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* » et l'alinéa 3 que « *le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* ».

On pourra faire observer que cette formule n'est pas tout à fait aussi efficace que la doctrine qui combattait la jurisprudence développée depuis 1993 aurait pu l'espérer. La jurisprudence tirera les conséquences de ces dispositions mais on peut faire remarquer que les raisons qui ont justifié cette jurisprudence sont toujours présentes (comment contraindre un contractant qui ne souhaite pas conclure un contrat ?). En outre, si la révocation n'empêche pas la formation du contrat promis, à suivre la formule de l'article 1124, la nullité du contrat conclu avec le tiers suppose, logiquement, que le tiers soit de « mauvaise foi » et connaisse l'existence de la promesse, voire l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce qui demeure un obstacle de taille. En outre, il convient, préalablement, que l'exécution forcée en nature du contrat, dans les conditions de l'article 1221, soit possible. S'agissant du pacte de préférence, l'article 1123 reprend les solutions de l'arrêt de la chambre mixte de 2006 à savoir la possibilité de substituer le bénéficiaire dans les droits du tiers (mais comment, et à quel prix ?) si ce dernier connaissait l'existence du pacte et son intention de s'en prévaloir, justifiant une action interrogatoire à l'attention du bénéficiaire pour obtenir une confirmation écrite dans un délai raisonnable, alors qu'une « mention » doit prévoir qu'à défaut de réponse, le bénéficiaire perd toute action contre le tiers, dont l'usage généralisé, au moins dans les ventes d'immeuble, devrait pouvoir tarir le contentieux.

Les vices du consentement sont envisagés de manière globale, et non plus de manière séparées (art. 1130), notamment pour préciser le caractère déterminant des conséquences du vice sur le consentement comme point commun et principal à tous les vices, erreur, dol et violence, la lésion disparaissant du paysage. On trouve alors les principales avancées de la jurisprudence, relatives à l'erreur de droit ou de fait, l'erreur sur les motifs, l'erreur sur la valeur (art. 1136), la réticence dolosive, le dol du tiers, la violence par l'exercice d'une voie de droit et, enfin et surtout, la violence économique. L'article 1143 est en effet l'un des textes majeurs de la réforme, introduisant la solution issue des arrêts de 2000 et 2002, réécrit par rapport au projet : « il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». Les situations de dépendance sont souvent identifiées dans des contrats, par exemple dans les contrats de distribution en présence d'une clause d'exclusivité, sans toutefois en tirer de conséquence, hormis celles de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce, reprises ici à travers la notion d'« avantage manifestement excessif », et permettant alors l'annulation de la stipulation qui en résulte, les termes permettant toutefois de limiter la mesure à des situations extrêmes, « manifestes ». Enfin l'action en nullité ne se prescrit qu'à compter de la cessation du cas de violence (art. 1144), sans le délai maximal de vingt ans que proposait le projet tandis que la question des restitutions est envisagée dans le régime général des obligations (art. 1352 et s.).

**Contenu du contrat : Adieu la cause, ou au revoir ?** - Autre innovation majeure, celle de la suppression de la cause et de l'objet, du moins formellement, et leur remplacement par une formule plus générale sur le contenu du contrat, qui doit être « licite et certain » (art. 1128) et qui se situe à la frontière entre les conditions de validité et d'exécution du contrat. Malgré tous les efforts de ses promoteurs depuis la publication du projet, le plaidoyer en faveur de la cause n'a pas eu de succès, encore que la notion de « but » du contrat (art. 1162) pourrait bien servir de succédané à la cause du contrat, la cause de l'obligation, sa contrepartie, faisant l'objet de dispositions innovantes. Les articles 1162 et suivants développent ainsi ce que doit être le contenu licite et certain d'un contrat, sans le mot « cause » mais avec le « but », alors que le terme « objet » est repris (art. 1163). Est-ce vraiment un changement

irréversible ? Gageons que la jurisprudence de la Cour de cassation saura surprendre les commentateurs si le besoin d'une interprétation audacieuse se fait sentir.

Les dispositions des articles 1162 et suivants, en effet, organisent ces règles autour de deux logiques, d'une part celles qui s'imposent pour la validité du contrat, et d'autre part les règles qui assurent l'équilibre des prestations réciproques dans le contrat.

Du point de vue de la validité du contrat, où on ne voit pas ce qui, dans la formule de l'article 1162 ou 1163 pourrait permettre de considérer que les règles en la matière ont véritablement changé malgré l'abandon formel des bonnes mœurs, demeure traditionnellement l'exigence d'un « contenu » existant, déterminé ou déterminable. Ces règles s'affinent en revanche, avec l'entrée de la question tranchée par les célèbres arrêts du 1er décembre 1995 à savoir que dans les contrats cadre et à exécution successive, le prix peut être fixé unilatéralement sauf contrôle de l'abus dans la fixation du prix (art. 1164), ou bien par la question de la détermination du prix dans le contrat d'entreprise (art. 1165) qui peut être fixé par le créancier pour autant qu'il puisse le justifier, ce qui revient à peu près à la jurisprudence sur la contestation des honoraires, avec en outre la possibilité, à défaut de prix déterminé, de demander au juge de fixer le prix en fonction « des attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages, ou du montant de la contrepartie ».

S'agissant de l'équilibre des prestations réciproques, notons que c'était ce sujet qui fondait les évolutions de la notion de cause, autour de la question de la potestativité ou du contournement de l'impossibilité de sanctionner la lésion comme vice général. Simplement plutôt que retenir une notion de cause qui permettait toutes les interprétations possibles, la réforme préfère s'en tenir à un certain nombre d'exemples, tout en évitant le contrôle débridé du « défaut d'équivalence des prestations » (art. 1168). Ainsi, la jurisprudence sur le « prix dérisoire » ou le « prix vil », basé autrefois sur le fondement de l'absence partielle de cause est désormais une cause de nullité du contrat (art. 1169), situation à laquelle pourrait être rapprochée celle tirée d'un défaut de contrepartie à un engagement, comme dans la très célèbre affaire *Point-club Vidéo*, tout comme la jurisprudence *Chronopost* en ce que qu'elle identifie, et répute non écrite, une clause qui « prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur » (art. 1170).

De même, et c'est l'un des ajouts les plus remarquables de la réforme, peut-être le plus important de l'ensemble, l'article 1171 transpose le mécanisme du contrôle des clauses exagérées dans tous les contrats : une clause « qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite », l'alinéa 2 limitant le contrôle en l'excluant pour les clauses qui portent sur l'objet ou le prix du contrat, réservant donc son application aux clauses « marginales », ou plus exactement « non essentielles ». Surtout, la réforme limite la portée de l'innovation aux seuls « contrats d'adhésion », ce qui était âprement discuté depuis la publication du projet. Le contrat d'adhésion est par ailleurs celui « dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par les parties » (art. 1110), formule qui permettra au juge de contrôler le domaine d'application de l'article 1171. La plupart des contrats de distribution, les contrats de prêts, etc., peuvent être considérés, de ce point de vue, comme des contrats d'adhésion. La réforme est ainsi à la fois plus importante et plus limitée que le régime des clauses abusives de l'article L. 132-1 du Code de la consommation et de celui des clauses exagérées de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Le contrôle des clauses exagérées n'était pas inconnu du droit des contrats, mais il se fondait sur l'utilisation, souvent critiquée, de la cause. Dans le même temps, le droit de la consommation connaît un régime de contrôle des clauses exagérées ou disproportionnées, à travers le jeu de l'élimination des clauses dites abusives, moins efficace qu'on veut bien le croire, même avec le renfort processuel d'actions exorbitantes du droit commun offertes aux associations de consommateurs. Les règles de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce créent en outre un mécanisme voisin, sanctionnant un déséquilibre significatif pouvant porter sur les clauses intéressant le prix ou l'objet (c'est même l'intérêt de ce texte), mais par une sanction fondée sur un mécanisme de responsabilité civile, éventuellement avec le renfort du jeu de ce que l'on appelle « l'action du ministre » (*C. com., art. L. 442-6, III*) pour obtenir l'annulation éventuelle de la clause ou du contrat, et une amende civile qui peut s'élever à deux millions d'euros. L'article 1171 est donc, pour chacun de ces textes tout à la fois en retrait et en avance. En retrait de l'article L. 132-1 du Code de la consommation faute de listes de clauses à éliminer, en avance

du fait de la généralisation à tous les contrats ; en retrait de l'article L. 442-6, I, 2° en raison de son alinéa 2 et de la limitation aux contrats d'adhésion, en avance du fait de la sanction proposée, la « suppression » de la clause.

À première vue l'innovation est formidable en ce qu'elle offre un fondement légal à toutes les actions permettant de critiquer une clause considérée comme exagérée, et d'éviter ce faisant une complexe démonstration sur le terrain de la cause, comme c'était jusqu'à présent le cas : de ce point de vue, le travail du plaideur est simplifié. À seconde vue, cependant, cette simplicité suppose que la démonstration du caractère « significatif » du déséquilibre qui résulte de la clause litigieuse soit aisée à présenter. Or on peut penser que c'est évidemment sur ce terrain que la réforme se présente de manière raisonnable, tout comme la révision des clauses pénales (*L. n° 75-597, 9 juill. 1975 modifiant les articles 1142 et 1231 du Code civil sur la clause pénale : JO 10 juill. 1975, p. 7076*), avait pris soin de ne l'envisager que pour des situations où la pénalité était « manifestement » excessive ou dérisoire. Ce sont, ici comme là, les excès contractuels qui sont visés, et non les points limites, et on songe à toutes sortes de situations, celles connues de certaines clauses comme les clauses relatives au litige, les clauses de non-concurrence, de non-réaffiliation, d'exclusivité, etc. ; les plaideurs déborderont d'imagination.

Ajoutons pour conclure sur le terrain de la formation du contrat, que la réforme intègre des règles relatives à la forme du contrat (art. 1172 à 1177), des règles substantielles relatives à la nullité du contrat (art. 1178 à 1185), dont l'action interrogatoire en matière de confirmation d'une nullité relative (art. 1183), la caducité du contrat (art. 1186 et 1187), et notamment la caducité dans une situation d'indivisibilité contractuelle et l'interprétation du contrat, dont la suppression de la formule de l'article 1162 qui imposait une interprétation en faveur du débiteur, pour la remplacer par une référence au standard d'une personne raisonnable placée dans la même situation.

#### **B. - L'effet du contrat**

Au stade de l'exécution du contrat, plusieurs innovations méritent attention. Le changement est ici très important : outre la disparition du principe classiquement proposé de la force obligatoire du contrat, avec la formule discutable mais célèbre de l'ex article 1134, alinéa 1er, apparaissent des règles sur l'effet translatif du contrat (art. 1196), sur l'effet du contrat à l'égard des tiers, sur l'effet relatif et opposabilité du contrat aux tiers, et des tiers aux contractants, et une rénovation du régime de la simulation (art. 1201 et 1202). Apparaissent surtout des modifications profondes que l'on peut décrire rapidement.

**Changement de circonstances économiques.** - En premier, la question de la gestion de « l'imprévision » dans les contrats. Celle-ci se présente comme la consécration de la thèse voulant que cette question s'impose comme relevant d'une logique de renégociation du contrat : face à un changement de circonstances imprévisible (et « non accepté »), la « victime » de celui-ci peut demander la renégociation du contrat, et son refus pourrait être considéré comme une faute justifiant la résolution du contrat, dans la suite jurisprudentielle issue de l'arrêt *Huard* de 1992. Elle peut également relever d'une logique d'adaptation judiciaire du contrat, comme inversion de l'arrêt *Canal de Craponne*, où le juge pourrait « réécrire » le contrat. L'article 1195 du Code civil propose les deux formules successivement. D'abord la proposition de renégociation et, en cas d'échec ou de refus, la possibilité de demander « d'un commun accord », une adaptation du contrat par le juge (peu crédible si la renégociation a échoué) ou la demande faite par l'une des parties « de réviser le contrat ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ». Les questions en suspens sont considérables : qu'est-ce qu'un changement imprévisible qui rend l'exécution excessivement onéreuse, la succession de conditions ne va-t-elle pas tuer le texte dans l'œuf, quels sont les pouvoirs du juge : peut-il réviser si cela ne lui est pas demandé, etc. ?

**Durée.** - En deuxième la question de la durée des contrats. Cet ajout est très opportun si l'on admet que le modèle des contrats litigieux est celui des contrats de longue durée, souvent des contrats d'affaires. Ainsi, l'exception de perpétuité est consacrée (art. 1210), encore que sans définition ni sanction nette, de même que le principe de la liberté de mettre fin à un contrat à durée indéterminée (art. 1211) ou encore l'obligation d'exécuter un contrat à durée déterminée jusqu'à son terme, et pose donc la question de savoir si le principe est celui de l'exécution forcée en

nature de ce type de contrat (que la jurisprudence pourrait parfaitement contrarier), la question de la prorogation ou de la reconduction du contrat, etc.

**Inexécution des contrats.** - En troisième, la question de l'inexécution du contrat, et ses sanctions. Les modifications sont ici considérables, d'abord par une liste des « remèdes » à l'inexécution des contrats (art. 1217), une (re)définition de la force majeure (art. 1218), y compris dans ses effets (suspension et/ou résolution), la question de l'exception d'inexécution, y compris par anticipation (art. 1219 et 1220), la réduction du prix (art. 1223), les restitutions post-résolution (art. 1229 et V. art 1352 et s.), l'exécution forcée en nature (art. 1221) affirmée par principe, sauf impossibilité ou « disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier » ce qui est un regard (trop) appuyé sur quelques affaires de construction, mais surtout l'inversion des mécanismes de résolution. Aujourd'hui, le principe est celui de la résolution judiciaire, éventuellement contractuelle, et une résolution unilatérale admise par la jurisprudence. Désormais, la résolution est, par principe, le résultat d'une clause résolutoire, ou d'une résolution unilatérale, par notification, en cas d'inexécution grave du contrat par l'autre partie ; la résolution judiciaire, toujours possible, demeurant alors résiduelle. Reste une difficulté majeure : la résolution unilatérale, faiblement justifiée, d'un contrat à durée déterminée demeure-t-elle efficace ? Jusqu'à présent la réponse était positive, jusqu'aux promesses de contracter. Mais demain : le créancier a « droit à l'exécution de l'obligation » (art. 1341), l'exécution forcée en nature est de principe, le « contrat conclu pour une durée déterminée doit être exécuté jusqu'à son terme » (art.1212) et le « juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat » (art. 1228). La sécurité juridique est ici maximisée : on peut prévoir, là encore, de belles batailles.

### 3. Le régime général et la preuve des obligations

Cette partie de la réforme est celle qui a attiré le moins de commentaires ou remarques ; il est vrai que ce sont des dispositions particulièrement techniques, réservées à des spécialistes et dont on ne perçoit pas nécessairement l'utilité pratique immédiate, sauf lorsqu'on est un banquier. Le régime général des obligations est en effet tout à la fois un exposé des règles prévalant pour toutes les obligations et un ensemble de techniques permettant de valoriser des créances ou des dettes. Ainsi trouve-t-on des développements sur les conditions et le terme, rafraichis, par exemple sur la question de la renonciation à une condition stipulée dans l'intérêt exclusif d'une partie (art. 1304-4), puis sur les obligations plures (cumulatives, alternatives, facultatives mais manquent les obligations conjonctives), les obligations divisibles ou solidaires, qui ne présument toujours pas (art. 1310), avec de nombreuses dispositions précises. Puis les dispositions relatives aux « opérations sur obligations », qui ont le mérite d'annoncer clairement leur but. Sont ainsi précisées les opérations de cession de créances (art. 1321) qui deviennent, enfin, opposables aux tiers à sa date (art. 1323), et dont le régime (opposabilité des exceptions, conflits entre cessionnaires successifs, etc.) est précisé ; la « cession de dette » (art. 1327 s.), grande nouveauté, autonome de la délégation de créance (art.1336 s.), imposant le consentement du débiteur cédé pour son efficacité et un second consentement pour la rendre libératoire (art. 1327-2) ; la novation (art. 1329).

Enfin, les actions ouvertes aux créanciers, dont les actions obliques et pauliennes (art. 1341-1 et 2) et l'action directe en paiement (art. 1341-3), qui s'ouvre sur la pétition du « droit à l'exécution du contrat » (art. 1341, V. *supra*), curieusement séparée de la mise en demeure (art. 1344) du débiteur ou du créancier et la délicate question du séquestre (art. 1345-1) ou des questions relatives à « l'impossibilité d'exécuter » (art. 1351), puis « l'extinction des obligations » dont le paiement, avec l'entrée dans le code d'une multitude de dispositions pratiques, par exemple la question des dettes de valeurs, la question de l'unité de paiement ou de compte (art. 1343-3), la subrogation (art. 1346 s.), la compensation (art. 1347 s.), la confusion (art. 1349) la remise de dette (art. 1350 s.).

Enfin la question de la preuve, là encore trop complexe pour être décrite longuement mais dont on isolera la question des contrats sur la preuve (art. 1356), l'affirmation selon laquelle « nul ne peut se constituer de titre à soi-même » (art. 1363), du principe de la preuve la plus vraisemblable en cas de conflits de modes de preuve (art. 1368), l'entrée de « l'acte d'avocat » (art. 1374), la fin du conflit sur la portée, désormais probatoire, des « mentions manuscrites »

dans l'acte unilatéral (art. 1376), le régime enfin précisé de la copie qui ravira les archivistes professionnels (art. 1379).

**Recueil Dalloz 2018 p.912**

### **Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats**

**Denis Mazeaud, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)**

#### **L'essentiel**

À peine la réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime des obligations, issue de l'ordonnance du 10 février 2016, digérée, le législateur a donc remis l'ouvrage sur le métier et voté, le 11 avril dernier, une loi de ratification. Certes, ce nouveau texte ne bouleverse par le précédent. Sur un plan quantitatif, les modifications ne sont pas légions. Cependant, il est porteur de changements. Certains emportent l'approbation, d'autres sont regrettables.

1. « Quelques mots » seulement, parce que, pour avoir une vision complète sur la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, publiée au *Journal officiel* du 21 avril dernier, il suffit de se reporter au commentaire exhaustif et minutieux de notre collègue Mustapha Mekki, publié dans ce même *Recueil* (1).

2. « Réforme de la réforme », car c'est bien ce qu'emporte cette loi de ratification.

Il était pourtant concevable, voire préférable dans l'intérêt des artisans du droit des contrats (avocats, juristes d'entreprise, magistrats), d'opter « pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats » (2). Cela aurait évidemment supposé qu'en dépit des quelques approximations, imperfections, contradictions et lacunes de l'ordonnance, confiance ait été faite au juge pour les corriger, les résoudre ou les combler. Pour ceux qui, comme l'auteur de ces lignes, sont convaincus que les juges seront les coauteurs de la réforme, cette position était non seulement envisageable, mais encore souhaitable. Cela aurait évité, en tout cas, de forts maux de tête à tous ceux qui devront mettre la réforme en action, lesquels seront désormais confrontés à trois droits applicables, au lieu de deux...

Certes, la loi de ratification n'a pas défiguré l'ordonnance de 2016. Pas de retour de la cause, pas d'abandon de la révision judiciaire pour l'imprévision, même si l'abandon de l'une et l'admission de l'autre, sont essentiellement symboliques, puisque les fonctions de celle-là sont maintenues et que l'ingérence du juge, s'agissant de celle-ci, peut être écartée par une clause contraire.

Certes, la loi de ratification ne résout pas toutes les questions que la doctrine s'est posées en disséquant les dispositions de l'ordonnance, et c'est tant mieux. À la Cour de cassation de décider, dans les années à venir, si l'article 1163 du code civil, comme les articles qui le suivent le suggèrent, a le prix pour objet ! À elle aussi de décider si l'article 1165

abroge la jurisprudence ancestrale qui permettait au juge de réviser les honoraires excessifs des mandataires et entrepreneurs ! À elle encore de se prononcer sur la validité d'une clause en vertu de laquelle un créancier pourra agir en exécution forcée contre un débiteur de bonne foi, même en cas de disproportion manifeste entre l'intérêt que cette sanction présente pour lui et le coût qu'elle représente pour son cocontractant. J'en passe et des meilleures, sans doute. Dans cette perspective, elle pourra s'inspirer, il est permis de rêver, de l'abondante littérature relative à ces questions <sup>(3)</sup>, étant entendu que si les juges seront les coauteurs de la réforme, les auteurs eux-mêmes, du moins certains d'entre eux, ont joué un rôle capital dans sa conception tant initiale que finale.

Certes... Mais la loi de ratification mérite néanmoins d'être appréhendée comme une véritable réforme de la réforme, et on ne souscrira donc pas à l'opinion de notre cher Mustapha Mekki qui soutient qu'elle « s'est contentée, en deçà des intentions de départ, de consolider l'essentiel » <sup>(4)</sup>. L'affirmation est indiscutable sur un plan quantitatif, mais elle convainc moins d'un point de vue qualitatif. Le législateur a, en effet, substantiellement modifié certaines des dispositions emblématiques de l'ordonnance, notamment, mais pas uniquement, celle qui emporte une véritable révolution de notre modèle contractuel en intégrant le contrat d'adhésion dans le code civil.

3. Sans souci d'exhaustivité, donc, on s'arrêtera simplement sur quelques dispositions de la loi de ratification qui, peu ou prou, emportent une réforme de l'ordonnance du 10 février 2016 dans le seul droit des contrats.

### I - Des maux (de tête...)

4. On évoquera brièvement à ce stade la question des conflits de lois dans le temps <sup>(5)</sup>, étant entendu qu'en l'état, trois droits des contrats coexistent : le droit antérieur à l'ordonnance pour les contrats en cours conclus avant son entrée en vigueur (1<sup>er</sup> oct. 2016) ; le droit issu de l'ordonnance pour les contrats conclus après son entrée en vigueur ; le droit conçu par la loi de ratification pour ceux conclus après son entrée en vigueur (1<sup>er</sup> oct. 2018). C'est peu dire qu'on n'envie pas les praticiens qui devront se montrer extrêmement vigilants, en raison de cette pluralité de lois potentiellement applicables aux contrats qu'ils auront entre les mains.

5. Pour éviter que les juges n'appliquent les dispositions de l'ordonnance aux contrats en cours, la loi de ratification dispose que les contrats conclus avant son entrée en vigueur sont régis par la loi ancienne, « y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public ». Cette disposition risque de constituer un coup d'épée dans l'eau, car l'arme apparemment fatale exploitée par les juges, notamment par la Cour de cassation, pour appliquer les dispositions de l'ordonnance aux contrats en cours, est plus sophistiquée. Elle consiste à trancher un litige contractuel relatif à de tels contrats, en s'éclairant à la lumière des dispositions nouvelles de l'ordonnance <sup>(6)</sup>. Or la loi de ratification ne neutralise pas ce pouvoir. Faut-il s'en inquiéter, si tant est qu'on soit hostile à ce pouvoir que s'octroie ainsi le juge d'appliquer une loi nouvelle à des contrats en cours ? Sans doute pas trop. D'abord, parce que les deux premiers arrêts cités n'emportaient qu'une exception relative au principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle, puisque, quant à la question tranchée par la Cour à la lumière des dispositions de l'ordonnance, celle-ci codifiait purement et simplement le droit antérieur. Ensuite, parce que, dans les arrêts rendus par la chambre sociale, certes celle-ci modifiait, dans sa motivation, le droit antérieur en revenant sur sa jurisprudence relative à la sanction de la révocation d'une promesse unilatérale de contrat, mais cette modification était sans conséquence, puisque la Cour avait retenu la qualification d'offre à propos de l'acte sur la rupture duquel elle devait trancher. Enfin, parce que, comme l'a relevé Laurent Leveneur <sup>(7)</sup>, « ici, en réalité, il n'y avait pas auparavant de "loi ancienne" précise sur le sujet (les choses auraient été différentes si un texte clair avait existé : il aurait fallu l'appliquer) ». Autant de raisons pour ne pas s'alarmer outre mesure du silence de la loi de ratification sur ce point précis.

6. Pour tempérer les effets néfastes de l'empilement des droits potentiellement applicables aux contrats en cours, la loi de ratification précise aussi que certains des textes modifiés ont un caractère interprétatif et s'appliqueront, en tant que tels, aux contrats conclus après l'entrée en vigueur de l'ordonnance. L'intention, en termes de sécurité juridique, est louable, mais on n'est moins que certain que, parmi ces textes prétendument interprétatifs, le nouvel article 1143, par exemple, « se borne à reconnaître sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu

susceptible de controverse »<sup>(8)</sup>. Et si tel est bien le cas, un contrôle de la rétroactivité de ce texte pourra alors s'exercer, tel qu'il a été initié par le Conseil constitutionnel et intensifié par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(9)</sup>.

## II - Du nécessaire, probablement

7. Seront simplement évoquées, ici, les corrections qui s'imposaient manifestement en matière de capacité (art. 1145, al. 2) et de représentation (art. 1161). Ces textes souffraient de malfaçons, peut-être parce que les rédacteurs n'avaient pas assez pris garde aux effets collatéraux d'une réforme du droit commun des contrats sur le droit spécial, notamment le droit des sociétés. Les spécialistes de la matière, et aussi sans doute des forces plus obscures mais pas moins influentes, ont donc sonné la charge, et ils ont manifestement été entendus par les parlementaires.

8. Comme la cession de contrat et la cession de créances, la cession de dette, innovation relative de l'ordonnance, devient un contrat solennel. La *ratio legis* n'est pas plus évidente pour cette cession que pour les autres, mais notre droit y gagne en cohérence et c'est mieux que rien...

9. La réparation du préjudice en cas de rupture déloyale d'une négociation contractuelle ne pouvait pas, sous l'empire de l'ordonnance, « avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu » (art. 1112, al. 2). Cette règle constituait une codification de la jurisprudence inaugurée par un arrêt rendu le 26 novembre 2003 par la chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>(10)</sup>, à ceci près que la règle légale n'était pas la réplique exacte de la règle jurisprudentielle. Dans l'arrêt précité, en effet, la Cour avait décidé que le préjudice réparable ne pouvait consister ni dans l'équivalent de la perte de l'avantage attendu de la conclusion du contrat, dont la négociation avait été déloyalement rompue, ni dans la perte de chance d'obtenir un tel avantage. L'ordonnance, par inadvertance de ses auteurs, était restée muette sur ce second type de préjudice. Il n'aurait pas été hasardeux de laisser à la Cour de cassation le soin de remédier à cet oubli. Mais la loi de ratification complète l'ordonnance sur ce point et codifie dans son intégralité la règle jurisprudentielle susvisée.

Dans le même ordre d'idées, peut être envisagée la réforme de l'article 1165, à propos de la nouvelle sanction en cas de fixation unilatérale d'un prix abusif en matière de contrats de prestations de service : outre des dommages-intérêts, le débiteur du prix peut, « le cas échéant, [demander] la résolution du contrat ». Une fois encore, il n'est pas interdit de penser que la Cour de cassation n'avait pas besoin de ce sauf-conduit du législateur pour prononcer une telle sanction, mais, puisque l'article 1164 prévoit ces deux sanctions pour le prix abusif unilatéralement fixé dans un contrat-cadre, un souci de symétrie, si ce n'est de simple élégance, peut justifier cette modification.

## III - Du trop (car on s'en serait passé)

10. Aux termes du nouvel article 1117, le décès du destinataire de l'offre provoque la caducité de l'offre. Mustapha Mekki a suffisamment expliqué l'inanité d'une telle règle pour qu'on s'y attarde plus avant<sup>(11)</sup>.

À tout prendre, on aurait préféré que la loi de ratification suive le sillon tracé par la Cour de cassation en 2014<sup>(12)</sup> et dispose que l'offre à personne déterminée assortie d'un délai d'acceptation survivait au décès de l'offrant. Règle amplement justifiée par l'idée que lorsqu'il « assortit son offre d'un délai ferme d'efficacité (...), cette décision peut s'analyser en une renonciation à exercer le droit de révoquer l'offre »<sup>(13)</sup> ; dès lors, *mutatis mutandis*, « lorsque l'offrant a renoncé à révoquer l'offre durant une certaine période, puis décède avant l'expiration de ce délai, il est censé avoir voulu que son offre lui survive »<sup>(14)</sup>.

11. Était-il, par ailleurs, indispensable, de modifier la lettre de l'article 1223 qui prévoit, à titre de sanction de l'exécution imparfaite, la réduction du prix ?

Certes, certains avaient plaidé en ce sens et soutenaient que la lettre du texte ne permettait pas de savoir s'il instaurait un régime dual de réduction du prix (réduction judiciaire avec l'al. 1<sup>er</sup>, réduction unilatérale avec l'al. 2) ou si seule une

réduction unilatérale du prix s'induisait de l'article 1223.

Argumentation discutable, pour le moins, ne serait-ce qu'au regard de la structure du texte. Si ce dernier n'avait envisagé qu'une réduction unilatérale du prix, il était, en effet, inutile de consacrer deux alinéas distincts à la sanction de l'exécution imparfaite. Il suffisait d'écrire que : « En cas d'exécution imparfaite, le créancier peut, après mise en demeure, solliciter du juge une réduction proportionnelle du prix » ou à l'inverse que : « En cas d'exécution imparfaite, le créancier notifie au débiteur sa décision de réduire le prix ». En somme, l'existence de deux alinéas dans l'article 1223 révélait suffisamment la dualité de régime à laquelle cette sanction obéit, selon que le prix avait déjà ou non été payé. Une réforme de ce texte ne s'imposait donc pas avec la force de l'évidence.

Pourtant, la loi de ratification modifie l'article 1223 et met les points sur les « i ». Désormais, si le créancier n'a pas encore payé le prix, il peut « notifier dans les meilleurs délais » au débiteur sa décision de réduire proportionnellement le prix. Et si le prix a été payé, « il peut demander au juge la réduction du prix ».

Dans le premier cas de figure, le nouveau texte précise que l'« acceptation » par le débiteur de cette réduction unilatérale « doit être rédigée par écrit ». Ce qui ne signifie évidemment pas que la réduction unilatérale est impossible faute d'acceptation par le débiteur du prix, mais que cette acceptation équivaut à une modification conventionnelle du contrat, qui, en tant que telle, sera irrévocable unilatéralement, et qu'un éventuel refus quant au principe de la réduction ou à son importance se traduira par une action en justice  (15). Dans le second cas de figure, le texte précise que la réduction judiciaire est susceptible d'intervenir « à défaut d'accord entre les parties ». Évidence dont le législateur aurait pu dispenser les juristes et les justiciables...

#### **IV - Du rassurant (pour les zélateurs du modèle contractuel français traditionnel)**

**12.** En vertu de l'article 1221, tel qu'issu de l'ordonnance : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature, sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ».

Cette nouvelle exception au principe de l'exécution en nature a suscité une controverse quant à son impact sur notre modèle contractuel. Certains lui ont reproché de porter une atteinte fatale au principe du respect de la parole donnée, aux termes duquel la parole contractuellement donnée a une valeur telle qu'elle n'a pas de prix (entendons par là qu'elle ne peut pas être rachetée par le débiteur *via* le paiement de dommages-intérêts pour se désengager), au nom de l'impératif d'efficacité économique du droit. D'autres ont répliqué qu'elle n'était que l'expression de la traditionnelle réserve d'abus, qui transcende tout notre droit privé, et qui canalise l'exercice de tous les droits, pouvoirs et prérogatives.

Quoi qu'il en soit, la loi de ratification limite désormais la portée de cette exception d'ordre économique puisque seul le débiteur de bonne foi pourra l'opposer au créancier. Les amateurs d'éthique se réjouiront de ce retour en force de la morale contractuelle dans la mise en jeu de la règle, puisque désormais, au fond, l'abus du créancier sera neutralisé par la mauvaise foi du débiteur.

Reste alors à identifier les contours de la mauvaise foi que le créancier, qui entend obtenir l'exécution en nature en dépit de la disproportion manifeste entre l'intérêt qu'elle représente pour lui et le coût qu'elle emporte pour son débiteur, devra prouver. Dans un premier mouvement, on songe à l'hypothèse dans laquelle le débiteur se sera rendu coupable d'une faute dolosive dans l'exécution du contrat, caractérisée soit par l'intention de nuire, soit par une inexécution délibérée. Dans un second temps, comme le suggèrent pertinemment MM. Zenati-Castaing et Revet, la mauvaise foi du débiteur semble exclue lorsque « la disproportion entre le coût de l'exécution en nature et l'avantage est apparue depuis la conclusion du contrat, sans que le débiteur n'ait pu la prévoir légitimement »  (16).

En définitive, le destin du principe du respect de la parole donnée, marqueur du modèle contractuel français, et la

portée de l'exception d'ordre économique, qui en tempère la force, dépendront, une fois de plus, de la façon dont les juges, plus que jamais coauteurs de la réforme, exploiteront ce standard que constitue la bonne foi, dont on sait que l'ordonnance l'a dotée, fût-ce virtuellement, au même titre que la liberté et la sécurité contractuelle, du statut de principe directeur de notre nouveau droit.

### V - Du moins bon...

13. Un bilan objectif de l'ordonnance conduisait à constater qu'elle avait maintenu un îlot de justice contractuelle dans un océan libéral. Par deux de ses dispositions, la loi de ratification submerge l'îlot en question, ce que l'on peut regretter car le fragile équilibre mis en place par l'ordonnance est ainsi rompu.

14. En premier lieu, la loi de ratification règle la question de l'influence d'une erreur sur la valeur, provoquée par une réticence dolosive, sur le sort du contrat.

Les textes de l'ordonnance, en raison de leur délicate conciliation, divisaient la doctrine sur la réponse à apporter à cette question.

Certains auteurs, épris de sécurité juridique et soucieux d'assurer une continuité avec le droit antérieur<sup>(17)</sup>, prenaient appui sur l'article 1112-1, alinéa 2, qui exclut toute obligation d'information sur la valeur de la prestation, et plaidaient pour l'absence d'influence du silence d'un contractant, quand celui-ci ne provoquait qu'une erreur sur la valeur<sup>(18)</sup>. Selon eux, l'existence même d'une réticence dolosive suppose l'existence préalable d'une obligation d'information, or celle-ci est exclue, par le texte précité, quant à la valeur de la prestation ; logiquement, donc, le silence sur la valeur n'est pas constitutif d'une réticence dolosive et la nullité du contrat est alors exclue.

D'autres, plus soucieux d'éthique contractuelle, se fondaient notamment sur la lettre de l'article 1137, alinéa 2, et soutenaient que l'ordonnance avait procédé à un « découplage »<sup>(19)</sup> entre l'obligation d'information et la réticence dolosive. Découplage qui procédait de la définition de la réticence dolosive donnée par l'article 1137, alinéa 2, dont le centre de gravité est manifestement la mauvaise foi qui anime son auteur. Dès lors, peu importe l'objet de son silence déloyal et de l'erreur qu'il provoque. En outre, l'article 1139 disposait expressément que l'erreur sur la valeur qui résulte d'un dol emporte la nullité du contrat. Or la réticence dolosive est bien un dol, donc... Aussi, pouvait-on légitimement considérer et se réjouir, pour peu qu'on soit attaché à l'idée que le contrat doit reposer sur la justice et que le droit qui le régit ne peut pas heurter le sentiment élémentaire d'éthique contractuelle, que le silence intentionnel sur une information déterminante du consentement d'un contractant constitue bien une réticence dolosive qui emporte la nullité du contrat. Et il n'était pas illégitime de penser que les juges, en dépit de la jurisprudence antérieure et en raison de la lettre des articles 1137, alinéa 2, et 1139, se rallieraient à cette solution.

La loi de ratification balaie d'un revers de la main ces espérances. L'article 1137, alinéa 2, dispose désormais que ne constitue pas un dol le fait de garder le silence sur l'estimation de la valeur de la prestation. Donc, un contractant qui négocie de mauvaise foi et se tait intentionnellement sur ce point, alors qu'il sait que son silence va provoquer une erreur déterminante du consentement de son cocontractant n'a rien à craindre quant à la validité du contrat qu'il conclut déloyalement. À bon entendeur, salut ! Passons sur le fait que l'article 1139 issu de l'ordonnance, qui énonce que l'erreur sur la valeur provoquée par un dol emporte la nullité du contrat, est maintenu tel quel ! La réticence dolosive n'est donc plus un dol comme les autres. Quel progrès ! Nous voilà revenus plus d'un demi-siècle en arrière. Mais l'attractivité du droit français vaut sans doute bien quelques atteintes à la bonne foi et à la cohérence la plus élémentaire. Il faut vraiment être mauvais coucheur pour se plaindre d'une disposition par la grâce de laquelle les opérateurs internationaux vont certainement enfin succomber au charme du droit français des contrats...

15. Et c'est le même sentiment qu'inspire la réforme de l'article 1143 qui, dans l'ordonnance, énonçait : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement

excessif

».

L'impact de cette règle sur notre modèle contractuel était considérable puisqu'elle emportait un tempérament au principe de la validité, de l'efficacité et de l'intangibilité des contrats lésionnaires. En effet, affecté d'un déséquilibre manifestement excessif, engendré par l'exploitation abusive d'un état de dépendance, le contrat était annulé. Autant dire que ce texte permettait au juge de s'immiscer dans le contrat pour corriger les injustices contractuelles les plus flagrantes.

Parce qu'il tempérerait une règle emblématique de notre modèle contractuel traditionnel, ce nouveau vice du consentement, qui revêtait en fait les atours d'un vice du contrat, avait été critiqué, et la tentation d'en réduire la portée était forte pour les apôtres du libéralisme qui avaient proposé de le réserver au seul cas où l'état de dépendance était d'origine économique.

La loi de ratification les a entendus, mais a posé une autre limite à l'exploitation de ce vice, puisque l'article 1143 dispose désormais que celui-ci n'est caractérisé que si une partie abuse « de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard (...) ».

Un peu plus de sécurité juridique et toujours moins de justice contractuelle, donc ! Reste à déterminer le sens de ces termes. Il est certain que ce nouveau vice de violence ne pourra pas émaner d'un tiers au contrat, fût-il complice du contractant qui abuse de l'état de dépendance de son cocontractant. L'abus de dépendance n'est donc pas une violence précontractuelle comme les autres. Fort bien ou plutôt fort mal ! Il est aussi possible qu'il sera exclu quand la dépendance ne sera pas le produit du comportement blâmable du contractant qui tirera un avantage manifestement excessif de son partenaire dépendant, mais de facteurs inhérents à celui-ci.

Nul besoin d'être grand clerc pour deviner que la portée de ce nouveau vice, qui introduisait une dose bienvenue de justice contractuelle dans notre modèle contractuel, risque de se réduire comme une peau de chagrin, pour le plus grand bien de l'attractivité de notre droit nouveau. Cette « régression » est, comme MM. Zenati-Castaing et Revet l'ont justement souligné, « regrettable »<sup>(20)</sup>. C'est le moins que l'on puisse dire.

## VI - Du mieux

16. Quand le temps sera venu de prendre un peu de recul et de s'interroger sur l'influence de la doctrine sur la réforme du droit des contrats, le nom de mon ami Thierry Revet occupera une place de choix. La bataille acharnée qu'il a menée et gagnée à propos de la définition du contrat d'adhésion restera immanquablement gravée dans les mémoires. Et son engagement aura été d'autant plus important qu'il porte sur la vraie révolution de la réforme, à savoir l'intrusion du contrat d'adhésion dans le code civil.

Intrusion qui acte l'idée émise par MM. Zenati-Castaing et Revet, selon lesquels notre univers contractuel est composé de deux planètes distinctes. La première qui comprend les contrats structurellement équilibrés, autrement dit ceux qui sont librement et effectivement négociés. La seconde qui contient les contrats structurellement déséquilibrés qui, en raison du rapport de forces qui préside à leur conclusion, ne sont pas librement négociés. Et cette différence profonde de nature, laquelle se répand donc aussi avec la réforme aux contrats qui entrent dans le champ d'application du code civil, implique fatalement une distinction de régime<sup>(21)</sup>. Plus encore, cette intrusion conduit à reconnaître que, même en droit commun des contrats, volonté et contrat ne riment plus nécessairement : « l'ordonnance du 10 février 2016 a pris acte de ce que la volonté des parties ne constitue plus l'alpha et l'oméga du contrat ; du moment qu'une volonté accepte le contenu d'un acte juridique qu'elle n'a ni élaboré ni pu discuter, cet acte peut accéder au titre de contrat, exactement comme quand la volonté des deux parties en a déterminé le contenu »<sup>(23)</sup>.

Seul contre tous, ou presque, Thierry Revet a, idéologie clairement assumée, combattu pour que la notion de contrat d'adhésion soit appréhendée largement. D'abord, en neutralisant l'obstacle des conditions générales que l'ordonnance

avait exploité pour canaliser la qualification de contrat d'adhésion, en réservant celle-ci aux seules hypothèses dans lesquelles la détermination unilatérale du contenu du contrat avait ces clauses pour objet. Alors que certains proposaient d'identifier ces conditions générales en raisonnant dans les termes du droit commun et en les opposant aux conditions particulières, le nouveau corsaire du droit des contrats s'était opposé à une telle proposition en se fondant sur la « *ratio legis* de la réception par le droit commun du contrat d'adhésion », laquelle réside « dans la volonté de faire la distinction entre les contrats dont le contenu a pu être négocié et ceux dont le contenu n'a pas pu être négocié » (24). Dans cette perspective, « la notion de conditions générales devait recevoir un sens propre au contrat d'adhésion » et s'entendre « du contenu du contrat pris dans son ensemble, parce que le contrat d'adhésion est celui dont le contenu n'a pas pu être négocié par l'un des contractants, qui n'a pas eu d'autre possibilité que d'accepter ou de refuser en bloc le contenu proposé par l'autre » (25). En somme, ce qui distingue le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion, c'est l'impossibilité de négocier le contenu du contrat qui caractérise le second : c'est à adhérer ou à laisser ! Aux contrats bilatéralement conclus et conçus, il faut donc opposer désormais les contrats bilatéralement conclus mais unilatéralement conçus. Les premiers sont de gré à gré, les seconds, d'adhésion. C.Q.F.D. !

Puis, dans un article, aussi stimulant qu'énergique, publié dans ce *Recueil*, il avait dit tout le mal qu'il pensait de « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse » (26). Sa plume, trempée dans l'encre d'une philosophie contractuelle renouvelée, a fait mouche, puisque la loi de ratification a supprimé cette inopportune limitation.

Désormais, en effet, le contrat d'adhésion est, en vertu de l'article 1110, alinéa 2, « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Au fond, le contrat d'adhésion est donc celui dont « un ensemble de clauses » sont composées unilatéralement par un des contractants et imposées à l'autre, lequel est dépourvu de tout pouvoir de les négocier.

La difficulté, mais pas la seule, réside dans l'identification du concept d'« ensemble de clauses non négociable ». D'abord, il est certain qu'il n'est pas nécessaire que toutes les clauses du contrat ne soient pas négociables pour que celui-ci soit qualifié de contrat d'adhésion. Ensuite, il est concevable de retenir un critère quantitatif et de décider que le contrat est d'adhésion quand il comporte un grand nombre de clauses qu'il était impossible de négocier (27). Enfin, et c'est le critère qui nous paraît le plus pertinent, c'est au regard de l'importance des clauses non négociables au regard de l'équilibre contractuel que pourrait s'opérer la qualification (28). Interprétation qui a, par ailleurs, le « mérite » d'être en phase avec la principale occurrence du contrat d'adhésion, à savoir la protection contre les clauses abusives.

Ultime difficulté, mais pas des moindres, la détermination de celui des contractants sur lequel va peser la charge de la preuve de la non-négociabilité. Il serait opportun que lorsque le contractant de l'adhérent prétend qu'un ensemble de clauses était négociable, la preuve de cette négociabilité pèse sur lui.

**17.** Conséquence de l'intrusion du contrat d'adhésion dans le code civil, celui-ci comporte désormais, comme le code de consommation (art. L. 212-1, al. 1<sup>er</sup>) et le code de commerce (art. L. 442-6, I, 2<sup>o</sup>), une règle de protection contre les clauses abusives. L'article 1171 du code civil, tel qu'il émane de la loi de ratification, permet au juge de réputer non écrite les clauses non négociables déterminées à l'avance par un des contractants, qui créent un déséquilibre contractuel significatif, quand elles sont stipulées dans un contrat d'adhésion.

Une clause qui emporte un déséquilibre significatif ne peut donc être réputée abusive qu'à la condition d'avoir été stipulée dans un contrat d'adhésion et de ne pas avoir été négociable. Certes, le champ d'application de la protection est réduit par rapport à celui que l'ordonnance avait édicté, car il suffisait, pour être boutée hors du contrat, qu'une clause ait été insérée dans un contrat d'adhésion, sans qu'il soit nécessaire de se demander si, en outre, elle était ou non négociable. Mais cette restriction est légitime si on part du postulat que la protection contre les clauses abusives a pour raison d'être l'impossibilité de l'adhérent de librement négocier le contenu de la clause litigieuse : il est alors légitime qu'il ne supporte pas les déséquilibres excessifs qui ne sont pas le fruit de la liberté contractuelle, mais le produit de la

liberté unilatérale du contractant qui la lui a imposée. Si les clauses étaient négociables, fût-ce dans un contrat d'adhésion, la protection ne s'impose pas car le contractant avait le pouvoir de refuser la clause, d'en discuter le contenu.

Quant à la preuve de la non-négociabilité, on rappellera que l'article 33 de la proposition de directive du Parlement et du Conseil relative aux droits des consommateurs du 8 octobre 2008 énonçait que : « Si le professionnel prétend qu'une clause contractuelle a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe ». Dommage que le législateur français ne se soit pas inspiré de ce texte qui renforce sensiblement la protection de l'adhérent.

On a déjà beaucoup glosé sur la légitimité de la règle énoncée par l'article 1171, du moins dans sa version initiale, mais sa nouvelle version n'apaisera pas la controverse, car c'est son principe même qui est débattu. Il a été reproché à ce texte, en raison du flou qui entoure le concept de « déséquilibre significatif », de constituer un facteur d'insécurité juridique et de judiciarisation du contrat et, par conséquent, d'être un épouvantail qui détournera les opérateurs économiques de notre droit. On connaît la rengaine...

L'argument relatif au « déséquilibre significatif » n'est pas nouveau, il avait déjà été brandi à l'occasion de la loi relative à la protection des professionnels contre les clauses abusives. Précisément, le Conseil constitutionnel avait alors été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative à la compatibilité de l'amende, prévue par le code de commerce pour sanctionner le professionnel qui impose une clause abusive à son partenaire, avec l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Pour décider que l'article litigieux était bien conforme au principe de légalité des délits et des peines, le Conseil a considéré, dans une décision du 13 janvier 2011, que la notion de déséquilibre contractuel significatif incriminé par l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce était... suffisamment claire et précise, étant donné que la jurisprudence l'avait d'ores et déjà précisée à l'occasion de la protection des consommateurs contre les clauses abusives, sur le fondement de l'article L. 132-1 du code de la consommation (alors applicable). Autant dire que la critique tenant au caractère flou de la notion de déséquilibre significatif, régulièrement brandie par ceux qui critiquent la politique de protection contre les clauses abusives, est aussi récurrente qu'inopérante.

Quoi qu'il en soit, cette protection contre les clauses abusives désormais organisée au sein même du code civil nous paraît parfaitement légitime et, ce, pour plusieurs raisons.

D'une part, à ceux qui critiquent l'existence d'une telle règle protectrice dans le code civil, on répondra qu'on verrait mal pourquoi une clause, stipulée dans les mêmes conditions et créant elle aussi un déséquilibre significatif, serait sanctionnée lorsque le contrat, dans lequel elle est stipulée, entre dans le champ d'application du code de la consommation ou du code de commerce, et ne le serait pas si elle entre dans celui du code civil. S'il en allait autrement, il en résulterait une discrimination au sein des contractants victimes de clauses abusives dont on ne percevrait pas la raison d'être. Les mêmes clauses doivent produire les mêmes effets !

D'autre part, pour ceux qui s'émeuvent des atteintes potentielles que provoquerait ce nouveau pouvoir accordé au juge de réputer non écrites les clauses abusives, on les rassurera en rappelant que son champ d'application est rigoureusement circonscrit par le texte. Outre la double condition que la loi impose, le pouvoir du juge est, par ailleurs, neutralisé quand la clause porte sur l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation du prix à la prestation ; de plus, la règle du code civil, donc la règle du droit commun, sera susceptible d'être parfois évincée, dès lors que les règles du droit spécial (code de la consommation et code de commerce) auront vocation à s'appliquer, ce qui restreindra probablement sensiblement son champ d'application.

Aussi, la sécurité juridique ne devrait-elle pas trop souffrir de la règle nouvelle insérée dans le code civil et la justice contractuelle peut-elle se maintenir, sans envahir pour autant notre nouveau modèle contractuel. Tout est donc pour le mieux dans le meilleur des mondes contractuels...

**Mots****clés**

:

**CONTRAT ET OBLIGATIONS** \* Réforme \* Loi de ratification \* Commentaire

- (1) M. Mekki, La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme ?, ce numéro, p. 900 [📄](#) ; D. Houtcieff, Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats de la preuve et du régime des obligations : le droit schizophrène, *Gaz. Pal.* 7 avr. 2018, p. 14.
- (2) N. Molfessis, *JCP* 2017. 1045.
- (3) G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations, Dalloz, 2016 ; F. Chénéde, Le nouveau droit des obligations et des contrats, Dalloz, 2016 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LexisNexis, 2016 ; N. Dissaux et C. Jamin, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Dalloz, 2016.
- (4) *Eod. loc.*, n° 38.
- (5) Sur ce point, V. M. Mekki, *eod. loc.*, spéc. n° 8 s.
- (6) En ce sens, Cass., ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, D. 2017. 793 [📄](#), note B. Fauvarque-Cosson [📄](#), 1149, obs. N. Damas [📄](#), et 2018. 371, obs. M. Mekki [📄](#) ; *AJDI* 2017. 612 [📄](#), obs. M. Thiroye [📄](#), et 2018. 11, étude H. Jégou et J. Quiroga-Galdo [📄](#) ; *AJ Contrat* 2017. 175 [📄](#), obs. D. Houtcieff [📄](#) ; *RTD civ.* 2017. 377, obs. H. Barbier [📄](#) ; *JCP* 2017, n° 305, note B. Sturlèse ; *Civ. 1<sup>re</sup>*, 20 sept. 2017, n° 16-12.906, D. 2017. 1911 [📄](#) ; *RTD civ.* 2017. 837, obs. H. Barbier [📄](#) ; *Soc.* 21 sept. 2017, n° 16-20.103 et 16-20.104, D. 2017. 2007, note D. Mazeaud [📄](#), 2289 [📄](#), note B. Bauduin et J. Dubarry [📄](#), 2018. 371, obs. M. Mekki [📄](#), et 435, obs. S. Karaa [📄](#) ; *AJ Contrat* 2017. 480, obs. C.-E. Bucher [📄](#) ; *Dr. soc.* 2018. 170, étude R. Vatinet [📄](#), et 175, étude Y. Pagnerre [📄](#) ; *RDT* 2017. 715, obs. L. Bento de Carvalho [📄](#) ; *RTD civ.* 2017. 837, obs. H. Barbier [📄](#) ; *CCC* 2017. Comm. 238, obs. L. Leveneur ; *Gaz. Pal.* 2017. 2662, note M. Latina ; *JCP* 2017. 1238, obs. N. Molfessis.
- (7) Obs. préc.
- (8) *Soc.* 3 oct. 1957, *Bull. civ.* IV, n° 899 ; dans le même sens M. Mekki, *eod. loc.*, spéc. n° 13.
- (9) Sur ce point, V., entre autres, P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2017, n° 286.
- (10) A.-S. Dupré-Allemagne, D. 2004. 869 [📄](#) ; *JCP* 2004. I. 163, n° 18, obs. G. Viney ; *JCP E* 2004. 738, obs. P. Stoffel-Munck ; *RDC* 2004. 257, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2004. 80 [📄](#), obs. J. Mestre et B. Fages.
- (11) *Eod. loc.*, n° 27.
- (12) *Civ. 1<sup>re</sup>*, 25 juin 2014, n° 13-16.529, D. 2014. 1574 [📄](#), note A. Tadros [📄](#), 1715, chron. I. Darret-Courgeon et I. Guyon-Renard [📄](#), et 2015. 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki [📄](#) ; *AJ fam.* 2014. 509, obs. C. Vernières [📄](#) ; *RTD civ.* 2014. 877, obs. H. Barbier [📄](#) ; *RDC* 2014. 601, obs. Y.-M. Laithier, et 2015. 53, obs. R. Libchaber.
- (13) F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale-Quasi-contrats*, PUF, 2014, spéc. n° 90.
- (14) *Ibid.*, spéc. n° 91.
- (15) F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale-Quasi-contrats*, PUF, 2018, à paraître, spéc. n° 221.
- (16) *Ibid.*, spéc. n° 216.
- (17) *Civ. 1<sup>re</sup>*, 3 mai 2000, n° 98-11.381, D. 2002. 928 [📄](#), obs. O. Tournafond [📄](#) ; *RTD civ.* 2000. 566, obs. J. Mestre et B. Fages [📄](#) ; *CCC* 2000. Comm. 140, obs. L. Leveneur ; *Defrénois* 2000, obs. P. Delebecque et D. Mazeaud ; *JCP* 2000. II. 10510, obs. C. Jamin ; 17 janv. 2007, n° 06-10.442, D. 2007. 1051 [📄](#), note D. Mazeaud [📄](#), 1054, note P. Stoffel-Munck [📄](#), et 2966, obs. B. Fauvarque-Cosson [📄](#) ; *AJDI* 2007. 416 [📄](#), obs. S. Bigot De La Touanne [📄](#) ; *RTD civ.* 2007. 335, obs. J. Mestre et B. Fages [📄](#) ; *CCC* 2007. Comm. 117, obs. L. Leveneur ; *Defrénois* 2007. 443, obs. E. Savaux ; *JCP* 2007. II. 10042, obs. C. Jamin ; *RDC* 2007. 703, obs. Y.-M. Laithier.
- (18) F. Dourmaux, La réforme des vices du consentement, *Dr. et patr.* 2016, n° 258, p. 57 s., spéc. p. 59 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 2016, spéc. n° 115.
- (19) O. Deshayes, La formation des contrats, *RDC* 2016. 21 s., spéc. 26. V. aussi, G. Chantepie et M. Latina, La

réforme du droit des obligations, Dalloz, 2016, spéc. n° 327 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LexisNexis, 2016, spéc. p. 204 ; N. Dissaux et C. Jamin, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Dalloz, 2016, spéc. p. 43.

(20) *Ibid.*, spéc. n° 85.

(21) *Ibid.*, *passim*.

(22) C'est l'auteur qui souligne.

(23) L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse, D. 2018. 124 .

(24) T. Revet, Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du code civil, D. 2016. 1771 , spéc. n° 7.

(25) *Ibid.*, spéc. n° 8.

(26) D. 2018. 124 .

(27) En ce sens, V. F. Zenati-Castaing et T. Revet, *op. cit.*, 2018, à paraître, spéc. n° 8.

(28) *Ibid.*

### Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats

Issu de Revue des contrats - n°03 - page 600

Date de parution : 01/09/2016

Id : RDC113m3

Réf : RDC 2016, n° 113m3, p. 600

Auteur :

**Frédéric Rouvière**, professeur à l'université d'Aix-Marseille, laboratoire de théorie du droit

Cet article a été publié dans le cadre du dossier « - Le nouveau discours contractuel - » de la Revue des contrats.

Les valeurs économiques sont utilisées sans incidence concrète dans une pure rhétorique de justification de la réforme du droit des contrats. Bien plus significativement, les valeurs économiques sont présentes sous la forme d'une idéologie sous-jacente aux choix législatifs. Sur la base de l'analyse économique du droit, elles proposent une compréhension spécifique du rôle du juge. Pourtant, les présupposés de l'ensemble de cette vision économique sont incompatibles avec les méthodes propres de l'analyse juridique. Aussi, il n'y a pas lieu de penser que la réforme apporte en soi de grands changements dans ce domaine.

1. De l'économie avant toute chose ? – En réformant le droit des contrats, le législateur a proclamé avoir été inspiré par un souci d'efficacité économique et de compétitivité<sup>1</sup>. D'après les idées affichées, le droit ne serait plus lisible car trop jurisprudentiel et complexe et devrait s'adapter aux enjeux d'une économie mondialisée, notamment pour que la France ne soit plus pénalisée sur la scène internationale. Au fond, à lire les motifs de l'ordonnance<sup>2</sup>, tout semble se passer comme si notre droit des contrats était vieilli et comme si le contentieux provenait des notions employées. C'est, à n'en pas douter, une stratégie rhétorique qui était déjà celle de la doctrine au tournant du XXe siècle<sup>3</sup>.

Il est encore plus facile de faire éclater la coquille fragile de cette rhétorique aujourd'hui. L'antienne de l'adaptation du droit aux faits ne devrait plus tromper personne tant elle est dénoncée depuis longtemps comme un artifice<sup>4</sup>. De même, il n'est guère besoin de longues démonstrations pour comprendre que la suppression du mot « cause » dans la loi ne supprimera pas le contentieux qui s'y rapporte mais modifiera seulement les termes du débat – au sens littéral et figuré. On a encore du mal à comprendre le paradoxe

inconsciemment assumé par le législateur qui cite le rapport « Doing Business » de la Banque mondiale vantant l'attractivité des systèmes de common law alors que notre législateur nous explique qu'il faut plutôt codifier la jurisprudence pour rendre le droit certain<sup>5</sup>. En vérité, le commentaire des formules creuses accompagnant la présentation de la réforme nous conduirait à brasser du vide. Il est donc plus pertinent de rechercher l'idéologie du législateur, non dans ses déclarations explicites mais dans les choix concrets qu'il a effectués en réformant des dispositions précises.

En tout état de cause, l'idée même de réforme est ambiguë. Certes toute réforme vise à modifier pour améliorer. Mais cette amélioration peut tout autant passer par un retour aux sources (à une règle primitive jugée meilleure) que par un changement profond de l'organisation ou de la philosophie d'un corpus de règles. Dans cette voie, il est clair que le législateur croit avoir modernisé notre droit des contrats en lui donnant la précision, la clarté et l'efficacité ou la performance qui étaient censées lui manquer. Pourtant, à rebours de ce nouveau discours contractuel, le détail de la réforme fait penser à une révolution en forme de boucle. Les nouveautés introduites étaient déjà connues et discutées de longue date en doctrine : révision (très modérée) pour imprévision, organisation unitaire de la responsabilité contractuelle, création d'un régime des restitutions, création d'un régime pour la formation du contrat, consécration du contrat d'adhésion, consécration de la cession de dette, exécution forcée de la promesse unilatérale de vente, généralisation de la réfaction du contrat et réaffirmation massive de la bonne foi et du caractère raisonnable qui doivent traverser tout le droit des contrats.

Sur ce plan, il n'y a en définitive guère de surprises. Ce sont de fausses innovations auxquelles le législateur s'est livré, si l'on entend par là qu'il s'agit soit de la consécration législative de solutions jurisprudentielles, soit de la prise en compte de propositions doctrinales comme la suppression (au moins formelle) du concept de cause.

2. Penser la réforme. – La signification de la réforme n'est donc pas seulement dans le choix de ses solutions techniques. Au contraire, le problème est encore de savoir comment la réforme sera pensée. À cet égard, si l'on pense la réforme à travers le prisme de l'analyse économique du droit, on conclura volontiers que le rôle du juge s'est modifié. Il semblerait ne plus devoir être au service du contrat mais au service d'une bonne marche de l'économie. Il va de soi que cette vision comporte des présupposés qui sont loin d'être neutres et appellent une appréciation critique.

Le nouveau droit des contrats serait-il devenu plus réaliste, plus effectif, mieux adapté ? On peut en douter pour bien des raisons.

D'abord, cette réforme est fortement inspirée par le cadre commun de référence (CCR) européen pour une unification du droit des contrats. Cette inspiration est très nette dans la forme comme dans le fond. Dans la forme, le communiqué de presse sur la réforme<sup>6</sup> reprend la même structure de présentation que le CCR. Dans le fond, l'ordonnance reprend massivement l'idée du raisonnable, de la souplesse, de l'équilibre nécessaire entre les buts contradictoires et les valeurs. Ainsi, nous sommes en présence d'une volonté de mise en conformité avec les valeurs voulues par l'Europe. Si le contrat est bel et bien pensé comme un instrument au service du marché et de la libre circulation, c'est bien par cette voie qu'il s'imprègne des idées de l'analyse économique du droit.

Ensuite, il est certain qu'entre les déclarations d'intention et la réalité, il y a souvent un gouffre. Un auteur a brillamment montré à propos de l'école de l'exégèse que les auteurs déclaraient être positivistes et attachés à la lettre du code dans leur préface mais qu'ils invectivaient le législateur à longueur de paragraphes dans leurs développements au nom de la justice ou du droit naturel<sup>7</sup>. De la même façon, la proclamation d'une volonté d'efficacité économique ou de compétitivité n'engage pas le fond de l'analyse.

Enfin, il y a le pôle de l'émetteur et du récepteur. Rien ne dit que les juristes adopteront servilement la très vague idéologie économique qui sous-tend la réforme. C'est bien plutôt l'inverse qui est à présumer.

L'émetteur peut bien viser des buts économiques mais le récepteur pourrait bien comprendre les textes d'une façon strictement juridique.

Il apparaît que la réforme est moins un changement qu'une occasion pour réformer notre façon de comprendre le droit des contrats et sa philosophie. En définitive, c'est ce dernier aspect qui paraît prépondérant. Est-ce parce que le législateur dit s'être inspiré des considérations économiques que la réforme doit forcément se comprendre et s'appliquer selon les instruments de l'analyse économique du droit ?

En réformant le droit des contrats, il n'est pas du tout certain que le législateur ait consciemment voulu valider les méthodes et les résultats de l'analyse économique du droit. Cette discipline très récente, dont la montée en puissance est principalement due à Ronald Coase, vise à emprunter des concepts de l'économie pour mieux comprendre le droit<sup>8</sup>, notamment en explicitant une rationalité sous-jacente aux règles et en identifiant leurs effets prévisibles<sup>9</sup>. Moins que l'analyse économique du droit, les objectifs affichés par la réforme semblent vouloir mettre le droit au service de l'économie. Cette volonté de servir l'économie a visiblement inspiré le législateur et se ressent bien dans le choix des solutions et du vocabulaire employé. Pourtant, les juristes devraient probablement ne pas ressentir de bouleversements majeurs s'ils s'attachent à respecter les canons habituels de l'interprétation juridique.

Les velléités législatives, voire doctrinales, de lire le droit des contrats à travers le prisme de l'économie trouvent toutes un contrepoids dans l'analyse juridique classique. En vérité, le problème des valeurs économiques de la réforme mute. Si les considérations économiques et certains choix forment l'idéologie économique du législateur, c'est surtout l'angle d'analyse qui va influencer la compréhension de la réforme (I). Le juge devrait-il changer sa mission classique et prendre les habits d'un régulateur (II) ? Rien n'est moins sûr. Il suffit pour cela de prendre de la distance avec les présupposés de la vision économique qui sont incompatibles avec ceux de l'analyse juridique (III).

## I – L'idéologie économique du législateur

3. La certitude. – La certitude repose sur une information fiable. Pour l'analyse économique du droit, le concept d'information est d'ailleurs central. À tel point que cette idée a fortement influencé l'appréhension des vices du consentement en jurisprudence et même sans doute le développement des obligations d'information.

Bien des dispositifs de la réforme renforcent cet aspect. Lors de la négociation, il y a désormais une obligation d'information qui est d'ordre public puisque les parties ne peuvent ni la limiter ni l'exclure<sup>10</sup>. Le dol est désormais clairement conceptualisé comme la dissimulation d'une information déterminante<sup>11</sup>. L'innovation la plus visible dans le domaine de la recherche d'une information fiable réside dans les fameuses actions interrogatoires. Concrètement, elles consistent à institutionnaliser la jurisprudence relative au pacte de préférence qui autorisait le tiers de bonne foi à outrepasser l'existence de la préférence<sup>12</sup> et à l'étendre à la question des pouvoirs du représentant<sup>13</sup> ou de la confirmation de la nullité relative<sup>14</sup>. Dans chacune de ces hypothèses, la réforme sécuriserait le contrat<sup>15</sup> en permettant d'agir sur le fondement d'une certitude : le bénéficiaire ne se prévaudra pas du pacte, le représentant pourra bien conclure le contrat, l'annulation ne sera pas encourue. S'agit-il ici d'un réalisme accru ou d'une efficacité économique approfondie ? À vrai dire, on ne voit ici que la simple reprise de la technique du formalisme et de l'opposabilité. Elle consiste ni plus ni moins à opposer à une personne ses propres décisions. C'est une extension de la technique déjà présente dans le Livre des procédures fiscales et qui permet à un contribuable d'opposer à l'administration fiscale sa propre interprétation de la loi fiscale et échapper ainsi à un redressement<sup>16</sup>.

Bien entendu, on peut toujours donner a posteriori une justification économique à la consécration d'une telle solution. L'action interrogative correspond par exemple au test de Wittman<sup>17</sup>.

Ainsi, la possibilité de connaître la position des parties ou des tiers sur la validité du contrat est une solution moins coûteuse que le problème initial, à savoir l'incertitude sur le sort de la convention. Ces solutions participent donc d'une gestion du risque contractuel et de l'incertitude inhérente à tout accord. Pourtant, la justification économique ne supplantera pas l'analyse concrète des conditions de cette action. Le délai de réponse doit être raisonnable, certaines mentions doivent être présentes comme l'information sur les conséquences de l'absence de réponse. Bref, il n'est pas certain que la rationalité économique sous-jacente de ces nouvelles règles supplante l'analyse juridique classique.

4. L'adaptation aux circonstances. – L'adaptation aux circonstances est devenue un lieu commun de la critique du droit. Les règles seraient froides, abstraites, figées, ignorantes des réalités alors que la vie économique serait bouillonnante, concrète, mouvante et fluctuante. La charge contre le concept remonte à François Gény<sup>18</sup> qui le dénonçait comme un moyen d'oublier les vrais intérêts en jeu dans le conflit. En un mot, le droit serait toujours en retard tant il peinerait à s'adapter aux évolutions économiques et sociales. L'idée d'une nécessaire flexibilité et souplesse est encore soutenue par l'incontournable ouvrage de Jean Carbonnier<sup>19</sup>. Plus encore, la flexibilité et la souplesse sont des mots en eux-mêmes porteurs d'une idée positive tandis que la rigidité et la dureté évoquent le rhumatisme de règles vieillissantes qui finiraient par casser. Mais tout a déjà été dit brillamment sur le mythe de l'adaptation du droit au fait<sup>20</sup> et il n'y a pas lieu d'y revenir ici.

Le révélateur de la volonté d'intégrer cette dose nécessaire de souplesse et de réactivité se signale par l'emploi massif de l'idée de raisonnable. Le terme est employé pas moins de 17 fois : les délais doivent être raisonnables<sup>21</sup>, le coût doit être raisonnable<sup>22</sup>, la gestion doit être raisonnable<sup>23</sup>, la compréhension du contrat doit être raisonnable<sup>24</sup>. Cette immixtion du terme provient à la fois des Principes européens de droit des contrats (qui comportent très fréquemment une terminologie équivalente) mais encore d'une jurisprudence qui avait posé comme solution que l'offre doit être acceptée dans un délai raisonnable<sup>25</sup>. Cette introduction d'un terme particulièrement vague renvoyant au pouvoir souverain des juges du fond semble contredire l'idée de certitude dans la prise de décision. C'est peut-être un subtil équilibre que le législateur a voulu trouver, mais en cherchant à jouer les équilibristes il a fini par passer plus de temps à garder l'équilibre qu'à avancer.

Que tout doive être raisonnable est une évidence, de la même façon qu'on concevrait mal que le contrat puisse être formé et exécuté de mauvaise foi et, plus généralement, que le droit soit aveugle à toute éthique ou morale minimale dans les affaires. Ces choses sont tellement banales qu'on peut se demander s'il fallait bien prendre la peine de les dire. La bonne foi dont il est question<sup>26</sup> n'est pas une ignorance légitime<sup>27</sup> mais bien une exigence éthique qui pèse sur les contractants. Pour le dire directement, les contractants doivent être honnêtes. Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats commerciaux internationaux font une pareille déclaration<sup>28</sup> qui a visiblement ici guidé le législateur.

Mais la bonne foi et le raisonnable sont tout aussi imprécis l'un que l'autre. Les standards ou concepts indéterminés sont ceci de particulier qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une définition énonçant des conditions nécessaires et suffisantes pour qualifier un objet<sup>29</sup>. Ils consistent plutôt en une idée que le juge se doit de réaliser par une appréciation au cas par cas. Autrement dit, multiplier le recours à de tels concepts, c'est augmenter le pouvoir du juge et lui laisser le loisir d'adapter au mieux la solution. Dans l'idéal, c'est un objectif parfait. Mais dans la réalité, cela revient à créer une grande incertitude, à favoriser le morcellement de la jurisprudence et à faire assumer au juge la mission d'un législateur. L'application de dispositions semblables dans les instruments internationaux comme la vente internationale de marchandises donne le ton : selon le juge saisi, le délai raisonnable de contestation est très variable : 24 heures pour des langoustes<sup>30</sup>, denrées périssables, mais presque un mois dans d'autres cas comme des

sapins<sup>31</sup>. Et il a fallu bien du temps en droit interne pour que le juge considère que l'ancien bref délai des vices cachés corresponde environ à une année<sup>32</sup>.

On pourrait alors se demander si la faveur faite à ces concepts mous n'est pas le fruit de l'idée d'une supériorité du droit jurisprudentiel sur le droit écrit et d'une conception idyllique du rôle du juge. En vérité, c'est aussi une volonté de se conformer aux conventions internationales qui abusent de ces termes fédérateurs en renvoyant au juge le soin de trancher concrètement les problèmes.

En revanche, la réforme prévoit une adaptation aux circonstances bien plus remarquable, il s'agit de la révision pour imprévision. Elle vise l'hypothèse où des circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rendent l'exécution excessivement onéreuse pour une partie<sup>33</sup>. Les parties doivent préalablement tenter de s'entendre et, en dernier recours, s'adresser au juge qui pourra réviser le contrat.

Cette disposition est sans doute celle qui illustre le mieux le raisonnement économique. Le contrat ne devient plus intéressant lorsqu'il est source de pertes pour une partie. C'est une analyse entre les coûts et les avantages. Le juge pouvant désormais réviser le contrat, les parties auraient intérêt à le réviser elles-mêmes pour juguler un contentieux futur. Pourtant, le droit actuel n'interdit pas que les parties révisent elles-mêmes le contrat, elle l'interdit seulement au juge. La menace de la révision judiciaire pourrait toutefois désormais les inciter à le faire.

S'agit-il pour autant d'une solution qui produira réellement les effets escomptés ? L'analyse économique du droit est censée prédire les effets des règles<sup>34</sup>. Mais il ne faut pas négliger l'inventivité des parties ou l'interprétation judiciaire. Les contrats pourront-ils systématiquement écarter le recours à cette révision par une clause appropriée ? A priori la réponse est positive car l'une des parties peut assumer ce risque. Une clause même n'est pas nécessaire si l'on considère la possibilité d'un accord tacite. C'est dire l'importance de l'appréciation du juge qui recrée en définitive l'incertitude que la négociation est censée éviter. Si l'une des parties est déjà sous le poids économique d'un contrat déséquilibré, pourra-t-elle supporter les coûts du procès ? Surtout, n'est-il pas plus efficace pour elle de rompre unilatéralement le contrat en anticipant la résolution que le juge pourrait prononcer ? On le voit, cette disposition va inciter les parties à adopter un raisonnement économique qu'elles pouvaient déjà avoir par ailleurs sur la question de la résiliation à leurs risques et périls<sup>35</sup>. Le véritable changement se situe moins sur ce point que sur la nouvelle façon de penser le rôle du juge.

5. L'adaptation à la pratique. – L'adaptation à la pratique est le prolongement de l'idée d'adaptation nécessaire du droit au fait pour une modernisation du droit face à l'économie. Elle s'illustre par la large prise en compte des technologies comme le courrier électronique<sup>36</sup> ou les méthodes numériques de conservation des données. La loi avait déjà ouvert la voie en posant l'équivalence entre le support papier et électronique<sup>37</sup>. Mais la volonté d'adaptation paraît plus nettement avec la volonté de transposer des mécanismes issus de la pratique. Le communiqué de presse cite d'ailleurs la cession de créances futures et la cession dette<sup>38</sup>. Si la première n'est que la consécration de la jurisprudence<sup>39</sup>, la cession de dette est en revanche une innovation car elle était jusqu'alors implicitement interdite par les juges<sup>40</sup>. Pourtant, à y regarder de plus près, la consécration de la cession de dette est une fausse nouveauté. Le consentement du créancier étant exigé, il ne s'agit que d'un avatar moins avantageux pour le créancier que la novation. En effet, à la différence de la novation, le créancier pourra se voir opposer par le nouveau débiteur toutes les anciennes exceptions. Il y a donc fort à parier que ce montage juridique ne trouvera quasiment aucune occasion de s'appliquer si ce n'est dans des hypothèses déjà consacrées comme la cession d'une société endettée pour un euro symbolique<sup>41</sup>. Ainsi, l'introduction dans la loi de concepts explicites ne modifie pas fondamentalement les solutions déjà admises ni ne manifestent une particulière efficacité économique.

6. La volonté d'éviter le contentieux. – Plus significativement, la volonté d'éviter le contentieux peut se ranger sous l'idée de minimiser les coûts de transaction, ce qui est une idée phare de l'analyse économique

du droit, notamment dans l'article fondateur de Ronald Coase<sup>42</sup>. Selon le théorème de Coase, la solution à laquelle les parties arrivent dépend du coût des différentes solutions. La négociation étant censée être moins chère qu'un procès, il faudrait favoriser pour les parties une telle issue.

Les parties doivent préalablement tenter de s'entendre et, en dernier recours, s'adresser au juge qui pourra réviser le contrat<sup>43</sup>. De la même façon, le mécanisme de réduction du prix est présenté comme un moyen de réduire le contentieux en incitant les parties à réévaluer elles-mêmes ou en mettant fin au contrat sans le juge.

Mais ces mécanismes ne sont en définitive qu'une application du contrat de transaction et supposent une volonté des parties pour apaiser elles-mêmes leur conflit. On peut donc présumer que son application sera marginale, car le désaccord a lieu le plus souvent sur l'imputation des responsabilités, chaque partie discutant son rôle dans l'apparition du dommage. On ne peut donc espérer que les parties se comportent exactement comme l'analyse économique du droit le préconise. En vérité, le problème ne réside pas dans les valeurs économiques de la réforme. En effet, l'analyse juridique ne repose pas sur des concepts ou présupposés économiques. C'est bien pourquoi le vrai problème est de savoir si le rôle du juge doit forcément être compris à partir des cadres théoriques de l'analyse économique du droit.

## II – La régulation comme mission du juge

7. La finalité économique : réguler. – Les valeurs économiques profondes que porte la réforme ne sont pas celles qui s'affichent comme telles. Il ne s'agit pas d'être simple, efficace et d'assurer la sécurité juridique des transactions. Ce sont moins des objectifs que des présupposés de l'action législative. Le poids de l'analyse économique se révèle dans le rôle du juge. Implicitement, le juge est conçu comme le bras armé d'une politique économique qui vise à réduire les coûts, désengorger les tribunaux, bref à gouverner et penser par la loi des chiffres et des nombres. C'est sur ce point que le théorème de Coase se révèle pleinement. De façon discrète, le juge est incité à régler les conflits sur la base de critères économiques.

Les révélateurs de cette mission résident dans le changement de terminologie. L'usage de certains mots n'est jamais anodin. Certains changements de vocabulaire marquent des choix évidents. Supprimer la cause, c'est renier tout l'héritage philosophique qui s'y attache et les controverses qui l'accompagnent. Désormais, la contrepartie prend la place<sup>44</sup> et suggère une appréciation plus quantitative que qualitative. La notion d'avantage est elle aussi directement issue de l'analyse économique du droit et notamment du gain de Pareto<sup>45</sup>. Il faut que chaque partie réalise un gain, qu'elle obtienne ce qu'elle désire<sup>46</sup>. Même les termes d'« enrichissement injustifié », qui remplacent l'« enrichissement sans cause », sont une traduction directe des termes anglais « unjust enrichment ». Il en va de même pour l'idée d'information qui est directement corrélée à d'innombrables théories économiques<sup>47</sup>. Il y a encore tous les termes qui connotent la proportionnalité et l'équilibre économique comme le déséquilibre significatif<sup>48</sup> mais encore l'avantage excessif<sup>49</sup>, la disproportion<sup>50</sup>, l'onérosité excessive<sup>51</sup> ou plus simplement l'utilité<sup>52</sup>.

Ces références explicites et visibles à des concepts économiques paraissent bien vouloir faire pencher la balance en faveur d'une appréciation économique du contrat. Du coup, le juge ne devrait pas se poser des questions de la même façon. C'est bien la solution la moins coûteuse qu'il devrait privilégier, comme le préconise le théorème de Coase. Par exemple, l'exécution en nature sera refusée si elle coûte trop cher au débiteur comparativement à ce qu'elle rapporte au créancier. Cette façon de raisonner sonne sans doute le glas des démolitions pour des empiètements de quelques centimètres<sup>53</sup> ou pour des mises en conformité comme le fait de rajouter une marche oubliée lors de la construction d'une piscine<sup>54</sup>. Les mêmes remarques peuvent s'étendre sans difficulté à la révision pour imprévision ou à la qualification de clause abusive ou de violence dans l'usage d'un recours.

Le législateur préfère s'en remettre à une appréciation factuelle du juge plutôt qu'à l'usage de critères qu'il aurait lui-même posés. En pratique, cela va sans doute conduire le juge à se fonder sur des rapports d'expertise pour mener des appréciations qui seront parfois complexes. Il est ainsi attendu du juge qu'il se comporte en régulateur en appréciant le contentieux contractuel à l'aune d'une politique de réduction des coûts micro et macro-économiques.

8. La finalité juridique : juger. – Il n'est pas certain que le juge accepte ce travail de régulateur. Il serait même encore plus incongru que ce soit la Cour de cassation qui le fasse puisqu'elle n'apprécie pas les faits et n'a pas vocation à juger en fonction de rapports d'expertise. La finalité du droit s'exprime dans la mission qui est confiée au juge : dire le droit et trancher des litiges<sup>55</sup>. Si la première mission du juge est de trancher des litiges en disant le droit, c'est donc bien qu'il n'a pas vocation à aider à la régulation de l'économie à travers le contentieux contractuel.

L'analyse juridique des notions empruntées à l'économie peut transformer leur signification. En vérité, rien n'interdit de voir dans la contrepartie l'ancien concept de cause de l'obligation. Ce sont les juristes qui décideront de cette option interprétative. De même, l'intérêt du créancier pourrait tout aussi bien s'interpréter comme un intérêt moral, si bien que l'appréciation de l'exécution en nature ne reposerait pas forcément sur une appréciation purement matérielle et économique. Il en va de même pour les avantages excessifs qui peuvent se concevoir aussi comme des moyens de pression ou d'intimidation et donc sans marcher sur les terres de l'analyse économique du droit. Seule la révision pour imprévision ne semble pas pouvoir échapper à la logique économique tant elle semble être née en elle. Surtout le législateur a directement proposé le critère de l'onérosité excessive. Pourtant, là encore, le juge aura le choix. Il pourra s'en remettre purement et simplement à un expert ou bien garder le pouvoir entre ses mains et juger qu'en l'espèce il n'y a pas d'excès. C'est au fond ce qui est déjà effectué en matière de clauses pénales<sup>56</sup> et que reprend la réforme<sup>57</sup>.

La réforme est donc une tentation pour le juge. Succombera-t-il à la volonté de réguler, de dire ce que devrait être économiquement le contrat ? Ou bien se retranchera-t-il dans une analyse traditionnelle en raisonnant juridiquement ?

On pourrait rétorquer que les deux ne sont pas incompatibles. Au fond, le juge pourrait juger en régulant ou réguler en jugeant. Pourtant, la logique même du raisonnement est ici en cause. Le droit ne consiste pas à trancher des litiges sur le fondement de la morale, de la politique, voire de l'économie. Le droit a précisément un rôle de médiateur entre la morale et le politique<sup>58</sup>. Ronald Dworkin, dans son article fondateur sur les cas difficiles<sup>59</sup>, avait déjà montré que si une législation repose sur un objectif économique, elle n'appelle pas forcément à user de critères économiques pour juger. Si un fabricant d'avions souhaite obtenir une subvention prévue par un texte, il ne dira pas au juge qu'une telle attribution permettra d'améliorer la défense nationale<sup>60</sup>. La réforme est donc en définitive une occasion pour la doctrine de mener un débat sur le rôle du juge. En eux-mêmes, les textes ne sont ni économiques ni juridiques. C'est la façon de les interpréter qui les caractérisera comme tels. Tout dépend alors en dernière instance de la représentation que le juge aura de son propre pouvoir.

9. Le moyen commun : le pouvoir judiciaire. – Que la mission du juge soit de réguler ou de juger, il ne pourra le faire qu'en exerçant un pouvoir. Il y a pourtant une différence entre un pouvoir justifié par un savoir et un pouvoir indexé à la seule fin de réguler le contentieux contractuel.

L'emphase mise sur le pouvoir judiciaire se manifeste principalement par le recours toujours plus intense aux standards comme la bonne foi, le raisonnable, l'excès, la disproportion, la gravité, le déséquilibre. La question se pose alors de savoir si le juge jouera le jeu des concepts flous pour moduler sans cesse son appréciation en fonction de critères économiques ou bien s'il s'en tiendra plus classiquement à l'élaboration d'une cohérence qui s'inscrit dans la jurisprudence déjà existante.

En tout état de cause, les concepts indéterminés ne laissent pas forcément une liberté absolue au juge. Une fois qu'il a jugé certains cas en concrétisant la norme générale, l'exigence propre de cohérence qui pèse sur l'argumentation juridique le conduit à traiter les cas semblables de façon identique<sup>61</sup>. C'est ainsi que la faute inexcusable de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 a été définie de façon très étroite<sup>62</sup> et les cas où elle est retenue sont donc très peu nombreux<sup>63</sup>. De la même façon, l'existence de motifs graves pour refuser l'exercice du droit de visite et d'hébergement a été comprise de façon plutôt étroite et restrictive<sup>64</sup>. Le juge est donc libre de définir les notions indéterminées de façon étroite ou d'en faire une interprétation resserrée. Plus que les textes de la réforme, c'est l'attitude des juges face à la réforme qui est déterminante. Si l'on croit les conclusions de la thèse de Stéphane Rials<sup>65</sup>, c'est lorsqu'on donne au juge un pouvoir qu'il l'exerce avec mesure et c'est lorsqu'on cherche à brider son pouvoir qu'il procède à des interprétations extensives. Aussi, dans un souci de sécurité juridique et de continuité du droit, les juges miseront probablement sur une interprétation sans rupture de la réforme. C'est de cette façon que la marge d'incertitude inhérente aux concepts indéterminés et à l'approche factuelle des problèmes pourra être réduite. Agir de la sorte revient en définitive à récuser implicitement les présupposés de la vision économique du droit des contrats.

### III – Présupposés de la vision économique

10. Le règne des fins et la balance des intérêts. – La vision économique ne suppose pas simplement de prendre en compte les exigences et les contraintes de l'économie. Il suffit de relire le discours préliminaire de Portalis pour se rendre compte que le législateur a toujours été conscient qu'il devait composer avec des réalités qui lui étaient étrangères. La vision économique suppose plus fondamentalement ce que proposait François Gény en substitut de la méthode traditionnelle, viciée selon lui par un attachement excessif aux textes<sup>66</sup> et par l'abus des abstractions logiques<sup>67</sup>. En effet, il soutenait que : « L'ordre privé, se ramenant essentiellement à une conciliation d'activités libres et à une harmonie d'intérêts, en vue d'une finalité supérieure, ne peut – en dehors de la loi écrite, qui n'en offre jamais qu'une révélation incomplète – trouver ses bases, profondes et fermes, que dans la justice et l'utilité sociale, seuls éléments objectifs capables d'en suggérer les règles, fondées sur la nature des choses et adaptées aux exigences de la vie »<sup>68</sup>. L'analyse économique du droit se prête bien à une application au contrat, instrument par excellence d'un échange économique. L'économie peut ainsi prétendre être une justice réelle, la justice du marché et du juste prix, et par extension des justes relations contractuelles. Elle combinerait cette justice avec l'utilité, répartie selon des principes de réciprocité, de gain, d'efficacité et de recherche du meilleur coût. Le but final est alors la maximisation de l'utilité pour le plus grand nombre et en définitive un espoir d'augmenter le bonheur de tous.

La méthode juridique n'est certainement pas aveugle aux intérêts et aux finalités. Mais elle est bien plus modeste. Comme Philippe Rémy l'a excellemment écrit, elle est la déclaration imparfaite d'un ordre imparfait<sup>69</sup>. « La fin du droit civil n'est pas l'égalité, ni le bonheur, ni la vertu, ni la croissance économique, ni le bien-être social mais simplement la justice »<sup>70</sup> mais « cette justice-là s'écrit avec un petit "j" »<sup>71</sup>. L'art juridique « se pratique exclusivement sur des causes ou des cas où, précisément, des intérêts sont en conflit, entre lesquels il va falloir trancher »<sup>72</sup>. En peu de mots, tout est dit : le juge s'occupe moins de poursuivre des fins politiques ou économiques que de dire au regard d'un complexe de règles déjà données, quelle est la solution qui s'y agrège le mieux. Le juge n'est ni un administrateur, ni un régulateur, ni même le bras armé d'une politique. C'est précisément le point de vue juridique sur le juge : sa mission consiste à dire le droit et trancher des litiges et non à guider les hommes vers un bien-être collectif.

Pourtant, même dans cette voie, la méthode de la proportionnalité et de la balance des intérêts est présentée comme plus appropriée<sup>73</sup>. Il faudrait déterminer l'intérêt préférable au regard du cas d'espèce, privilégier la finalité sur le texte. La justification se devrait d'être pluridisciplinaire, intégrant ainsi les acquis de l'analyse économique du droit. Cependant, la méthode juridique est déjà une pesée des intérêts, sauf qu'elle opère par le truchement des qualifications. Cette façon de procéder s'est en effet historiquement imposée pour respecter le primat de la loi. Le législateur arbitre les intérêts divergents et le juge n'est pas censé bousculer les grands équilibres. Il l'a lui-même entendu de cette façon en refusant de consacrer le mariage homosexuel même en l'absence de texte l'interdisant explicitement<sup>74</sup>. C'est ce même point de vue que le Conseil constitutionnel a adopté lors de l'examen de la loi controversée : l'estimation des intérêts est de l'ordre du législateur<sup>75</sup>.

Ce qui est problématique dans la vision économique est donc le changement de l'office du juge, la modification de sa position institutionnelle. Or c'est à ce prix que la réforme du droit des contrats semble devoir atteindre les objectifs économiques qu'elle se donne. Le présupposé de l'analyse économique sur le rôle du juge est donc bien lourd à porter et suppose de s'émanciper des cadres d'analyse reçus. Mais pour quel gain ? En vérité, aucun – et il y a même perte. En effet, toute la méthode juridique vise à tenir à distance les considérations morales, politiques ou économiques. Non qu'elles soient mauvaises en soi mais elles n'ont plus lieu d'être discutées car elles ont déjà influencé les règles invoquées.

11. La loi performative. – La vision économique suppose encore que la loi ait le pouvoir de transformer le réel, qu'elle soit en un certain sens performative. Elle créerait une réalité nouvelle au lieu de déclarer un ordre existant. D'ailleurs, des économistes comme Hayek ont opposé l'ordre spontané et l'ordre créé et soutenu la supériorité du spontané sur le créé<sup>76</sup>. Il n'y a donc évidemment pas de pensée univoque dans le champ de l'analyse économique.

Pour autant, le discours entourant la réforme laisse penser qu'il y aurait des règles plus souhaitables que d'autres<sup>77</sup>, que certaines produiraient des effets néfastes<sup>78</sup>. La règle aurait ainsi une influence « incitative » sur les comportements<sup>79</sup>. La seule modification du droit permettrait ainsi d'attirer des investisseurs étrangers, de sécuriser les opérations, de créer de la confiance, etc.<sup>80</sup> Il est indéniable que toute règle de droit comporte à des degrés divers de tels effets sur les comportements. Il existe même souvent des stratégies de contournement des lois en pratique. Par exemple, en droit de la consommation, le délai de réflexion peut être évité en faisant signer immédiatement le consommateur et en lui demandant de poster la lettre plus tard.

Cela montre que la véritable analyse économique du droit devrait reposer sur des études empiriques<sup>81</sup> et ne pas être une économie du tableau noir<sup>82</sup> où les objectifs à atteindre sont définis de façon strictement théorique sans prise avec le réel, sans études empiriques précises. En bref, c'est le contraire de ce qui est aujourd'hui pratiqué.

La vision économique tend à regarder la loi comme régulant des comportements ou des conduites. Mais une fois encore, si le rôle du juge est avant tout de trancher des litiges, il n'est pas de surveiller et de prescrire des conduites. La vision économique du droit est fortement ancrée dans l'idée que le droit est un ensemble de règles de conduite<sup>83</sup>, mais « il n'est certainement pas possible de tenir pour une évidence que le droit serait dans les règles, dans les règles de comportement en particulier »<sup>84</sup>. Il faut au moins examiner l'hypothèse inverse, celle qui voit dans le droit une collection d'hypothèses et de cas et une occasion de raisonner en vertu de l'idée formelle de justice selon laquelle il faut traiter les cas semblables de façon identique<sup>85</sup>. L'art du raisonnement consistera alors moins à prédire les conséquences futures de l'application de telle ou telle solution mais, plus modestement, à tenter de déceler la solution préférable au regard des cas et solutions déjà existants. En un mot, ce n'est ni plus ni moins que l'art jurisprudentiel qui est le berceau même du droit.

Ainsi, la vision économique du droit suppose d'accepter un conséquentialisme<sup>86</sup>, c'est-à-dire de juger de l'opportunité des règles en vertu de leurs effets futurs et probables. C'est bien l'inverse de l'art juridique qui juge selon l'identité de la cause (au sens romain du terme) avec celles qui ont déjà été jugées ou prévues par les règles posées. C'est dire le gouffre qui existe entre ces deux approches et que le choix de basculer de l'une vers l'autre ne peut se faire sans un examen approfondi.

12. La transparence du droit. – Le présupposé le plus lourd et le moins évident à accepter est celui de la transparence du droit. La vision économique, comme d'ailleurs la vision politique ou sociale du droit, tend à penser le droit comme un moyen totalement neutre et transparent et qui pourrait être mis au service de n'importe quelle finalité. Il serait l'instrument d'une politique<sup>87</sup> et notamment d'une politique économique. Le droit n'aurait aucune consistance propre, peut-être aucune fin propre, et ses règles ne seraient que des outils dont le législateur et le juge pourraient disposer à l'envi. La preuve résiderait dans le fait que c'est le parlement, organe politique, qui édicte des règles et que c'est le juge, en fonction de la société, qui tranche les litiges.

Si cette conception du droit est en passe de contaminer les colonnes des revues, il faut être conscient qu'elle constitue une rupture majeure avec la façon dont le droit a historiquement émergé. Inventé à Rome, le droit a envahi la modernité<sup>88</sup>. Mais depuis Rome, il s'est surtout affirmé comme une forme spécifique de rationalité<sup>89</sup>. L'effort même du droit a été de s'élaborer comme un savoir propre<sup>90</sup>, à se construire comme un champ autonome, distinct de la religion<sup>91</sup> et de la politique<sup>92</sup>. De cette façon a pu naître un cercle d'experts<sup>93</sup> qui sont les ancêtres de qu'on appelle aujourd'hui la doctrine<sup>94</sup>. L'autonomie du savoir juridique<sup>95</sup> est inscrite dans l'histoire même de la raison juridique occidentale<sup>96</sup>. Elle a pour trait caractéristique la volonté de raisonner à partir de règles auto-référentes<sup>97</sup>, d'être une technique capable de s'auto-légitimer<sup>98</sup>.

Aussi, il ne faut pas se tromper : c'est cette forme même qui est aujourd'hui remise en cause. L'invasion de l'espace public qu'ont réalisée les sciences sociales et économiques prétend ravalier le droit au rang d'un instrument insignifiant dans les mains des juristes. Le ton même du rapport accompagnant la réforme montre que le droit est compris comme une excroissance de la volonté politique. Mais l'histoire du droit romain est encore vivante aujourd'hui. Il suffit d'ouvrir n'importe quelle revue ou ouvrage pour se rendre compte de l'extraordinaire pérennité de ce modèle intellectuel fondé sur une interprétation spécifique d'un champ propre qu'on appelle les sources du droit. Les juristes romains pourraient encore faire du droit à la Cour de cassation au XXI<sup>e</sup> siècle. Ce serait sans doute moins vrai si le modèle de l'analyse économique devait s'imposer.

Nous n'avons donc pas grand-chose à craindre en soi de la réforme du droit des contrats. Le danger se situe plutôt en nous-mêmes. Si nous abandonnons cette forme propre d'analyse et d'interprétation des règles pour verser dans l'approche conséquentialiste, c'est par notre propre dispositif d'interprétation que nous épouserons l'idée de mettre le droit au service de l'économie. Mais si nous pensons en juristes, alors désormais nous ferons comme avant !

## Notes de bas de page

<sup>1</sup> –

Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préambule.

<sup>2</sup> –

Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préambule.

<sup>3</sup> –

C. Atias, *Épistémologie juridique*, Dalloz, 2002, n° 289, p. 168.

<sup>4</sup> –

C. Atias et D. Linotte, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait » : D. 1977, chron., p. 251-258.

5 –

Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préambule, préc.

6 –

Communiqué de presse du ministère de la Justice, 11 févr. 2016.

7 –

P. Rémy, « Éloge de l'exégèse » : Droits 1985, p. 115 et s.

8 –

E. Mackaay et S. Rousseau, Analyse économique du droit, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2e éd., n° 667, p. 179.

9 –

E. Mackaay et S. Rousseau, Analyse économique du droit, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2e éd., n° 2121, p. 591.

10 –

[C. civ., art. 1121-1.](#)

11 –

[C. civ., art. 1137.](#)

12 –

[C. civ., art. 1123](#), al. 3 : « Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir ».

13 –

[C. civ., art. 1158](#) : « Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte ».

14 –

[C. civ., art. 1183](#) : « Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé ».

15 –

Communiqué de presse du ministère de la Justice, 11 févr. 2016, préc.

16 –

[LPF, art. L. 80-A.](#)

17 –

E. Mackaay et S. Rousseau, Analyse économique du droit, op. cit., n° 1333, p. 373 : « L'objectif du droit des contrats est de “minimiser la somme du coût de formulation du contrat par les parties, du coût de sa formulation par les tribunaux et du coût des comportements inefficaces résultant des contrats mal rédigés ou incomplets” ».

18 –

F. Gény, Science et technique en droit privé positif, Sirey, t. I, 1914, n° 40, p. 113.

19 –

J. Carbonnier, Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 10e éd., 2001.

20 –

C. Atias et D. Linotte, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », préc.

21 –

[C. civ., art. 1116](#), 1117, 1211, 1222, 1226, 1231, 1123, 1158, 1195, 1226, 1231 et 1307-1.

22 –

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

23 –

[C. civ., art. 1197](#), 1218 et 1301-1.

24 –

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

25 –

[Cass. 3e civ., 20 mai 2009, n° 08-13230.](#)

26 –

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

27 –

[C. civ., art. 1198](#), 1342-3, 1352-1, 1352-2 et 1352-7.

28 –

Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats commerciaux internationaux, 1994, art. 1. 7 : « Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international ».

29 –

J.-L. Bergel, Méthodologie juridique, PUF, coll. Thémis, 2e éd., 2016, n° 68, p. 121.

30 –

[Cass. com., 10 févr. 1981, n° 79-14906](#) : Bull. civ. IV, n° 78.

31 –

C. Witz, « Droit uniforme de la vente internationale de marchandises » : D. 2008, p. 2620 et s., spéc. p. 2628 ; [CA Lyon, 18 oct. 2012, n° 11/01896](#) : D. 2013, p. 2874, obs. C. Witz.

32 –

A. Hervio-Lelong, « Le bref délai de l'article 1648 : chronique d'une mort annoncée » : D. 2002, p. 2069-2078.

33 –

[C. civ., art. 1195.](#)

34 –

E. Mackaay et S. Rousseau, Analyse économique du droit, op. cit., n° 2121, p. 591.

35 –

[Cass. 1re civ., 13 oct. 1998, n° 96-21485](#), Tocqueville.

36 –

[C. civ., art. 1125](#) à 1127-6.

37 –

[C. civ., art. 1316-1.](#)

38 –

Communiqué de presse du ministère de la Justice, 11 févr. 2016, préc., p. 2.

39 –

[Cass. 1re civ., 20 mars 2001, n° 99-14982](#) : Bull. civ. I, n° 76.

40 –

[Cass. 1re civ., 30 avr. 2009, n° 08-11093](#) : Defrénois 2009, p. 1289, obs. R. Libchaber ; JCP G 2009, n° 27, 73, p. 17, note J.-J. Ansault ; D. 2009, p. 2400, obs. L. Andreu ; RTD civ. 2009, p. 531, obs. B. Fages ; [RDC 2009, p. 1363](#), obs. D. Mazeaud.

41 –

[Cass. 3e civ., 3 mars 1993, n° 91-15613](#) : Bull. civ. III, n° 28.

42 –

R. Coase, « The Social Cost » : The Journal of Law & Economics, vol. 3, 1960, p. 1-44.

43 –

[C. civ., art. 1195.](#)

44 –

[C. civ., art. 1106.](#)

45 –

E. Mackaay et S. Rousseau, Analyse économique du droit, op. cit., n° 1295, p. 362.

46 –

J. Gordley, Foundations of Private Law : Property, Tort, Contrat, Unjust Enrichment, Oxford University Press, 2006, p. 333.

47 –

E. Mackaay et S. Rousseau, Analyse économique du droit, op. cit., n° 983, p. 266 : elle est « l'ingrédient essentiel de notre pensée, de nos décisions ».

48 –

[C. civ., art. 1171](#), à propos des clauses abusives dans un contrat d'adhésion.

49 –

[C. civ., art. 1141](#), pour l'appréciation de la violence dans l'usage d'un recours.

50 –

[C. civ., art. 1221](#), pour refuser l'exécution en nature.

51 –

[C. civ., art. 1195](#), pour accepter la révision du contrat.

52 –

[C. civ., art. 1229](#), pour l'opportunité des restitutions.

53 –

[Cass. 3e civ., 20 mars 2002, n° 00-16015](#) : RTD civ. 2002, p. 333, obs. T. Revet, sanction d'un empiètement de 0,5 centimètre sur une propriété voisine – [Cass. 3e civ., 11 mai 2005, n° 03-21136](#), insuffisance de niveau de 0,33 mètre par rapport aux stipulations contractuelles.

54 –

[Cass. 3e civ., 17 janv. 1984](#) : RTD civ. 1984, p. 711, obs. J. Mestre, piscine comportant trois marches au lieu des quatre prévues au contrat.

55 –

D. d'Ambra, L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 236, 1994.

56 –

[C. civ., art. 1152 anc.](#)

57 –

[C. civ., art. 1231-5](#), qui mentionne toujours l'excès de l'indemnité et le pouvoir de réduction du juge.

58 –

J. Freund, « Droit et politique. Essai de définition » : Archives de philosophie du droit 1971, p. 15-35.

59 –

R. Dworkin, « Hard Cases » : Harvard Law Review, vol. 88, n° 6, avr. 1975, p. 1057-1109, repris in Prendre les droits au sérieux, PUF, coll. Léviathan, 1995.

60 –

R. Dworkin, Prendre les droits au sérieux, op. cit., p. 156.

61 –

F. Rouvière, « Qu'est-ce qu'une recherche juridique ? », in Tanquerel et a. (dir.), L'évaluation de la recherche en droit, Bruyant, Bruxelles, 2015, p. 117-137.

- 62 –**  
[Cass. ass. plén., 10 nov. 1995, n° 94-13912](#) : Bull. civ. ass. plén., n° 6.
- 63 –**  
 F. Haid, Les notions indéterminées dans la loi, thèse Aix-en-Provence, 2005, n° 183, p. 298.
- 64 –**  
 A. Gouttenoire et H. Fulchiron, Rép. civ. Dalloz, V° « Autorité parentale », 2015, nos 252 et s.
- 65 –**  
 S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard, LGDJ, coll. Bibl. dr. publ., t. 135, 1980.
- 66 –**  
 F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, LGDJ, 2e éd., 1954, n° 12, p. 28.
- 67 –**  
 F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, LGDJ, 2e éd., 1954, n° 60, p. 124.
- 68 –**  
 F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, LGDJ, 2e éd., 1954, n° 81, p. 187-188.
- 69 –**  
 P. Rémy, « Les civilistes français vont-ils disparaître ? » : Revue de droit de McGill, vol. 32, 1986, p. 154.
- 70 –**  
 P. Rémy, « Les civilistes français vont-ils disparaître ? » : Revue de droit de McGill, vol. 32, 1986, p. 153.
- 71 –**  
 P. Rémy, « Les civilistes français vont-ils disparaître ? » : Revue de droit de McGill, vol. 32, 1986, p. 153.
- 72 –**  
 P. Rémy, « Les civilistes français vont-ils disparaître ? » : Revue de droit de McGill, vol. 32, 1986, p. 154.
- 73 –**  
 P. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation » : D. 2014, p. 2069.
- 74 –**  
[Cass. 1re civ., 13 mars 2007, n° 05-16627](#).
- 75 –**  
 Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, § 22 : « en ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation ».
- 76 –**  
 F. A. Hayek, Essais de philosophie, de science politique et d'économie, Les Belles Lettres, 2007, p. 250.
- 77 –**  
 E. Mackaay et S. Rousseau, Analyse économique du droit, op. cit., n° 2134, p. 595.
- 78 –**  
 E. Mackaay et S. Rousseau, Analyse économique du droit, op. cit., n° 2128, p. 592.
- 79 –**  
 E. Mackaay et S. Rousseau, Analyse économique du droit, op. cit., nos 2136 et s., p. 595.
- 80 –**  
 Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préambule, préc.
- 81 –**  
 E. Mackaay et S. Rousseau, Analyse économique du droit, op. cit., nos 2147 et s., p. 599.
- 82 –**  
 R. Coase, « Leçon inaugurale », 6<sup>e</sup> École d'été méditerranéenne d'économie industrielle, Cargèse, 16 sept. 1991, cité in J. De Bandt, J.-L. Ravix, P.-M. Romani et A. Torre, « Ronald H. Coase, Prix Nobel 1991 de Sciences économiques, ou de l'autre côté du "tableau noir" » : Revue d'économie industrielle 1991, vol. 58, n° 58-1, p. 7-14.
- 83 –**  
 C. Atias, « Sur E. Mackaay et St. Rousseau, Analyse économique du droit » : RRJ Cahiers de méthodologie juridique, n° 22, 2008, n° 7, p. 2471. (Pas si clair)
- 84 –**  
 C. Atias, « Sur E. Mackaay et St. Rousseau, Analyse économique du droit » : RRJ Cahiers de méthodologie juridique, n° 22, 2008, n° 8, p. 2472.
- 85 –**  
 F. Rouvière, « Le fondement du savoir juridique » : RTD civ. 2016, p. 286.
- 86 –**  
 E. Mackaay et S. Rousseau, Analyse économique du droit, op. cit., n° 2125, p. 592.
- 87 –**  
 P. Rémy, « Les civilistes français vont-ils disparaître ? », préc., p. 156 : « L'instrumentalisme est la conviction, très généralement répandue, que le droit n'est qu'une collection de techniques destinées à obtenir des résultats économiques ou sociaux déterminés. »
- 88 –**  
 A. Schiavone, IUS. L'invention du droit en Occident, trad. G. et J. Bouffartigue, Belin, coll. L'Antiquité au présent, 2008, p. 13.
- 89 –**  
 A. Schiavone, IUS. L'invention du droit en Occident, op. cit., p. 14.

- 90 –**  
A. Schiavone, IUS. L'invention du droit en Occident, op. cit., p. 22.
- 91 –**  
A. Schiavone, IUS. L'invention du droit en Occident, op. cit., p. 23.
- 92 –**  
A. Schiavone, IUS. L'invention du droit en Occident, op. cit., p. 24 et 326.
- 93 –**  
A. Schiavone, IUS. L'invention du droit en Occident, op. cit., p. 18, 42, 68 et 122.
- 94 –**  
P. Jestaz et C. Jamin, La doctrine, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, passim.
- 95 –**  
A. Schiavone, IUS. L'invention du droit en Occident, op. cit., p. 51, 121, 136, 147 et 349.
- 96 –**  
A. Schiavone, IUS. L'invention du droit en Occident, op. cit., p. 50.
- 97 –**  
A. Schiavone, IUS. L'invention du droit en Occident, op. cit., p. 22.
- 98 –**  
A. Schiavone, IUS. L'invention du droit en Occident, op. cit., p. 51 et 283.

## **Contrats et obligations - Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 - Libres propos par Sophie Gaudemet**

Document: La Semaine Juridique Edition Générale n° 19, 9 Mai 2016, 559

---

La Semaine Juridique Edition Générale n° 19, 9 Mai 2016, 559

### **Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016**

**Libres propos par Sophie Gaudemet professeur à l'université Paris-Sud**

#### **Contrats et obligations**

Les précisions sur l'application dans le temps de la réforme étaient attendues. - Elles sont à l'article 9 de l'ordonnance n° 2016-131, qui fixe l'entrée en vigueur des règles nouvelles au 1er octobre 2016, précise leur application aux contrats et, silencieux quant au reste, renvoie aux principes des conflits de lois dans le temps. - Autant de questions avec lesquelles doctrine et pratique devront composer et dont on donne ici quelques illustrations

[Accès au sommaire](#)

Le projet d'ordonnance soumis à consultation ne comportait aucune disposition de droit transitoire, non plus que les avant-projets doctrinaux qui l'avaient précédé. L'article 9 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 lève – pour partie – le voile. Il fixe l'entrée en vigueur des dispositions de l'ordonnance au 1<sup>er</sup> octobre 2016 ; précise que les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne ; réserve trois dispositions d'application immédiate ; et rappelle que les instances introduites avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance seront poursuivies selon la loi ancienne, en ce compris en appel et en cassation. On s'autorisera à cet égard à reprendre une terminologie connue en usant dès à présent des expressions « loi ancienne » pour désigner les dispositions antérieures à l'ordonnance et « loi nouvelle » pour désigner celles qui en sont issues.

Deux observations préalables.

En premier lieu, rien n'exclut que la ratification de l'ordonnance intervienne après le 1<sup>er</sup> octobre 2016 (la loi d'habilitation laisse un délai de six mois à compter de la publication de l'ordonnance pour le dépôt devant le Parlement du projet de loi de ratification : *L. n° 2015-177, 16 févr. 2015, art. 27, II, 2°*). Si tel est le cas, on s'achemine vers la probable juxtaposition de trois droits : celui antérieur à l'ordonnance, celui issu de l'ordonnance et celui résultant des modifications que comportera le cas échéant la loi de ratification. Cette dernière pourra sans doute faire usage de dispositions interprétatives, pour autant que les corrections apportées au texte de l'ordonnance puissent être considérées comme telles. Au-delà, on sait combien la faculté pour le législateur de disposer pour le passé est encadrée par des exigences constitutionnelles et conventionnelles. Le Conseil constitutionnel l'a rappelé dans sa décision sur la loi d'habilitation : la loi de ratification, comme toute loi, sera tenue au respect de ces exigences (*Cons. const., 12 févr. 2015, n° 2015-710 DC, consid. 6 et 7*).

En second lieu, il faudra aussi compter avec de probables anticipations jurisprudentielles. Les hypothèses ne sont pas rares en effet où la jurisprudence anticipe – effet déclaratif aidant – les solutions du droit nouveau : parfois en fixant dans le sens des règles nouvelles des questions encore incertaines, parfois aussi en procédant à un revirement de jurisprudence. Selon toute vraisemblance, la réforme du 10 février 2016 comportera son lot d'anticipations jurisprudentielles, qui sortiront leurs effets dans les contrats en cours (rapp. *C. François, Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats : D. 2016, p. 506*).

Au bénéfice de ces précisions, l'ordonnance détermine les conditions de son application dans le temps aux contrats (1), mais ne fait pas de même pour le régime général des obligations (2), les quasi-contrats (3) ni le droit de la preuve (4), renvoyant ainsi aux principes des conflits de lois dans le temps. Et si les enjeux pratiques sont assurément perceptibles là où le droit nouveau innove, ils ne sont pas absents là où il n'innove guère, voire pas, ne serait-ce que pour déterminer s'il y a lieu de se prévaloir des anciens ou des nouveaux textes. On ne reviendra cependant pas sur les dispositions, simplement déplacées, relatives à la responsabilité extracontractuelle et à la responsabilité du fait des produits défectueux ; les principes des conflits de loi dans le temps applicables en matière de responsabilité permettront de déterminer la version applicable en la cause.

## 1. Le contrat

Le principe est posé par l'ordonnance de la survie de la loi ancienne (A) et la réserve faite de trois dispositions déclarées d'application immédiate (B).

### A. - Principe de survie de la loi ancienne

L'article 9 de l'ordonnance énonce que « *les contrats conclus avant [le 1<sup>er</sup> octobre 2016] demeurent soumis à la loi ancienne* ». Le droit nouveau n'aurait en toute hypothèse pu, sans rétroactivité, s'appliquer aux conditions de validité non plus qu'aux effets passés des contrats en cours à la date de son entrée en vigueur. Les effets à venir des contrats en cours sont, quant à eux, en principe, régis par la survie de la loi ancienne, celle sous l'empire de laquelle les volontés se sont rencontrées. Il n'y a lieu à application immédiate de la loi nouvelle qu'au terme d'une disposition transitoire en ce sens ou pour la raison que les règles en cause sont jugées, soit d'ordre public particulièrement impérieux, soit relever d'un statut légal (V. spéc. *P. Roubier, Le droit transitoire - Conflits des lois dans le temps : Dalloz, Sirey, 2e éd., 1960, réimp. Dalloz, 2008, no 82 et s., p. 411 et s.*). C'est semble-t-il pour prévenir ces discussions que les auteurs de l'ordonnance ont expressément consacré la survie de la loi ancienne, afin « de ne pas susciter d'interrogation sur ce point » est-il précisé dans le rapport au président de la République.

Le domaine d'application de la loi ancienne n'en soulève pas moins différentes questions, dont on ne saurait donner ici que des illustrations après quelques éléments sur l'identification des anciens et des nouveaux contrats.

### • Identification des anciens et des nouveaux contrats

**Renouvellement et tacite reconduction.** - Seront assurément des nouveaux contrats ceux conclus de toute pièce sous l'empire du droit nouveau. Mais le seront aussi ceux renouvelés, dont ceux tacitement reconduits, à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 (sur les formes que peut prendre le renouvellement : exprès, stipulé ou tacite, V. *A. Bénabent, La prolongation du contrat : RDC 2004, p. 117*). Les textes désormais consacrés à « la durée du contrat » le rappellent : le renouvellement et la tacite reconduction donnent naissance à un nouveau contrat, dont le contenu est certes en principe identique au précédent (*C. civ., art. 1214 et art. 1215*), mais qui n'en sera pas moins soumis au droit nouveau, et ce faisant aux dispositions impératives de celui-ci. D'où la précaution qui pourrait consister, pour ceux qui voudraient écarter ou aménager le droit nouveau là où ils le peuvent, à le faire explicitement avant le renouvellement de leur contrat afin d'éviter des difficultés d'interprétation sur ce point.

**Prorogation.** - Différente est la prorogation. Elle procède d'un accord des parties pour différer le terme initialement convenu, qui ne doit par hypothèse pas être atteint. Elle emporte ainsi prolongation d'un contrat en cours, lequel demeure régi par le droit sous l'empire duquel il a été conclu (V. not. *A. Bénabent, préc.* - Pour une autre analyse, *J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, Les effets du contrat : LGDJ, 2001, n° 223 in fine*, citant not. *I. Pétel, Les durées d'efficacité du contrat, thèse Montpellier, 1984, n° 616*), sauf, ainsi qu'il a été ajouté, « à s'interroger sur une fraude à la loi consistant à faire échec à une loi nouvelle par un accord de prorogation des contrats antérieurs » (*A. Bénabent, préc.*).

**Contrat en voie de formation.** - Deux exemples peuvent être pris de situations dont la constitution s'échelonne dans le temps.

Premier exemple : l'offre et l'acceptation. Ainsi d'une offre émise avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et acceptée après ; voire – puisque l'ordonnance retient le système de la réception (*C. civ., art. 1121*) et que l'on ne peut exclure que la jurisprudence, aujourd'hui hésitante, consacre à l'avenir cette solution – d'une offre émise et acceptée avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016, mais dont l'acceptation parvient à l'offrant après cette date. La logique des conflits de lois dans le temps voudrait que le contrat soit conclu sous l'empire du droit nouveau (rapp. *F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations : Dalloz, 11e éd., 2013, n° 166*), laissant dans le premier cas l'offrant tributaire du délai de réponse de l'acceptant, dans le second l'offrant et l'acceptant tributaires des délais d'acheminement postaux... Tout ceci n'est guère propice au respect des prévisions contractuelles. Aussi pourrait-on imaginer de prévenir la situation : le cas échéant en posant à titre de condition la conclusion définitive du contrat sous l'empire du droit ancien voire, à l'inverse, en faisant le choix du droit nouveau même non encore en vigueur (V. en ce sens, *Cass. 3e civ., 23 mars 1977, n° 75-14.708 : Bull. civ. 1977, III, n° 151 ; D. 1978, p. 163, note E. Agostini. – Rapp. Cass. 2e civ., 19 mars 2009, n° 07-19.506 et n° 07-19.559 : JurisData n° 2009-047544 ; Bull. civ. 2009, II, n° 80*).

Second exemple : les avant-contrats. Conclues avant l'entrée en vigueur du droit nouveau, ils seront régis par le droit ancien. Ce qui posera d'ailleurs une autre question : celle de savoir si la jurisprudence anticipera les solutions de l'ordonnance sur l'exécution forcée de la promesse unilatérale (*C. civ., art. 1124*), par abandon de la solution de 1993 (*Cass. 3e civ., 15 déc. 1993, n° 91-10.199 : JurisData n° 1993-002405*). Au-delà, la situation pourra notamment se rencontrer d'une promesse unilatérale conclue sous l'empire du droit ancien et d'une option levée à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016, scellant la conclusion du contrat définitif. On en revient alors à la question de savoir s'il ne conviendra pas de prévenir conventionnellement ces difficultés.

**Contrats-cadre et contrats d'application.** - La distinction est connue, que consacre la réforme. Les contrats-cadre, conclus suivant le droit ancien, demeureront régis par celui-ci. Les contrats d'application quant à eux, s'ils « précisent les modalités d'exécution » des contrats-cadre selon la définition qu'en donne l'ordonnance (*C. civ., art. 1111*), n'en sont pas moins de nouveaux accords de volonté. Raison pour laquelle les contrats d'application conclus à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 devraient relever du droit nouveau, quand bien même ils interviennent en exécution d'un contrat

soumis au droit ancien (rapp. *J. Gatsi, Le contrat-cadre : LGDJ, 1996, n° 284*). Il y a lieu de penser, en effet, que les contrats-cadre ne peuvent figer la législation ancienne pour y soumettre les contrats à venir.

**Cession de contrat.** - La cession de contrat conclue à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 relèvera du droit nouveau. Il semble en revanche que le contrat cédé devrait rester régi par le droit sous l'empire duquel il a été conclu. Sa cession, ou plus exactement la cession par le cédant de sa qualité de partie au contrat pour reprendre l'analyse consacrée par l'ordonnance (*C. civ., art. 1216*), « est destinée à permettre la continuation du contrat » (*Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Les obligations : LGDJ, 7e éd., 2015*). Elle peut être considérée, selon la même doctrine, « comme une forme de modification subjective du contrat : la force obligatoire reste la même, la cause demeure, l'objet est inchangé ; seule une des parties est remplacée par une autre » (*ibid.* - *Adde L. Aynès, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes : Economica, 1984*).

#### • **Domaine de la survie de la loi ancienne**

Les contrats conclus à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 seront régis par le droit nouveau. La consécration par l'ordonnance du principe de survie de la loi ancienne veut quant à elle que les contrats en cours à cette date demeurent régis par le droit ancien, non seulement dans leurs conditions et effets passés mais aussi dans leurs effets à venir. Les raisonnements anciens seront reconduits, sans exclure l'anticipation de telle ou telle solution par la jurisprudence.

Ceci rappelé, on s'en tiendra à deux questions, aux extrémités de la formation et de l'exécution du contrat.

La première procède davantage du rappel : les négociations précontractuelles relèvent non pas de la loi applicable au contrat, mais de celle qui l'est au jour où le fait dommageable a eu lieu, comme c'est le principe en matière de responsabilité délictuelle.

La seconde question est plus délicate, relative à l'inexécution du contrat (on aurait pu raisonner aussi sur l'annulation). Roubier distinguait en la matière les questions tenant aux « conditions mêmes de l'existence du droit » (exemple pris d'une loi transformant en une clause opérant *ipso facto* une clause qui n'opérait pas de la sorte) de celles tenant aux « formes du droit » (exemple pris d'une loi édictant de nouvelles formalités de mise en œuvre d'un droit existant) ; les premières relevant de la survie de la loi ancienne, les secondes de l'effet immédiat de la loi nouvelle (*op. cit., n° 81, spéc. p. 405 et s.*). Que penser à ce titre de la faculté de solliciter une réduction du prix (*C. civ., art. 1223*), des formalités posées pour la résolution par notification (*C. civ., art. 1226*) ou encore des textes sur les restitutions (*C. civ., art. 1352 et s.*) ? On pourrait être tenté de répondre que, quelle que soit l'analyse retenue, l'ordonnance a tranché en prévoyant que les anciens contrats demeurent régis par le droit ancien sous les trois seules exceptions qu'elle réserve (*V. infra*). Pourtant, il n'est guère certain que l'on puisse en conclure que le départ ne sera pas fait entre ce qui relève de la loi du contrat et ce qui n'en relève pas. Les questions qui débordent le domaine proprement contractuel pourraient bien relever, comme il en est traditionnellement, de l'effet immédiat, la question étant de savoir où passera la ligne de partage. Ce d'autant plus que la Cour de cassation n'a pas exclu, dans un avis de 2015, de compléter les dispositions transitoires d'une loi pour y ajouter un texte d'application immédiate (*Cass., avis, 10 févr. 2015, n° 14-70.011, sur lequel V. spéc. RTD civ. 2015, p. 569, obs. P. Deumier*). Sans doute les circonstances étaient différentes, et l'ajout visait semble-t-il à remédier à un oubli, qui plus est en donnant effet à une règle protectrice des locataires (*V. P. Deumier, préc.*)... Il n'en résulte pas moins, de façon générale, une forme d'incertitude sur le traitement par la Cour de cassation des dispositions de droit transitoire ; et en l'occurrence, sur les limites de l'application de la loi contractuelle et par là même de la survie de la loi ancienne. Autant de questions à propos desquelles, d'ailleurs, les considérations de politique juridique l'emportent parfois sur celles de pure technique juridique.

#### **B. - Exceptions en faveur de l'application immédiate**

Les exceptions expressément posées par l'ordonnance à la survie de la loi ancienne concernent les trois nouvelles actions ou « *interpellations* » interrogatoires qui visent, s'agissant de l'existence d'un pacte de préférence (C. civ., art. 1123), des pouvoirs du mandataire (C. civ., art. 1158) et des causes de nullité (C. civ., art. 1183), à permettre à celui qui s'apprête à conclure ou à exécuter un contrat d'interroger une partie ou un tiers qui disposerait du moyen de contester l'opération (V. A. Bénabent, *Les nouveaux mécanismes* : RDC 2016, p. 17). L'objectif est de prévenir les contestations ; celles-ci devant s'exprimer en réponse à l'interpellation. De ces mécanismes, les auteurs de l'ordonnance ont voulu que les intéressés puissent user sans tarder, quand bien même les contrats en cause seraient soumis au droit ancien, et non sans possible influence des solutions retenues en matière procédurale (V. en ce sens le rapport au président de la République). L'application des dispositions correspondantes « *dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance* » s'entend selon toute vraisemblance du 1<sup>er</sup> octobre 2016, par application de l'article 1<sup>er</sup> du Code civil qui pose le principe de l'entrée en vigueur des lois « à la date qu'[elles] fixent » (*contra M. Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février (I) : LPA 26 févr. 2016, p. 8*).

## 2. Le régime général des obligations

Si elle indique les modalités de son application aux contrats, l'ordonnance ne comporte pas de précisions du même ordre sur le régime général des obligations, lequel a pourtant été réorganisé, mais aussi complété et amendé. Nombre de questions doivent en réalité pouvoir se résoudre à partir de ce qui a été dit du contrat. D'abord, parce que lorsque le droit de créance est d'origine contractuelle, c'est la loi applicable au contrat qui le régit. Ensuite, parce que les modes de circulation de l'obligation, dès lors qu'ils constituent eux-mêmes des conventions, devraient en tant que tels être régis par la loi en vigueur au jour où ils interviennent. Ainsi, la cession de créance, la reprise de dette, la novation, à quoi l'on peut ajouter la subrogation, relèveront du droit nouveau lorsqu'elles interviendront à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 ; mais elles devraient rester soumises au droit ancien, dans leurs conditions comme leurs effets, lorsqu'elles seront intervenues antérieurement (rapp. P. Roubier, *op. cit.*, p. 316, note 1).

Au-delà, on s'en tiendra à deux questions.

En premier lieu, le statut légal des créances. Le concernant Roubier distinguait : d'une part, les effets produits au jour de la naissance de la créance, régis par la loi applicable à cette date-là, et parmi lesquels les modalités de l'obligation, divisible ou indivisible, solidaire ou conjointe... ; d'autre part, les effets à venir de la créance, régis par la loi en vigueur au jour où ils se produisent, et parmi lesquels les formes de la mise en demeure, qu'il rapprochait des moyens de préservation des créanciers que sont les actions oblique et paulienne (P. Roubier, *op. cit.*, n° 67, p. 315 et s.- L. Bach, *Rép. civ. Dalloz, V° Conflits de lois dans le temps, no 504 et s.*).

Seconde question : le sort des obligations objet de la circulation. Si les modes de circulation de l'obligation sont eux-mêmes régis par la loi applicable au jour de leur naissance, reste la question du sort des obligations ainsi transmises ou transformées. Ne faudrait-il pas précisément distinguer les unes et les autres ? Lorsque l'obligation est transmise, au terme d'une cession de créance, reprise de dette, subrogation, on enseigne que le rapport d'obligation initial se poursuit, malgré le changement de titulaire, en sorte qu'il semble qu'il puisse rester soumis à la loi qui l'a vu naître. Lorsqu'en revanche l'obligation initiale est éteinte et remplacée par une obligation nouvelle, comme c'est le cas dans la novation, le nouveau rapport d'obligation devrait être soumis à la loi en vigueur au jour de sa naissance et ainsi aux dispositions impératives de celle-ci (V. A. Bénabent, *Droit des obligations : LGDJ, Lextenso-éditions, 14e éd., 2014, n° 834*).

Mention peut du reste être faite ici, dans le prolongement, de la distinction de la novation, qui emporte extinction d'une obligation préexistante et création d'une obligation nouvelle, et des simples modifications, qui laissent perdurer le rapport d'obligation initial (V. not. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, nos 1428 et s. - A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties : LGDJ, 1980*). La frontière est parfois délicate et la jurisprudence s'ordonne pour l'essentiel autour d'un arrêt ancien suivant lequel « il ne suffit pas » pour qu'une modification emporte novation « d'augmenter ou de diminuer la dette, de fixer un terme plus long ou plus court, et

d'ajouter ou de retrancher une hypothèque ou une autre sûreté, ou même de changer l'espèce de l'obligation, à moins que les parties n'expriment une intention contraire » (*Cass.req.*, 8 nov. 1875 : *DP 1876, I, p. 438, I*).

### 3. Les quasi-contrats

L'ordonnance ne précise pas non plus l'application dans le temps de ses dispositions sur les quasi-contrats. Ce qui renvoie aux principes des conflits de lois dans le temps, suivant lesquels les obligations nées d'un quasi-contrat, trouvant leur source dans un fait juridique, sont régies par la loi en vigueur au jour de celui-ci. On relira là aussi Roubier : « ce qui est vrai des faits générateurs de responsabilité [délictuelle] est vrai aussi des autres faits matériels qui engendrent une obligation (autrefois nommés quasi-contrats). Par exemple c'est la loi du jour de l'enrichissement qui dira s'il y a ou non enrichissement sans cause ; c'est la loi en vigueur au jour du paiement qui fixera les conditions de la répétition de l'indu, et qui dira ce que le défendeur doit restituer » (*op. cit.*, n° 42, p. 189).

### 4. La preuve

L'ordonnance enfin ne précise pas l'application dans le temps du titre nouveau sur la preuve, fait de reconductions mais aussi d'aménagements et de consécutions jurisprudentielles. Les solutions dégagées par Roubier devraient ici encore servir de guide (*op. cit.*, nos 53 et s., p. 234 et s. - *Adde L. Bach, préc.*, no 376 et s.).

L'auteur réservait les « hypothèses où la loi a prévu un établissement antérieur de la preuve », en tant qu'elles retentissent sur le fond du droit. Dans cette catégorie, il rangeait les preuves préconstituées, œuvre des parties, et les présomptions légales, œuvre de la loi ; les premières relevant de la loi en vigueur au jour de leur préconstitution, les secondes de celle en vigueur au jour où se sont produits les faits auxquels elles sont attachées. Ce qui devrait par exemple signifier l'application aux anciens contrats des anciens articles (modifiés dans leur numérotation davantage que dans leur contenu) sur l'exigence d'une preuve littérale ou la définition du commencement de preuve par écrit.

Le reste consiste en ce que Roubier appelait « la preuve débattue en justice ». Ces questions, écrivait-il, « ne concernent jamais que l'œuvre du juge ; dès lors il ne faut pas hésiter à dire que le juge se basera sur les lois qui sont en vigueur au moment du procès, c'est-à-dire au moment où son activité est en œuvre » (*op. cit.*, n° 54, p. 239). Étant encore précisé – et c'est ici l'ordonnance qui réserve la solution, comme il est de coutume en droit transitoire – que, dans les instances introduites avant qu'elle n'entre en vigueur, « l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation » (*Ord. n° 2016-131, art. 9, al. 4*).

**Recueil Dalloz 2016 p.1762**

## **Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats**

**Daniel Mainguy, Professeur à la Faculté de droit et science politique**

### **L'essentiel**

L'article 9 de l'ordonnance n° 2016-131 du 16 février 2016 sur la réforme du droit des contrats prévoit une entrée en vigueur doublement décalée : elle s'applique aux contrats conclus après le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la « loi ancienne ». L'ampleur de la réforme, toutefois, ne commande-t-il pas de proposer une interprétation audacieuse, pour ne pas dire moderne et réaliste, de cet article 9, à la lumière de la notion de « norme » applicable au droit des contrats, c'est-à-dire en tenant compte de la jurisprudence du droit des contrats, dans une considération globale de ces normes applicables aux contrats, pour, en fin de compte, proposer une application

immédiate de toutes les règles nouvelles ? L'un des moyens consiste tout à la fois à prendre la mesure de cette réforme, à mesurer l'intensité de ses règles nouvelles, notamment celles d'ordre public, et à comparer la valeur des différentes sources de règles du droit des contrats à l'aune de leur effet dans le temps. C'est dire que le débat n'est pas seulement technique, mais s'inscrit dans un débat plus global de théorie et de description du droit.

1 - La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations cherche à promouvoir la sécurité juridique pour mieux préserver la justice contractuelle<sup>(1)</sup>. C'est apparemment un oxymore : la justice par la sécurité, on pourrait se croire dans *Star Wars* ou dans *1984*. Au-delà de cette justification approximative, la question de la sécurité juridique en général, et de la sécurité juridique en droit des contrats en particulier, pose un singulier problème, notamment, mais pas uniquement, au sujet de l'entrée en vigueur d'une norme juridique nouvelle, quelle qu'en soit la source : tout le monde connaît d'ailleurs la question et la controverse autour de l'effet dans le temps des décisions de justice.

Cette question revient avec une particulière acuité dans la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, s'agissant, entre autres, des dispositions d'ordre public intéressant la formation des contrats dans la réforme. Elle offre l'occasion de revenir, d'une part, sur l'application au cas particulier des règles applicables en matière d'entrée en vigueur des normes juridiques dans le temps et, d'autre part, sur la question de la nature des normes juridiques applicables en droit français et leurs méthodes de production, afin de tenter de résoudre cette difficulté spécifique. On pourrait même observer que cette question est tellement essentielle qu'un esprit mal avisé serait tenté de considérer que la Cour de cassation a appliqué les règles nouvelles *par anticipation*, et donc, *retroactivement*, dans un arrêt récent du 22 mars 2016<sup>(2)</sup>.

C'est que, après les articles, commentaires, colloques, discussions, consultations de l'avant-projet d'ordonnance et l'ordonnance elle-même, tout le monde a envie d'en découdre : les modifications sont formidables ou critiquables, mais elles sont et les propositions d'interprétation de ces règles nouvelles sont déjà en concurrence. Or, s'il faut prendre l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 à la lettre<sup>(3)</sup>, il va falloir attendre la solution des litiges sur des contrats conclus après le 1<sup>er</sup> octobre 2016. Le juriste de droit des contrats ressent alors une double frustration. La première est évidente et reflète cet esprit d'enfant, pour ne pas dire puéril, qui sommeille en chacun de nous : comment ? Voilà une nouvelle voiture, magnifique, choisie avec soin et qui fera la fierté de la famille, livrée en octobre 2016, mais il faudrait se contenter de la regarder et attendre que l'ancienne, qui fonctionne toujours mais qui est aussitôt démodée, tombe en panne, pour que la nouvelle puisse être utilisée ? La seconde est plus anticipative : bien des contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 verront leurs effets se poursuivre longtemps après<sup>(4)</sup> et combien de temps se déroulera avant que la Cour de cassation rende son premier arrêt sur l'application d'une règle du nouveau droit des contrats pour un contrat conclu après le 1<sup>er</sup> octobre 2016 (hormis les trois règles d'application expressément immédiate) ? Il faudra donc aux générations actuelles et surtout futures de juristes, avocats, magistrats, intégralement formées au nouveau droit des contrats, ressortir des codes, des manuels, de 2016, pour faire (re)vivre de vieilles lunes, alors que tous les ouvrages seront à jour de la réforme de 2016 et que tous les écrits à venir ne feront que gloser sur son contenu ? Mais sur quelles bases ? L'essentiel du droit français des contrats d'avant 2016 est contenu dans la jurisprudence et guère dans les articles du code, tous interprétés et réinterprétés par la jurisprudence ; c'est d'ailleurs l'une des principales raisons justifiant la réforme (législative) du droit des contrats en 2016. Quel droit faudra-t-il appliquer en 2030 à un contrat conclu avant 2016 à propos d'une promesse unilatérale de contracter ou d'un pacte de préférence ou encore d'une clause dont le caractère significatif aurait été largement dénoncé depuis, d'une rupture abusive d'un contrat de distribution ? Faut-il repousser l'âge de la retraite des avocats et des magistrats et conserver un corps de « réserve » isolé des innovations à venir ? Faut-il maintenir des cours de droit « ancien » des contrats où l'on enseignera les beautés de la « cause », de la résolution judiciaire ou encore de l'obligation de donner et précieusement conserver les dernières éditions des ouvrages de droit des

contrats ? Tout cela n'a guère de sens. Aussi la question peut se poser de savoir si l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats, par leur vigueur, leur caractère global, innovant, stimulant, etc., s'impose, sinon par nature du moins par désir.

Or le principal obstacle à cette application immédiate repose sur les « règles » classiques de l'application de la norme nouvelle dans le temps, règles principalement jurisprudentielles, articulées autour d'un « principe de sécurité juridique », qu'il s'agirait donc de vaincre ou de contourner.

**2** - La « sécurité juridique » est, en effet, souvent présentée comme un « principe » : il existerait ainsi un « principe de sécurité juridique ». Or la sécurité juridique n'est pas l'objet d'une règle de droit positif, y compris sous la forme d'un « principe », auquel toutes les autres règles ou principes devraient se confronter. La sécurité n'est pas davantage une règle de droit que la justice, la cohérence ou quelque autre valeur que ce soit. Aucune trace, d'ailleurs, de ce prétendu « principe de sécurité juridique » dans la Constitution, par exemple, sinon dans des réserves constitutionnelles posées ici ou là dans des décisions du Conseil constitutionnel, ou alors dans des domaines précis, comme celui du droit pénal : la règle, dite « principe », de la légalité et de la nécessité des crimes et des peines ou la règle de l'interprétation stricte des règles pénales, règles qui disposent du même statut normatif que n'importe quelle autre règle. La sécurité comme la justice sont des valeurs, et point des règles<sup>■</sup>(5). Comme valeurs, elles assument, pour leurs zéloteurs, une fonction de légitimation de règles existantes ou une fonction de prescription de règles à venir, qu'il s'agisse d'une loi ou d'une décision de jurisprudence.

**3** - En droit des contrats, le débat entre les valeurs de « sécurité » et de « justice » se présente à au moins deux occasions. La plus connue est l'opposition, autour de l'interprétation de la notion de bonne foi dans l'article 1134, alinéa 3, et le nouvel article 1104 du code civil, entre la sécurité juridique, comprise comme le strict respect des stipulations choisies et consenties par les contractants, contre la justice contractuelle, comprise comme la faculté pour le juge d'interpréter ou de créer des obligations non prévues ou de supprimer des obligations présentes. Souvent présenté comme un débat entre partisans et détracteurs de la bonne foi contractuelle, ce débat est, également, en amont, un débat sur les pouvoirs du juge dans l'interprétation, non point des contrats, mais du droit des contrats, et, partant, un débat très classique de théorie du droit. Le débat se scinde en deux types<sup>■</sup>(6). Un premier débat oppose les jusnaturalistes, qui estiment que le droit des contrats *doit être* compris comme imposant un strict respect des stipulations du contrat ou, au contraire, qu'il existe des clauses inhérentes ou interdites en droit des contrats. Un second débat oppose les positivistes qui considèrent que le droit des contrats s'interprète par le juge qui réalise un *acte de connaissance* du droit à interpréter, dans la tradition normativiste, et ceux qui estiment qu'il s'interprète librement, le juge réalisant un *acte de volonté*, dans la conception réaliste. Chacun aura compris que les débats ne sont pas du tout identiques : le second suppose, en effet, pour les positivistes normativistes, qu'un « cadre » d'interprétation posé par le législateur ou le codificateur soit identifiable, qu'on puisse mesurer l'intention du législateur, etc., de telle manière que le juge puisse faire la part entre l'ensemble des *interprétations scientifiques* présentées par la doctrine pour réaliser son acte d'interprétation. Les imperfections, en termes de description de l'interprétation, sont connues, elles relèvent de l'école de la théorie réaliste de l'interprétation et se présentent ainsi : si le juge réalise un acte de connaissance, la jurisprudence doit alors être raisonnablement prévisible. Elle l'est effectivement, dans la plupart des situations. La plupart : comment expliquer et décrire, alors, les hypothèses dans lesquelles le juge n'interprète pas une norme existante mais en crée une, ou les hypothèses dans lesquelles le juge « sort » du « cadre » hypothétique d'interprétation ? Inversement, la conception réaliste explique, par la libre interprétation du juge, que l'acte d'interprétation, acte de volonté, ne dépende pas d'un tel « cadre » qui n'existe pas (nul ne peut connaître l'« intention » d'un législateur par ailleurs introuvable, etc.), mais alors, comment expliquer que cette liberté ne débouche pas sur une forme d'anarchie décisionnelle et que, au contraire, la jurisprudence demeure globalement stable, prévisible, cohérente, respectant une valeur de sécurité juridique, etc. ? Le débat est ici irréductible<sup>■</sup>(7), mais, en droit des

contrats, on peut reconnaître que la conception normativiste pourrait retrouver quelques forces dans le fait que si le « cadre » d'interprétation proposé par le codificateur de 1804, à le supposer connaissable, a disparu depuis bien longtemps, il avait été remplacé par le « cadre » d'interprétation proposé par la doctrine des « théories générales » depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle. Or la réforme de 2016 propose, sous la forme du rapport remis au président de la République comme genre de fiche d'explication, une sorte de « cadre », du moins pour ceux qui estiment que ce cadre existe, qu'il faudrait d'ailleurs combiner avec la méthode doctrinale : l'avenir montrera comment le juge se fiera, ou non (*a priori* non, il n'y a pas de « cadre », pas plus demain, qu'aujourd'hui ou hier), aux propositions de ce rapport, à confronter à celles de la doctrine, qui, déjà, pullulent. Cette question, accessoire dans le présent débat, présente cependant l'intérêt de ne pas masquer l'enjeu, en termes de description du droit, de l'avenir du droit des contrats.

4 - La seconde occasion est, sinon moins connue, en tout cas moins usuelle, et c'est celle sur laquelle ces quelques propos voudraient insister : il s'agit de la question de l'opposition, de nouveau, entre les valeurs de « sécurité » et de « justice » dans le problème de l'entrée en vigueur des normes nouvelles en droit des contrats.

Cette question est particulièrement complexe et se présente sous les auspices, assez mystérieux, de l'article 2 du code civil<sup>(8)</sup>, qui forme l'unique règle du droit légiféré du droit transitoire<sup>(9)</sup>, en revanche largement interprétée par la jurisprudence<sup>(10)</sup>. La plupart des commentaires puisent à la source, magistrale et générale, mais simplement doctrinale, proposée par le doyen Roubier dans son célèbre ouvrage sur *Le droit transitoire*<sup>(11)</sup>.

Pour résumer, la loi nouvelle ne saurait être rétroactive mais est d'application immédiate. Par conséquent, elle s'applique ordinairement aux situations juridiques nées après son entrée en vigueur et aux effets de situations juridiques nées antérieurement mais réalisés ensuite. Par exemple, si deux personnes se sont mariées en 1974, les règles de validité de ce mariage sont celles de la loi de 1965, mais la loi sur le divorce de 1975 est invocable ensuite, quand bien même elles se sont mariées dans un environnement juridique qui ne connaissait qu'une seule cause de divorce. Exception : les règles du droit des contrats et le « principe » dit « de survie » de la loi ancienne<sup>(12)</sup>. Les règles nouvelles ne s'appliquent qu'aux situations juridiques nées après l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle : le contrat conclu avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 reste régi par les règles du code civil de 1804 (sauf si la loi impose l'application immédiate de telle règle, c'est le cas des actions interrogatoires du nouveau régime). Toutefois, exception (potentielle) à cette exception : les règles d'ordre public sont applicables immédiatement, encore que cette exception s'envisage de manière très particulière en droit des contrats. Ainsi, la disposition nouvelle d'ordre public ne s'applique pas de manière automatique mais si des raisons commandent d'y déroger, et, en ce cas<sup>(13)</sup>, elle s'applique aux effets postérieurs d'une situation juridique née antérieurement à la loi nouvelle, mais elle ne peut aboutir à remettre en cause des situations juridiques acquises sous l'empire de la loi antérieure. Celles-ci demeurent donc régies par les lois antérieures : ce qui était valable demeure valable, ce qui était annulable le reste. Seules les normes nouvelles d'ordre public intéressant les effets du contrat s'appliqueront éventuellement immédiatement.

5 - Appliqué à la réforme du droit des contrats, cet ensemble de propositions est à confronter avec l'article 9 de l'ordonnance du 10 février 2016<sup>(14)</sup>. Ce texte fixe l'entrée en vigueur de la réforme au 1<sup>er</sup> octobre 2016, pose le principe de la survie de la loi ancienne, de manière assez vague cependant<sup>(15)</sup>, y compris s'agissant des procédures en cours<sup>(16)</sup>, et impose l'application immédiate des règles relatives aux actions interrogatoires des articles 1123, alinéas 3 et 4, 1158 et 1183, à des contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016. Or, à part les deux questions intéressant la date d'entrée en vigueur de la norme nouvelle et celle relative aux actions interrogatoires, l'article 9 est loin d'être complet. La question de la « survie de la loi ancienne », en effet, s'entend-elle en ce sens que la loi ancienne s'applique, en toutes circonstances, y compris face aux normes d'ordre public nouvelles, ou en exceptant ces normes d'ordre public nouvelles ? Si, alors, des

règles concernant les effets du contrat sont d'ordre public, elles pourraient s'appliquer immédiatement, c'est-à-dire aux effets postérieurs au 1<sup>er</sup> octobre 2016 de contrats conclus avant cette date. Cependant, la question demeure des règles d'ordre public (elles le sont presque toutes) relatives à la *formation* des contrats, et notamment celles relatives à sa validité. Si l'on suit les propositions de Roubier toutefois, elles ne devraient pas s'appliquer immédiatement, sauf à remettre en cause des situations juridiques nées régulièrement avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016. Pour prendre le cas de l'article 1171 permettant le contrôle des « clauses abusives », créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations d'un contrat d'adhésion, il en résulterait donc que ce texte, d'ordre public, ne pourrait être invoqué pour remettre en cause des contrats nés avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016, mais aux effets réalisés ensuite. Et ainsi pour toutes les règles relatives à la formation du contrat (17). La justification traditionnelle de cette césure repose sur une exigence de sécurité juridique entourant le contrat : le contrat, acte de prévision, conclu dans un environnement juridique donné, ne doit pas être remis en cause par une mutation de cet environnement juridique.

*A priori*, la thèse de Roubier est, par le truchement de l'article 9 de l'ordonnance de 2016, bien établie ; une loi nouvelle ne saurait remettre en cause, sauf disposition expresse, des droits nés régulièrement sous l'empire de la loi ancienne et, notamment, ne saurait justifier l'annulation ou l'écart d'une clause ou d'un contrat du fait de l'application des règles de la loi nouvelle (18), par exemple s'agissant d'une règle de forme nouvelle (19). Or cette question de « survie de la loi ancienne », et, par conséquent, le fait que les effets futurs d'un contrat nés avant la loi nouvelle sont ordinairement soumis à la loi ancienne, est fondée sur divers arguments, tous réfutables. Par exemple, le fait que la loi ancienne aurait été, par le consentement donné, intégrée au contrat par un « contrat tacite » entre les parties (20). Le fondement le plus communément utilisé est celui de l'existence du principe de sécurité juridique en vertu de la considération du contrat comme un acte de prévision et de la supériorité de la liberté contractuelle sur la volonté du législateur en raison du principe d'autonomie de la volonté (21), en sorte que le principe d'unité de la législation qui supposerait le principe d'application immédiate de la loi nouvelle se heurterait au constat de la diversité de la matière contractuelle (22). Ou bien encore les raisons justifiant l'application immédiate de la loi nouvelle auraient « moins de portée en matière contractuelle » (23).

Aucun de ces arguments, qui n'ont d'autre valeur que celle d'arguments, n'est absolument dirimant. Le principe de sécurité juridique n'est pas une règle de droit, mais une simple valeur, concurrencée par celle de justice, ou encore d'efficacité : la loi nouvelle a pu être adoptée pour des valeurs nouvelles, par exemple de justice contractuelle, et on pourrait considérer qu'il est de bonne justice, en termes d'efficacité, que les règles applicables à un contrat soient envisagées de manière uniforme. Par ailleurs, le « principe de l'autonomie de la volonté » est une justification, et non une règle de droit, et un fondement, visant à assurer la supériorité de la volonté sur le législateur et surtout sur le juge. Ce fondement peut être largement combattu par l'idée que les contrats ne sont obligatoires que pour autant qu'ils sont *légalement* valables, ce qui, en outre, correspond davantage à la réalité de description de l'interprétation du droit des contrats (24). En outre, la doctrine postérieure à Roubier montre que le principe de survie de la loi ancienne et l'exception contractuelle qu'elle consacrerait ont été contestés (25). Ils le sont notamment parce que, « dans certaines hypothèses et même dans certains domaines, ces raisons ne jouent plus » du fait de l'exigence d'uniformité des dispositions protectrices qui « doit l'emporter sur les prévisions des parties » (26). Enfin, la spécificité de l'institution contractuelle, qui brillerait par sa diversité, peut largement être discutée : il y a diversité des mariages, des sociétés, des sûretés comme des contrats, et, à l'inverse, si c'est du point de vue de l'unité qu'il faut discuter, il n'y a qu'un droit des contrats, quels que soient les types de contrats.

6 - À bien des égards, donc, l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance de 2016, selon lequel « les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne », est anachronique. Surtout, c'est un texte dont plusieurs interprétations peuvent être proposées. Ou bien (proposition n° 1) l'article 9, alinéa 2, signifie que le droit des

contrats nouveau ne s'appliquera en aucune manière aux contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016, puisque la règle de survie de la loi ancienne est ici posée (sauf les trois articles exceptés) et parce que le texte n'indique pas que les normes nouvelles d'ordre public, autres que les trois articles cités, s'appliquent immédiatement : ce serait ici l'application de la thèse de Roubier. Ou bien on considère que l'article 9, alinéa 2, ne définit pas ce qu'est la « loi ancienne » ou la « loi nouvelle » de sorte qu'on pourrait considérer que la loi ancienne s'entend des règles non modifiées par des règles d'ordre public, touchant à l'exécution du contrat (proposition n° 2), voire à la formation du contrat (proposition n° 3), ou bien encore qu'elle est constituée de toutes les règles non modifiées par la loi nouvelle, quelle que soit leur nature (proposition n° 4), dans une conception plus volontariste. Quatre propositions donc, pour une ampleur de l'effet immédiat particulièrement variable <sup>(27)</sup>.

De fait, la réforme opérée par l'ordonnance de 2016 ne s'analyse pas comme une réforme circonstanciée, touchant tel contrat spécial, ou telle disposition annexe qui pourrait avoir un effet sur un type particulier de contrat. Il ne s'agit pas non plus d'une réforme, même d'ampleur, touchant une discipline ou un secteur particulier, comme on y est habitué, par exemple, en droit des procédures collectives, où on peut sans trop de difficultés, comme en général en matière processuelle, définir un « avant » et un « après ». Il s'agit ici d'une réforme globale du droit des contrats, impliquant, sinon une conception nouvelle du contrat, du moins un ensemble de conceptions nouvelles de techniques juridiques applicables aux contrats, avec des conséquences à la fois substantielles et processuelles, et alors qu'il semble très difficile, voire aléatoire, de concilier les règles du nouveau droit des contrats, lesquelles pourraient s'appliquer immédiatement si elles étaient d'ordre public et touchaient aux effets d'un contrat (propositions n<sup>os</sup> 2 et 3), et celles de l'ancien droit des contrats. En outre, l'idée selon laquelle la réforme s'effectue à droit constant, un temps véhiculée, ne peut guère servir d'argument en ce sens, tant la réforme se présente de façon nouvelle et rénovée, et ce, quand bien même de nombreuses dispositions reprennent des dispositions anciennes ou des solutions de jurisprudence éprouvées <sup>(28)</sup>. Or l'avantage des règles nouvelles est d'offrir, dans bien des cas, un fondement textuel à une action ou à un argument, face à la difficulté de « saisir », processuellement, la jurisprudence. Au passage, notons que la jurisprudence n'est pas « imprévisible » ou « fluctuante » <sup>(29)</sup>, pas assez même, à lire bien des écrits ou ne l'est pas davantage (ou pas moins) que la loi. À bien des égards, dans la réforme, tout est nouveau et rien ne l'est : le changement est de type « révolutionnaire », au sens du code civil adopté en 1804, qui opérait une réforme, globale et d'application immédiate. Or il a été montré <sup>(30)</sup> depuis longtemps que le code civil de 1804 était la reprise, pour l'essentiel, des règles prévalant antérieurement, faisant la synthèse entre les règles d'Ancien régime et les règles révolutionnaires avec un certain nombre d'innovations, plus ou moins diffuses, à la manière dont l'ordonnance de 2016 réalise une synthèse entre le droit « classique » des contrats du code civil dans sa version de 1804 et le droit « moderne » des contrats tel qu'il a émergé de l'interprétation jurisprudentielle proposée depuis les années 1980.

7 - Dès lors, surgit l'idée d'un renversement de perspective, celle d'une application immédiate, globale, de la réforme du droit des contrats, sauf exception. Par exemple, comment concilier les règles applicables aux promesses unilatérales de contracter ou aux pactes de préférence, conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et dont les effets se manifesteraient ensuite, par exemple sur la question de l'exécution forcée en nature (à supposer que la jurisprudence l'admette), les avenants conclus après le 1<sup>er</sup> octobre intéressant des contrats conclus auparavant, la situation des contrats d'application conclus après le 1<sup>er</sup> octobre en exécution de contrats-cadre antérieurs, celle de la transmission, par voie de cession, par exemple, d'un contrat conclu antérieurement, etc. <sup>(31)</sup> ? S'ajoute le fait que les règles du droit des contrats forment un socle commun à de nombreuses branches du droit, du droit public au droit de la consommation, de telle manière qu'on envisage difficilement que les juridictions compétentes dans ces différentes branches se divisent sur ces questions.

Pour montrer que la position classique, disons de Roubier, ou, plus exactement, les conclusions qu'on

propose parfois du fait de ces propositions, est réfutable, et déjà réfutée, et que l'article 9, alinéa 2, n'interdit pas une telle proposition, on peut en outre envisager la norme juridique applicable aux contrats de manière plus large que du seul point de vue du droit *légal* des contrats, et envisager sa dimension jurisprudentielle, appelée, par hypothèse, à enrichir, compléter, créer, excepter, voire réfuter, des règles de ce droit légal (ancien ou nouveau d'ailleurs).

Or la perspective globale des règles applicables au droit des contrats encourage ce trouble, comme l'arrêt du 22 mars 2016 l'a montré<sup>8</sup>(32). Celui-ci propose un revirement de jurisprudence sur le point de savoir si la vente de titres à prix dérisoire est sanctionnée par une nullité absolue ou relative, pour choisir une nullité relative. Jusqu'alors, la chambre commerciale y décelait une nullité absolue. Or, dans cet arrêt, la Cour de cassation se fonde, ce qui n'est pas, en outre, une mince innovation, sur l'historique de ses décisions et de celles de la première et de la troisième chambres civiles, pour retenir la solution que proposera la réforme du droit des contrats. Simple revirement, alignement de jurisprudence ou application par anticipation de la réforme ? Difficile de le savoir dans la mesure où la Cour ne vise pas expressément l'article 1179 issu de la réforme, mais comment ne pas y songer, ne serait-ce que parce que l'arrêt reprend tout l'historique jurisprudentiel et vise le critère « moderne » de distinction entre les types de nullités de l'article 1179<sup>8</sup>(33). Or la portée de cet arrêt, à la supposer simplement fondée sur le droit antérieur, ne va pas cesser le 30 septembre 2016, ce qui montre que les interprétations jurisprudentielles, dans des matières générales, comme le droit des contrats, transcendent ce type de réformes. Cette perspective normative globale modifie alors considérablement le regard jeté sur les décisions futures, rendues sur le fondement du droit actuel ou du droit à venir.

Il s'agit alors de comparer l'effet dans le temps des normes juridiques, indépendamment de leur « source », et, plus exactement, les normes de source légale et celles de source jurisprudentielle en procédant en plusieurs étapes : 1) les normes de source jurisprudentielle existent et elles ont la même nature que les autres normes juridiques ; 2) elles ne sont pas nécessairement rétroactives par principe ; 3) il en résulte alors que les normes de source légale disposeraient par conséquent d'une force normative inférieure à celle des normes de source jurisprudentielle ; et donc 4) les normes de source légale *devraient* (c'est une proposition) être mises en oeuvre comme les autres normes ou bien les normes de source jurisprudentielle *devraient* être traitées comme les normes de source légale.

## **I - Les normes de source jurisprudentielle existent et ont la même nature que les autres normes juridiques**

**8** - Quelques explications, sinon à propos des termes utilisés ici, « norme de source jurisprudentielle », plutôt que ceux, plus communs, de source jurisprudentielle. La question des « sources » du droit est, en effet, un ensemble de considérations doctrinales autour des techniques de production des normes juridiques. À cet égard, si les normes de type légal, constitutionnel ou international, sont posées dans la Constitution, elles sont, par ailleurs, considérées comme disposant d'une autorité normative supérieure aux autres normes. C'est dans ce contexte que la simple référence à l'« autorité » judiciaire dans la Constitution de la V<sup>e</sup> République a nourri le débat sur la nature normative de celle-ci, encore présent d'ailleurs, fût-ce de manière résiduelle. Si la considération de la jurisprudence comme source de droit ne fait plus guère de débat, c'est cependant sur la base d'une analyse fonctionnelle, ou descriptive, de la jurisprudence. Il suffirait, en effet, de constater que la Cour de cassation produit des décisions qui créent des normes juridiques. On peut proposer une analyse plus générale : la jurisprudence créée par nature des normes juridiques, parce que tel est le rôle d'une cour souveraine, c'est-à-dire d'une autorité judiciaire dont les décisions ne peuvent pas faire l'objet d'un recours. Il suffit alors d'observer cette réalité. D'un point de vue institutionnel, depuis 1838, en effet, le référé législatif, ou ce qu'il en restait, a disparu, et les décisions de l'assemblée plénière de la Cour de cassation s'imposent à la

cour de renvoi. D'un point de vue fonctionnel, en outre, la Cour de cassation dispose, par la loi, du pouvoir d'interpréter toutes les normes juridiques de son champ de compétence, y compris celles qui intéressent sa capacité à interpréter les lois de procédure. C'est donc de la loi, de l'article 4 du code civil, par exemple, mais surtout des articles L. 411-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire et de l'article 604 du code de procédure civile, qu'elle tire son pouvoir : « (...) censurer (...) la non-conformité du jugement (...) aux règles de droit ». C'est donc la Cour de cassation qui dispose du pouvoir de déterminer ce que sont les règles de droit de référence et, ce faisant, d'en déterminer le contenu réel. Par conséquent, les décisions de la Cour de cassation sont des normes juridiques réelles, c'est-à-dire la signification objective d'un énoncé préalable, en ce sens qu'on peut faire une différence entre les types de normes juridiques. La loi, par exemple, propose un contenu qui est normativement indéterminé, puisque ce contenu dépend de l'interprétation qu'en fera la Cour de cassation (et ce, indépendamment des diverses propositions d'interprétation que formule la doctrine). La norme légale est donc une norme à interpréter, tandis que la décision de la Cour de cassation est une norme interprétée (34).

9 - Dès lors, si l'on considère les normes juridiques du point de vue de ces dernières et non plus du point de vue de leur source, on doit reconnaître que les normes juridiques sont uniformes : il existe des normes juridiques, lesquelles sont, éventuellement, produites par des sources distinctes, et la détermination des sources réellement productrices de telles normes par un système juridique dépend de ce système juridique, c'est-à-dire de ses règles d'organisation, mais aussi de ses traditions, son histoire, etc. Ainsi, en France, la considération historique du primat de la loi écrite repose, sans doute, sur la formule selon laquelle « la loi est l'expression de la volonté générale », sans que l'on puisse s'entendre de manière définitive sur le sens du mot « loi » dans cette formule, loi au sens formel de l'article 34 de la Constitution, loi au sens réel y compris donc la matière réglementaire, ou loi au sens de norme juridique quelconque, peu important ce sens puisque, en toute hypothèse, la Cour de cassation, par exemple, tire ses pouvoirs de la loi au sens formel. Il existe donc deux sources certaines de normes juridiques, la loi et la jurisprudence. On pourrait même ajouter que seule la jurisprudence est une source véritable de norme juridique puisque c'est la Cour de cassation qui déterminera, en toutes circonstances, le sens objectif à un moment donné de la norme légale qu'elle interprète. À quoi bon, cependant, s'encombrer de la notion de source dans la mesure où seule celle de « norme juridique » importe, sinon pour discriminer, parmi toutes les sources possibles de normes juridiques, celles qui sont des sources effectives de normes en droit français. On conclura donc ici, *a minima*, que les normes de source jurisprudentielle existent et qu'elles ont la même nature que les autres normes juridiques, les normes de source légale.

## II - Les normes de source jurisprudentielle ne sont pas rétroactives parce qu'interprétatives

10 - C'est, là, proposer une solution qui ne fait pas, loin s'en faut, l'unanimité dans le débat sur l'effet dans le temps des décisions de jurisprudence, question souvent résumée à un problème particulier, celui dit de « l'effet rétroactif des revirements de jurisprudence » (35). Pour résumer cette question sur laquelle de nombreux auteurs, et non des moindres, se sont penchés, avec une certaine autorité, il résulte que les revirements de jurisprudence sont rétroactifs, apportant un trouble dans l'ordre juridique qu'il s'agirait de combattre. Or on peut montrer que cette solution, présentée sous forme de syllogisme, confine au sophisme : la jurisprudence propose une interprétation, donc la jurisprudence est une source interprétative ; or les lois interprétatives sont rétroactives ; donc la jurisprudence est rétroactive. La difficulté repose sur l'idée que la jurisprudence serait une norme *interprétative*, ce qui est la conception très majoritaire, pour ne pas dire unanime.

11 - Or, pour tenter une proposition alternative (36), cette affirmation relève d'une confusion sémantique

entre les termes *interprétation* et *interprétatif*. En premier lieu, en effet, le fait que la Cour de cassation se livre à une activité d'interprétation signifie que sa mission de cassation passe par l'interprétation d'un énoncé préalable, visant à lui donner un sens objectif et immédiatement applicable. En ce sens, la Cour de cassation opère une activité normative de création de normes. Tel n'est pas cependant l'essentiel de l'activité de la Cour de cassation : en général, ses arrêts sont des arrêts de rejet pur et simple qui confirment la jurisprudence antérieure et, de ce fait, sont purement déclaratifs. Dans cette situation, et pour emprunter à la distinction entre jugements déclaratifs et constitutifs (37), le « droit » contesté devant la Cour de cassation est celui qui découle de l'arrêt d'appel, disons le droit de faire exécuter l'arrêt d'appel. En rejetant le pourvoi, dont l'objet est le procès de cet arrêt d'appel, elle émet un arrêt déclaratif. Tout comme la plupart des jugements sont déclaratifs, la plupart des arrêts de cassation le sont. En revanche, certains arrêts, de rejet ou de cassation, modifient la norme juridique applicable par un changement ou un ajout d'interprétation : dans cette situation, l'arrêt est constitutif, non d'un droit, mais d'une norme juridique nouvelle ; l'arrêt est constitutif. Par exemple, dans l'affaire *Alma mater* (38), elle ajoutait une norme où il n'y en avait pas, ou, dans l'affaire *Les maréchaux* de 2007 (39), elle proposait un nouveau sens à une norme, ici l'interprétation de l'article 1134, alinéa 3, du code civil ou encore, comme dans l'arrêt du 22 mars 2016, un revirement de jurisprudence assurant que, désormais, le contrôle de cassation s'effectuera selon un nouveau sens de la règle interprétée (règle qui est aujourd'hui de source jurisprudentielle). Affirmer que le travail d'*interprétation* judiciaire est un travail *interprétatif* repose alors sur une confusion sémantique. Une loi interprétative saisit le sens d'une loi préalable dont un terme pouvait prêter à confusion ; elle fait alors corps avec cette loi. De même, un arrêt interprétatif ou correctif donne un sens à une décision précise rendue préalablement. Mais ce sont là des situations exceptionnelles. En revanche, la question se pose de savoir si est parfaitement descriptif de la réalité le fait de considérer que la norme jurisprudentielle est *interprétative* au sens des lois ou des arrêts interprétatifs. C'est d'ailleurs une question de procédure posée par les articles 461 et 462 du code de procédure civile qui permet à un juge d'interpréter ou de corriger un jugement, et le jugement interprétatif fait corps avec le jugement interprété. C'est en outre une question de description de la norme jurisprudentielle : est-elle une interprétation dépendant d'un « cadre » prédéfini (conception normativiste qui pourrait justifier son caractère interprétatif), ou un acte de volonté créatif (conception réaliste qui en fait une norme autonome de la norme interprétée) ? À aucun moment, un arrêt, ordinaire, de la Cour de cassation ne fait corps avec la loi interprétée, ou un arrêt de jurisprudence ne fait corps avec l'arrêt dont la solution est renversée, qui elle-même ferait corps avec la loi interprétée. D'ailleurs, le pourvoi en cassation a pour simple objet d'assurer le procès d'un arrêt d'appel pour vérifier sa conformité aux « règles de droit » : la mission de la Cour est donc bien de donner le sens de ces règles de droit, pas de procéder à une interprétation au sens de l'article 461 du code de procédure civile.

**12** - Dès lors, l'affirmation du caractère automatiquement rétroactif de l'arrêt de cassation, et notamment d'un revirement de jurisprudence, mérite d'être posée. Dans la plupart des cas, la Cour de cassation rejette des pourvois sur le fondement de la conformité de l'arrêt d'appel à une norme dont elle a déjà fixé le sens (et se poserait alors la question de savoir pourquoi la Cour de cassation n'ose pas, encore, inscrire ses propres décisions dans le *corpus* des « règles de droit » de l'art. 604 c. pr. civ. (40)). Dans certains cas, la Cour de cassation rejette ou censure en offrant une signification nouvelle, inédite, de précision ou de revirement, à un énoncé préalable (là encore, ce peut être un énoncé préalable de type légal ou de type jurisprudentiel) : le pouvoir de la Cour de cassation est donc de donner un sens à une norme à interpréter aux fins de « créer » la norme, notamment lorsqu'elle n'interprète pas une norme préexistante (parce qu'elle n'existait pas), comme ce fut le cas dans l'affaire *Alma mater*, ou encore dans le cas de la jurisprudence sur les clauses de non-concurrence (V. *infra*, n° 13). La décision de cassation propose donc un effet d'innovation voisin de celui que propose une loi nouvelle. Dès lors, la question de l'application dans le temps de la norme de source jurisprudentielle dépendra de son autorité, norme d'ordre public ou non, norme contractuelle d'ordre public ou non. En toute hypothèse, que la décision de jurisprudence présente un effet rétroactif ou immédiat par nature, peu importe ici : dans les deux cas, aucune survie de la « norme ancienne » ne s'impose, bien au

contraire.

### III - Les normes de source légale disposeraient par conséquent d'une force normative inférieure à celle des normes de source jurisprudentielle

13 - Prenons alors deux exemples. Le premier, celui de l'application de l'article 1171 du code civil, après le 1<sup>er</sup> octobre 2016, à un contrat conclu avant cette date. L'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance de 2016, interprété dans le premier sens, celui de la thèse de Roubier, aboutit à conclure au rejet de cette application : la norme est certes d'ordre public, mais ce caractère ne saurait, sous couvert d'application immédiate, remettre en cause une situation juridique née régulièrement avant la loi nouvelle, puisque la norme touche à la formation du contrat, et parce que l'article 9 ne réserve pas l'application immédiate des normes d'ordre public (proposition n° 1, V. *supra*). Le contrat a été régulièrement formé avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016, la loi applicable à ce moment ne peut pas remettre en cause cette situation. On pourrait toutefois considérer que le fait que la sanction du déséquilibre significatif, la clause est réputée non écrite, ou le fait que la clause n'a d'importance que dans la mesure de sa mise en oeuvre, donc dans ses effets, permet d'interpréter l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance de 2016 de manière plus osée (proposition n° 3). Ce n'est pas la même chose que d'envisager les conditions, définitivement passées, de formation d'un contrat sous l'empire de la loi ancienne et l'appréciation, future, d'une clause, quand bien même elle aurait été consentie avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. D'ailleurs, lorsque, de manière voisine, la jurisprudence a sanctionné les clauses limitatives de responsabilité, à compter de 1996, ses décisions se sont appliquées immédiatement, sans difficulté, à des clauses conclues antérieurement à ces arrêts.

Second exemple alors : celui des conditions de validité des clauses de non-concurrence ; lorsque le 10 juillet 2002 (41), la chambre sociale de la Cour de cassation pose la règle selon laquelle les clauses de non-concurrence post-contractuelles dans un contrat de travail doivent, pour être valables, être accompagnées d'une contrepartie financière. On peut considérer que la Cour de cassation pose alors : (a) une norme de source jurisprudentielle ; (b) une norme de source jurisprudentielle qui n'interprète aucune loi précise préalable, si ce n'est l'ex-article 1131 du code civil, et donc fait une oeuvre créative, par un revirement ou un aménagement de jurisprudence ; (c) une norme de source jurisprudentielle intéressant la validité d'un contrat et donc d'ordre public ; (d) une norme de source jurisprudentielle dont le caractère rétroactif (ou d'effet immédiat) a été constaté. En toute hypothèse, l'effet dans le temps de cette norme de source jurisprudentielle s'est appliqué, *sans la réserve de Roubier*, à savoir qu'une norme nouvelle d'ordre public intéressant les contrats ne peut avoir pour objet de remettre en cause une situation juridique née régulièrement sous l'empire de la norme juridique antérieure. Précisément, l'arrêt de 2002 a créé une norme nouvelle qui remet en cause, par son application immédiate (ou rétroactive), une situation juridique née régulièrement auparavant. On pourrait multiplier les exemples : la jurisprudence sur l'affirmation que la signature de l'acte unilatéral est exigée *ad validitatem* ou *ad probationem*, l'application dans le temps de l'article L. 442-6 du code de commerce (s'il s'agit véritablement de remettre en cause un contrat ou une clause), la jurisprudence sur l'erreur sur les qualités substantielles, sur l'erreur sur la rentabilité, sur la question de savoir si la nullité est relative ou absolue, etc.

Imaginons que, avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016, la Cour de cassation considère que l'exigence de rémunération s'impose pour toutes les clauses de non-concurrence, cette norme nouvelle s'appliquerait à tous les contrats, quelle que soit leur date de conclusion. Imaginons que cet arrêt intervienne après le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et que la décision soit fondée, par exemple, sur le texte de l'article 1162 (nouveau) du code civil et du « but » du contrat : cette solution est-elle possible pour un contrat conclu avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 ? Assurément : la situation est absolument identique, peu important que l'article 1162 se soit substitué à l'ex-article 1131 du

code civil. C'est d'ailleurs, à bien des égards, le résultat de l'arrêt de la chambre commerciale du 22 mars 2016 déjà largement cité : il propose un renversement de jurisprudence sur la base d'une interprétation de règles elles-mêmes jurisprudentielles et sa solution, d'ordre public, vaut pour l'interprétation du droit ancien comme du droit nouveau des contrats, et ce, indépendamment de la date du 1<sup>er</sup> octobre 2016. À répéter l'exercice, il suffirait donc à la Cour de cassation d'interpréter les règles anciennes comme elle le ferait pour les règles nouvelles, et à la lumière de celles-ci, pour éclipser l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance de 2016.

On considère que la « sécurité juridique » est un principe validant la réserve de l'application immédiate de certaines règles d'ordre public en droit des contrats, alors il en résulte que, sous les auspices de ce « principe », la norme jurisprudentielle dispose d'une force normative supérieure à celle de la norme légale, ce qui est un comble si on s'en tient à la présentation traditionnelle des sources de normes juridiques en France.

#### **IV - Les normes de source légale *devraient* être mises en oeuvre comme les autres normes ou bien les normes de source jurisprudentielle *devraient* être traitées comme les normes de source légale**

**14** - Quelles peuvent être alors les conséquences de ce qui apparaît comme un simple constat ? Une première solution consiste à observer simplement la situation, indépendamment de tout jugement de valeur (c'est d'ailleurs, en général, à cette activité de spectateur neutre qu'on résume le travail des positivistes). Une autre consiste à dépasser ce constat et à tirer les conséquences de cette différence de statut.

On pourrait alors proposer que les normes juridiques de source légale soient traitées comme les normes juridiques de source jurisprudentielle et donc, pour le cas qui nous occupe, proposer que la Cour de cassation choisisse une interprétation audacieuse de l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance de 2016.

Par conséquent, on se trouverait, à considérer les seules sources, confronté à des normes juridiques applicables au droit des contrats d'intensité distincte : soumises à une interprétation étroite, ou classique (proposition n° 1, V. *supra*), de l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance de 2016 pour les normes de source légale, règles d'application immédiate (ou rétroactive selon l'analyse retenue) pour les normes de source jurisprudentielle.

On risque donc bien de se retrouver face à des choix jurisprudentiels cruciaux. Ou bien la jurisprudence choisit d'interpréter l'article 9, alinéa 2, strictement (proposition n° 1, V. *supra*), et l'application réelle de la réforme en sera repoussée d'autant, avec force exercice schizophrénique pour les rédacteurs de contrats, contraints de « penser 2016 » pour la rédaction des contrats conclus après le 1<sup>er</sup> octobre 2016, mais de « penser 1804 » pour tous les litiges nés de contrats conclus avant cette date, avec les inconvénients matériels déjà décrits. Ou bien la jurisprudence interprète l'article 9, alinéa 2, de manière plus libérale (propositions n°s 2 et 3), en tenant compte de la nature des normes d'ordre public de la réforme. Ou bien elle tient compte de la distance exagérément opérée entre les sources des normes juridiques applicables et considère (proposition n° 4) que l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016 vaut pour toutes les normes légales qui sont modifiées par celles-ci, au prix sans doute d'une interprétation très volontariste de son article 9 (proposition n° 4), mais au bénéfice, d'une part, d'une meilleure uniformité des règles du droit du contrat et, d'autre part, d'une considération homogène des différentes sources des normes juridiques du droit des contrats, dont la source jurisprudentielle.

**Mots**

**clés**

:

**CONTRAT ET OBLIGATIONS** \* Réforme \* Application dans le temps

- (1) Rapp. au président de la République, JO 11 févr. 2016 : « La sécurité juridique est ainsi à la fois l'un des objectifs de l'ordonnance et le moyen d'atteindre les autres buts, dont celui de la justice contractuelle » ; mais aussi : « La sécurité juridique est le premier objectif poursuivi par l'ordonnance, qui vise tout d'abord à rendre plus lisible et plus accessible le droit des contrats, du régime des obligations, et de la preuve ».
- (2) Com. 22 mars 2016, n° 14-14.218, s'agissant de la nullité relative d'un contrat conclu pour un prix dérisoire (V. art. 1169 c. civ.), D. 2016. 704 , et 1037, chron. S. Tréard  ; RTD civ. 2016. 343, obs. H. Barbier  ; RTD com. 2016. 317, obs. B. Bouloc .
- (3) « Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne ».
- (4) Songeons à l'arrêt *Canal de Craponne* (Civ., 6 mars 1876) dont les faits se déroulent en 1560 pour un arrêt de 1876, l'arrêt du 26 mai 2006 (Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, D. 2006. 1861 , note P.-Y. Gautier , 1864, note D. Mainguy , et 2638, obs. B. Fauvarque-Cosson  ; AJDI 2006. 667  ; Rev. sociétés 2006. 808, note J.-F. Barbièri  ; RTD civ. 2006. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ) sur les pactes de préférence, pour un pacte conclu en 1950, etc.
- (5) Comp. R. Cabrillac (dir.), Dictionnaire du vocabulaire juridique, LexisNexis, v° Sécurité juridique : « L'idéal vers lequel le droit doit tendre en édictant des règles cohérentes relativement stables et accessibles pour permettre aux individus d'établir des prévisions. Droit pour l'individu d'être fixé sur le contenu des dispositions qui lui sont applicables (c'est-à-dire le droit de ne pas voir ses prévisions remises en cause par un revirement de jurisprudence ou par un texte rétroactif). La reconnaissance de ce droit suscite des discussions. Nécessité de respecter la stabilité des situations qui amène à limiter les possibilités de les remettre en cause ». *Adde* T. Piazzon, La sécurité juridique, Defrénois, Lextenso, 2009.
- (6) Comp. D. Mainguy, Loyauté et droit des contrats de droit privé, *in* F. Petit (dir.) La loyauté, Dalloz, 2015, p. 5 ; Le contractant, personne de bonne foi ?, *in* C. Albigès (dir.), La réforme du droit des contrats, Presses univ. Montpellier, 2015, p. 83.
- (7) C.-S. Pinat, Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation : étude de théorie du droit, th. Montpellier, 2015.
- (8) *Adde* : art. 2222 c. civ. ; art. 691 c. com. ; art. 9 Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.
- (9) Comp. N. Bareït, Un projet oublié : la codification du droit transitoire, RTD civ. 2015. 551 .
- (10) Comp. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, Introduction générale au droit, LGDJ, 1994, n°s 399 s.
- (11) P. Roubier, Le droit transitoire, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1960, Dalloz, 2008, préf. L.-A. Barrière. Comp. *contra* : F. Dekeuwer-Defossez, Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine, LGDJ, 1977.
- (12) P. Roubier, *op. cit.*, n° 77.
- (13) J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 402.
- (14) V. C. François, Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, D. 2016. 506  ; S. Gaudemet, Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016, JCP 2016. 559.
- (15) Art. 9, al. 2, Ord. : « les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne ».
- (16) Art. 9, al. 4, Ord. : « lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation ».
- (17) Mais comp. Com. 22 mars 2016, n° 14-14.218, préc.
- (18) Civ. 3<sup>e</sup>, 17 févr. 1993, n° 91-10.942, Bull. civ. III, n° 19 ; RDI 1994. 120, obs. J. Foyer et J. Hudault .
- (19) V. pour l'application de la loi de 1963 imposant l'enregistrement des promesses unilatérales de vente d'immeubles dans un délai de dix jours : Civ. 3<sup>e</sup>, 7 nov. 1968, Bull. civ. IV, n° 444 ; JCP 1969. II. 15771, note P. L.
- (20) *Contra* : P. Roubier, *op. cit.*, n° 78, p. 388-390.
- (21) J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°s 402 et 405.
- (22) P. Roubier, *op. cit.*, n° 78, p. 391 : « il n'y a qu'un mariage, il n'y a qu'une adoption, il n'y a qu'une propriété, il n'y a qu'un usufruit, etc., mais il y a un nombre indéfini de contrats, il y a un nombre indéfini de

combinaisons contractuelles ».

(23) J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*

(24) V. D. Mainguy, Loyauté et droit des contrats de droit privé, préc. V. aussi, F. Dekeuwer-Defossez, *op. cit.*, n° 28.

(25) *Ibid.* V. aussi J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 406.\*(26) J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 411.

(27) *Contra* : Rapp. au président de la République, préc.

(28) V. N. Molfessis, Droit des contrats : que vive la réforme, JCP 2016. 180.

(29) V. Rapp. au président de la République, préc. « Par ailleurs, la jurisprudence est par essence fluctuante, et ne permet pas d'assurer la sécurité juridique que seul peut offrir un droit écrit (...). L'ordonnance met également fin à certaines hésitations jurisprudentielles nuisibles à la sécurité juridique, en déterminant par exemple à quelle date se forme le contrat ».

(30) A.-J. Arnaud, Les origines doctrinales du code civil, LGDJ, 1969. L'auteur souligne que le code mélange, déjà (p. 8 s.), pas toujours avec bonheur, esprit rationaliste, donc jusnaturaliste, et janséniste plutôt positiviste (dans la tradition thomiste, plus exactement légaliste).

(31) V. S. Gaudemet, préc.

(32) Com. 22 mars 2016, n° 14-14.218, préc.

(33) *Ibid.* : « c'est non pas en fonction de l'existence ou de l'absence d'un élément essentiel du contrat au jour de sa formation, mais au regard de la nature de l'intérêt, privé ou général, protégé par la règle transgressée qu'il convient de déterminer le régime de nullité applicable ». Comp. art. 1179 c. civ. : « La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ». Comp. M. Mekki, L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, 2004.

(34) V. D. Mainguy, Introduction générale au droit, Litec, 7<sup>e</sup> éd., 2016, à paraître.

(35) V. not., N. Molfessis (dir.), Rapport sur les revirements de jurisprudence, Litec, 2005 ; note ss Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 2009, n° 07-14.932 et n° 08-16.914, D. 2009. 2567 [📄](#). V. aussi, T. Revet, La légisprudence, Mélanges P. Malaurie, Defrénois, 2005, p. 377 ; P. Morvan, Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon, D. 2005. 247 [📄](#), et la note D. 2007. 835 [📄](#) ; C. Radé, De la rétroactivité des revirements de jurisprudence, D. 2005. 988 [📄](#) ; X. Lagarde, Jurisprudence et insécurité juridique, D. 2006. 678 [📄](#). *Adde* : V. Heuzé, À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, JCP 2005. I. 130 ; P. Sargos, L'horreur économique dans la relation de droit (libre propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence »), Dr. soc. 2005. 123 [📄](#) ; P. Voirin, Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (à propos de l'arrêt du 18 juin 1958), JCP 1959. I. 1467 ; J. Rivero, Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, AJDA 1968. 15 ; C. Mouly, Les revirements de jurisprudence, in L'image doctrinale de la Cour de cassation, Doc. fr., 1994, p. 123 ; Le revirement pour l'avenir, JCP 1994. I. 3776.

(36) Comp. D. Mainguy, L'interprétation de l'interprétation, JCP 2011. 603.

(37) Comp. L. Mazeaud, De la distinction entre jugements déclaratifs et jugements constitutifs de droits, RTD civ. 1929. 17.

(38) Cass., ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, D. 1991. 417 [📄](#), rapp. Y. Chartier [📄](#), 318, obs. J.-L. Aubert [📄](#), 424, note D. Thouvenin [📄](#), et 1992. 59, obs. F. Dekeuwer-Defossez [📄](#) ; RFDA 1991. 395, étude M. Long [📄](#) ; Rev. crit. DIP 1991. 711, note C. Labrusse-Riou [📄](#) ; RTD civ. 1991. 517, obs. D. Huet-Weiller [📄](#), 1992. 88, obs. J. Mestre [📄](#), et 489, étude M. Gobert [📄](#).

(39) Com. 10 juill. 2007, n° 06-14.768, D. 2007. 1955, obs. X. Delpech [📄](#), 2839, note P. Stoffel-Munck [📄](#), 2764, chron. R. Salomon [📄](#), 2844, note P.-Y. Gautier [📄](#), et 2966, obs. B. Fauvarque-Cosson [📄](#) ; RTD civ. 2007. 773, obs. B. Fages [📄](#) ; RTD com. 2007. 786, obs. P. Le Cannu et B. Dondero [📄](#).

(40) V. Com. 22 mars 2016, n° 14-14.218, préc. ; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2016, n° 15-10.552, D. 2016. 841 [📄](#).

(41) Soc. 10 juill. 2002, n° 00-45.135, n° 04-45.387 et n° 99-43.334, D. 2002. 2491 [📄](#), note Y. Serra [📄](#), 3111, obs. J. Péliissier [📄](#), et 2003. 1222, obs. B. Thullier [📄](#) ; Dr. soc. 2002. 949, note R. Vatinet [📄](#) ; RTD civ. 2003. 58, obs. J. Hauser [📄](#).

Recueil Dalloz 2016 p.506

**Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats**

Clément François, ATER à l'Université Paris I - Panthéon-Sorbonne

**L'essentiel**

La réforme du droit des contrats offre une belle occasion de manier les principes de l'application de la loi dans le temps. Les dispositions de l'ordonnance n'entreront en vigueur qu'au 1<sup>er</sup> octobre 2016 et seuls les contrats conclus à compter de cette date y seront soumis. Les autres demeureront régis par le droit ancien, hormis quelques rares dispositions de l'ordonnance qui, dérogeant à cette règle, s'appliqueront immédiatement aux contrats en cours. Toutefois, cette coexistence du droit nouveau et du droit ancien pourrait être estompée par la jurisprudence. En effet, l'ordonnance pourrait influencer l'interprétation par la Cour de cassation des anciennes dispositions du code civil.

Le gouvernement a publié au *Journal officiel* du 11 février 2016 la très attendue ordonnance n° 2016-13 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (I)(1). Si la teneur générale du texte était connue depuis la publication par la Chancellerie l'année dernière, d'un projet d'ordonnance, une question demeurait en suspens : celle de l'application dans le temps de la réforme. Elle ne s'appliquera qu'aux contrats conclus à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 (I), mais est probable qu'elle affecte indirectement la jurisprudence antérieure (II)

**I - L'application différée du droit nouveau**

L'ordonnance a été publiée au *Journal officiel*, mais n'a pas encore été ratifiée par le Parlement. Il convie donc, avant d'analyser les dispositions transitoires de l'ordonnance (B), d'envisager le sort de celle-ci en cas de ratification comme en cas de non-ratification (A)

**A - Le caractère facultatif de la ratification de l'ordonnance**

Les ordonnances, selon l'alinéa 2 de l'article 38 de la Constitution, « entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation ». Le texte contient une subtilité, souvent exploitée sous la Ve République, qui permet au gouvernement d'assurer la pérennité de son ordonnance sans avoir à obtenir la ratification par le Parlement (II)(2). Le gouvernement, ayant une large maîtrise de l'ordre du jour des assemblées (art. 48 Const.), peut « déposer » le projet de loi de ratification sur le bureau de l'une des deux chambres pour éviter la caducité de l'ordonnance, tout en s'arrangeant pour que le projet de loi ne soit jamais inscrit à l'ordre du jour. Le Conseil d'État a en effet jugé que la circonstance que le « projet de loi n'ait pas été inscrit, depuis son dépôt, à l'ordre du jour de la discussion parlementaire, n'est pas de nature à rendre caduques les dispositions de l'ordonnance » (III)(3). Partant, deux hypothèses sont désormais envisageables.

Première hypothèse, le projet de loi de ratification de l'ordonnance est déposé au bureau de l'une des deux chambres du Parlement, mais n'est jamais inscrit à l'ordre du jour de celle-ci. L'ordonnance entrera alors en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016, mais conservera une valeur réglementaire. Concrètement, cela signifie que le Conseil d'État sera seul compétent pour contrôler à la fois la légalité (4) et la constitutionnalité de l'ordonnance, le Conseil constitutionnel ne pouvant statuer sur un texte à valeur réglementaire (5).

Seconde hypothèse, le projet de loi de ratification est inscrit à l'ordre du jour de l'une des assemblées. Les parlementaires auront alors la possibilité, au moins théorique, d'amender le texte. À l'issue des débats, soit l'ordonnance sera ratifiée, éventuellement après avoir été amendée, et acquerra alors une valeur légale (6) qui la rendra préjudiciable d'un contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel ; soit l'ordonnance ne sera pas ratifiée et deviendra alors caduque. Le refus de ratification d'une ordonnance par le Parlement est toutefois une hypothèse hautement improbable, qualifiée par les constitutionnalistes de « cas d'école » (7).

La garde des Sceaux de l'époque avait annoncé, lors des débats sur la loi d'habilitation (séance publique de l'Assemblée nationale du mercredi 16 avr. 2014), que l'ordonnance serait soumise à la ratification dans les six mois de sa publication afin que les parlementaires puissent l'amender. On sait toutefois que M<sup>me</sup> Taubira a récemment quitté ses fonctions ministérielles et que le gouvernement et le Parlement semblent actuellement enlisés dans le débat sur la révision constitutionnelle faisant suite aux attentats de janvier et novembre derniers. Dans ce contexte, il n'est pas certain que la promesse puisse être tenue, ce qui n'empêchera pas l'ordonnance d'entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre prochain.

## **B - L'application de l'ordonnance aux contrats conclus à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016**

L'application dans le temps de l'ordonnance est régie par son article 9. Le premier alinéa de cet article prévoit que le texte entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et le second que « les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne ». Les contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 resteront ainsi entièrement régis par la loi en vigueur à l'époque de leur formation, aussi bien en ce qui concerne leurs conditions de formation, que leurs effets passés et futurs. Seuls les contrats conclus à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 seront régis par les nouvelles dispositions du code civil. L'alinéa 2 rappelle ainsi le principe de survie de la loi ancienne que la jurisprudence applique en matière contractuelle afin de ne pas déjouer les prévisions des parties (8).

Cette disposition transitoire n'est pas pour autant superfétatoire, car s'il existe déjà un principe jurisprudentiel de survie de la loi ancienne en matière contractuelle, la Cour de cassation considère parfois que le législateur a eu la volonté *implicite* d'appliquer immédiatement une disposition nouvelle aux effets futurs des contrats conclus avant son entrée en vigueur. Les critères jurisprudentiels qui permettent de caractériser cette volonté implicite du législateur sont difficiles à synthétiser (9) et sont par conséquent source d'insécurité juridique. La doctrine considère qu'une disposition légale est d'application immédiate aux contrats en cours lorsque cette disposition revêt un caractère d'ordre public ou lorsqu'elle est relative à un effet légal du contrat. La notion d'ordre public ici visée n'est pas celle de l'article 6 du code civil, mais un ordre public qualifié de « particulièrement impérieux » (10) dont la caractérisation au cas par cas demeure affectée d'un certain aléa. Quant à la notion d'« effet légal du contrat », il faut entendre par là « effet attaché par la loi au contrat » (11), c'est-à-dire un effet que le contrat produit indépendamment de la volonté de ses parties. Ce critère aboutit à des résultats parfois surprenants. La Cour de cassation a ainsi jugé en 1981, au terme d'un attendu très pédagogique, que l'action directe créée par l'article 12 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 était applicable immédiatement aux contrats de sous-traitance conclus antérieurement, car l'action directe « trouve son fondement dans la volonté du législateur et non dans les

contrats conclus entre les parties » (12). En 2005, elle aboutit à la conclusion inverse à propos de l'action directe créée au profit des transporteurs routiers par l'article 10 de la loi n° 98-69 du 6 février 1998 (13). L'attendu de principe lapidaire de cet arrêt, selon lequel « la loi du 6 février 1998 n'est pas applicable aux contrats conclus antérieurement à son entrée en vigueur », laisse l'interprète se perdre en conjectures.

L'alinéa 2 de l'article 9 de l'ordonnance permet ainsi de faire l'économie d'une exégèse hasardeuse de chaque disposition de l'ordonnance pour déterminer, sur la base de critères jurisprudentiels incertains, si le législateur a eu la volonté implicite de rendre ces dispositions d'application immédiate. La survie de la loi ancienne est donc la règle, sauf pour trois dispositions de l'ordonnance énumérées à l'alinéa 3 de l'article 9. Les actions interrogatoires créées en matière de pacte de préférence (art. 1123, al. 3 et 4), de représentation (art. 1158) et de nullité (art. 1183) sont applicables « dès l'entrée en vigueur de [l']ordonnance ». Il faut comprendre par là que ces dispositions seront applicables à tous les contrats, passés comme futurs, à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016. Trois observations peuvent être formulées sur ce point.

Tout d'abord, ces exceptions au principe de survie de la loi ancienne sont valables dès lors que ce principe a une valeur identique à celle du texte auquel la jurisprudence l'a rattaché, en l'occurrence l'article 2 du code civil, c'est-à-dire une valeur légale. Ce que le législateur a fait, il peut le défaire, il lui est donc loisible de déroger au principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle dans les limites qui lui sont imposées par la Constitution et par les traités internationaux. Certes, l'ordonnance conservera une valeur réglementaire tant qu'elle n'aura pas été ratifiée (*V. supra*), mais elle est fondée sur la loi d'habilitation qui, en habilitant le gouvernement à réformer le droit des contrats, conférait à ce dernier, ne serait-ce qu'implicitement, la compétence pour déroger à l'article 2 du code civil.

Ensuite, les dispositions visées par l'alinéa 3 de l'article 9 de l'ordonnance ne sont pas rendues rétroactives, mais seulement d'application immédiate. Il s'agit uniquement de permettre aux parties ou aux tiers d'exercer certaines actions interrogatoires à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016. Les effets produits par les contrats avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 ne sont pas affectés par cette disposition transitoire.

Enfin, cette dérogation au principe de survie de la loi ancienne semble raisonnable dès lors que ces trois actions interrogatoires visent à renforcer la sécurité juridique des tiers et/ou des parties sans déjouer les prévisions initiales de celles-ci. L'action interrogatoire de l'article 1183, par exemple, que l'on peut aussi analyser en une forme d'action en confirmation forcée, permet à une partie à un contrat entaché d'une cause de nullité de demander à l'autre partie de confirmer le contrat ou d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. Cette action ne déjoue aucunement les prévisions des parties et permet même de renforcer la sécurité juridique de celui qui exerce l'action.

La portée du dernier alinéa de l'article 9, l'alinéa 4, demeure quant à elle énigmatique. Cet alinéa précise que l'ordonnance ne s'applique pas aux instances introduites avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016. On comprend que le gouvernement ait souhaité éviter toute contrariété avec le droit au procès équitable de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais cette précision semble rendue inutile par la présence de l'alinéa 2 qui énonce que les contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 demeurent régis par la loi ancienne... Il nous semble que l'alinéa 4 ne pourrait trouver une utilité que dans une seule hypothèse, pour le moins improbable : il faudrait qu'une instance soit introduite avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016, donc sur le fondement d'un contrat conclu avant cette date, et que l'une des actions interrogatoires visées à l'alinéa 3 soit exercée, en cours d'instance, après le 1<sup>er</sup> octobre 2016... En application de l'alinéa 4, les effets de cette action interrogatoire ne pourraient être invoqués dans l'instance en cours. L'alinéa 4 consacrerait donc une exception à l'alinéa 3 qui consacre lui-même trois exceptions au principe de survie de la loi ancienne énoncé à l'alinéa 2...

Malgré les précautions prises par le gouvernement à travers les dispositions transitoires de l'article 9 de l'ordonnance, il est probable que des conflits de lois dans le temps non anticipés se fassent jour. Quelle loi, par exemple, appliquera-t-on aux contrats conclus après le 1<sup>er</sup> octobre 2016 en application d'un contrat-cadre conclu antérieurement à cette date ? Appliquera-t-on de façon distributive la loi ancienne au contrat-cadre et la loi nouvelle aux contrats d'application ? La solution serait bancal dès lors que les stipulations du contrat-cadre ont vocation à régir les contrats d'application <sup>(14)</sup>. Par ailleurs, quelle loi appliquera-t-on à un contrat conclu avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 qui aura fait l'objet d'un avenant postérieurement à cette date ? Appliquera-t-on la loi ancienne au motif que l'avenant ne fait que modifier un contrat déjà existant avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016, quand bien même ces modifications seraient substantielles ? Quel régime appliquera-t-on, enfin, à une offre formulée avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et révoquée irrégulièrement par le pollicitant après le 1<sup>er</sup> octobre 2016 ? Cette dernière difficulté pourrait être facilement résolue si la Cour de cassation choisissait de clarifier sa jurisprudence antérieure à la lumière du droit nouveau : en alignant l'ancien régime sur le nouveau, le conflit de lois deviendrait sans enjeu.

## II - La tentation de réinterpréter le droit ancien à la lumière du droit nouveau

En théorie, les contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 resteront régis par la loi ancienne, hors exceptions visées à l'alinéa 3 de l'article 9 de l'ordonnance. En pratique, on peut se demander si la Cour de cassation ne sera pas tentée de faire évoluer subrepticement son interprétation des anciennes dispositions du code civil pour l'aligner progressivement sur les nouvelles dispositions. Si une telle réinterprétation du droit ancien à la lumière du droit nouveau est souhaitable lorsqu'il s'agit de clarifier une jurisprudence ancienne confuse (A), elle serait en revanche source d'insécurité juridique lorsqu'elle nécessite d'opérer d'importants revirements de jurisprudence (B).

### A - L'opportunité de clarifier certaines jurisprudences confuses

D'après le rapport remis au président de la République et publié au *Journal officiel* du 11 février 2016 en même temps que l'ordonnance <sup>(15)</sup>, cette dernière « prévoit, pour sa majeure partie, une codification à droit constant de la jurisprudence ». Le principal objectif affiché est de rendre le droit positif plus accessible, notamment dans l'éventualité d'une uniformisation future du droit des contrats à l'échelle européenne. En réalité, ce travail de codification ne s'effectue pas toujours entièrement « à droit constant », car la jurisprudence manquait de clarté ou de cohérence sur certaines questions. L'ordonnance opère donc sur ces questions des changements certes subtils, mais bien réels, du droit positif. Ces changements subtils étant motivés par une jurisprudence confuse, il est probable, et même souhaitable, que la Cour de cassation précise sa jurisprudence ancienne en s'alignant, sans le dire, sur le texte de l'ordonnance.

La Cour de cassation perfectionnant continuellement son interprétation des textes, il n'y aurait rien de choquant à ce que l'interprétation des textes anciens soit désormais, sinon guidée, au moins influencée par le droit nouveau. En effet, la problématique de l'application rétroactive de la loi nouvelle voit s'affronter deux considérations contradictoires : si le législateur a modifié la loi ancienne, c'est qu'il pense la loi nouvelle meilleure, il serait donc souhaitable de l'appliquer rétroactivement, mais une telle application rétroactive serait source d'insécurité juridique et de solutions individuelles parfois iniques. C'est ainsi, en grossissant un peu le trait, le progrès social et la sécurité juridique qui s'opposent <sup>(16)</sup>. La donne est toutefois différente lorsque la loi nouvelle a pour objet d'affermir un droit positif dont la teneur pouvait paraître incertaine. Clarifier l'interprétation du droit ancien à la lumière de droit nouveau n'aggraverait pas l'insécurité juridique antérieurement présente mais, bien au contraire, la dissiperait en rendant claire une jurisprudence qui ne l'était pas. Deux exemples suffiront à s'en convaincre.

Il est acquis que le pollicitant ne peut révoquer son offre avant l'écoulement du délai dont il l'a assortie, mais la sanction d'une révocation irrégulière fait l'objet d'un débat doctrinal persistant que la Cour de cassation n'a pas clairement tranché à ce jour. Selon certains, « le juge n'a pas la faculté de décider que la sanction de la rétractation fautive est la conclusion du contrat proposé, contrairement à ce que préconisent beaucoup d'auteurs (...). Car la rétractation est efficace : les consentements n'ont pu se rencontrer »<sup>(17)</sup>. Pour d'autres, « du moment qu'il y a une offre et que sa révocation est illicite, la logique conduirait à admettre dans tous les cas que cette révocation est inefficace : l'acceptant pourrait donc exiger que l'on constate la formation du contrat »<sup>(18)</sup>. La plupart des auteurs, quelles que puissent être leurs opinions personnelles, reconnaissent qu'aucun arrêt récent ne tranche clairement la question<sup>(19)</sup>. Le nouvel article 1116 du code civil, introduit par l'ordonnance, dispose en son alinéa 2 que « la rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat ». Malgré l'absence de rétroactivité de cette disposition, il serait surprenant que la Cour de cassation clarifie sa jurisprudence ancienne en un sens contraire... Il est donc probable que la rétractation irrégulière de l'offre, qu'elle soit faite avant ou après le 1<sup>er</sup> octobre 2016, soit traitée à l'avenir selon un même régime, celui de l'ordonnance.

Le régime de la résolution unilatérale du contrat est un autre domaine sur lequel la jurisprudence ancienne gagnerait à être clarifiée à la lumière du texte de l'ordonnance. Depuis l'arrêt *Tocqueville* de 1998 qui a consacré cette forme extrajudiciaire de résolution<sup>(20)</sup>, la doctrine s'interroge sur son régime dont quasiment tous les points sont discutés : terminologie à employer - résiliation ou résolution ? -, conditions dans lesquelles un contrat peut être unilatéralement résolu, conséquences d'une résolution unilatérale irrégulière, etc.<sup>(21)</sup> L'ordonnance de 2016 apporte des réponses précises à la plupart de ces interrogations : la « résolution » unilatérale du contrat s'opère par voie de notification et est conditionnée, comme la résolution judiciaire, à l'existence d'une inexécution suffisamment grave du contrat (art. 1224) ; sauf urgence, l'auteur de la résolution unilatérale doit préalablement mettre en demeure le débiteur d'exécuter ses obligations (art. 1226). La Cour de cassation serait bien inspirée de clarifier sa jurisprudence *Tocqueville* à la lumière de ces dispositions. Seules les conséquences d'une résolution unilatérale irrégulière demeurent incertaines aussi bien dans l'ordonnance que dans le rapport précité. Le nouvel article 1228 dispose que « le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat », mais le texte ne précise pas quelles sont les « circonstances » qui doivent guider la décision du juge. Ainsi, le juge doit-il ordonner l'exécution forcée d'un contrat ayant été résolu unilatéralement et irrégulièrement, mais qui n'est plus exécuté depuis plusieurs années ? Quelle circonstance le juge doit-il faire primer dans cette hypothèse ? Le caractère irrégulier de la résolution unilatérale ? Ou le fait qu'il puisse être contreproductif d'ordonner l'exécution forcée d'un contrat rompu (serait-ce irrégulièrement) et inexécuté depuis plusieurs années ? L'ambiguïté du texte autorise les deux interprétations, la Cour de cassation devra donc trancher. Il est probable que la solution qui sera dégagée de l'interprétation de l'article 1228 nouveau du code civil s'appliquera également aux résolutions extrajudiciaires opérées dans les contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 sur le fondement de la jurisprudence

*Tocqueville.*

En dehors de ces hypothèses où il s'agit de clarifier la jurisprudence antérieure, la tentative de réinterpréter le droit ancien à la lumière du droit nouveau semble devoir être réfrénée, car une telle réinterprétation impliquerait d'opérer des revirements de jurisprudence.

## **B - Le risque modéré de revirement de jurisprudence**

L'ordonnance ne se contente pas de « codifier la jurisprudence à droit constant », mais innove de façon substantielle sur un certain nombre de points : abandon de la notion de cause, consécration de la théorie de l'imprévision, extension au droit commun du mécanisme des clauses abusives, etc. Ces changements

affectent de façon substantielle le droit positif et il faudrait que la Cour de cassation opère d'importants revirements de jurisprudence pour aligner le droit ancien sur le droit nouveau.

De tels revirements ne sont pas exclus, mais seraient, contrairement aux hypothèses précédemment évoquées, de potentielles sources d'insécurité juridique. Il serait donc préférable, sur ces points, que la Cour de cassation respecte la volonté du législateur en s'efforçant de maintenir sa jurisprudence antérieure pour les contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016.

Le risque d'assister à d'importants revirements de jurisprudence provoqués par l'ordonnance semble modéré, particulièrement en ce qui concerne les jurisprudences les plus emblématiques de la Cour de cassation. On pense naturellement à la jurisprudence *Cruz* relative à la sanction de la rétractation irrégulière dans les promesses unilatérales de vente (22). Depuis 1993, la Cour de cassation maintient fermement sa position sur cette question malgré les assauts répétés, et souvent virulents, d'une partie de la doctrine (23). La haute juridiction sera contrainte d'abandonner cette jurisprudence pour les promesses unilatérales conclues à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 (art. 1124, al. 2, Ord.), mais il serait surprenant qu'elle opère un revirement de jurisprudence pour les promesses conclues avant cette date. On assistera donc probablement au baroud d'honneur de la jurisprudence *Cruz*, condamnée par l'ordonnance à disparaître lentement, mais inexorablement, du droit positif.

**Mots clés :**  
**CONTRAT ET OBLIGATIONS** \* Réforme \* Application dans le temps

- (1) V. L. Aynès et A. Bénabent, Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général, D. 2016. 434 ; M. Mekki, L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, D. 2016. 494.
- (2) M. Verpeaux, Droit constitutionnel français, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 2015, p. 571-572, n° 333.
- (3) CE 17 déc. 1999, n° 208623, *Union hospitalière privée*, RDSS 2000. 522, obs. J.-M. De Forges.
- (4) CE 12 févr. 1960, n° 46922, *Eky*.
- (5) Cons. const., 10 févr. 2012, n° 2011-219 QPC, *Patrick E*.
- (6) CE 17 mai 2002, n° 232359, *Gouvernement de la Polynésie française*, RFDA 2002. 917, concl. C. Maugüé ; RTD civ. 2002. 592, obs. N. Molfessis.
- (7) D. Chagnollaud de Sabouret, Droit constitutionnel contemporain, t. 2, La Constitution de la V<sup>e</sup> République, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015, p. 336, n° 444.
- (8) Civ. 3<sup>e</sup>, 3 juill. 1979, n° 77-15.552, JCP 1980. II. 19384, note F. Dekeuwer-Défossez.
- (9) J.-L. Aubert et E. Savaux, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 15<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014, p. 109-110, n° 109.
- (10) Com. 3 mars 2009, n° 07-16.527, D. 2009. 725, obs. E. Chevrier, et 2888, obs. D. Ferrier ; Gaz. Pal. 25 juill. 2009, p. 11, note L. Mordefroy ; CCC 2009. Comm. 156, obs. L. Leveneur.
- (11) C. Larroumet et A. Aynès, Traité de droit civil, t. 1, Introduction à l'étude du droit, 6<sup>e</sup> éd., Economica, 2013, p. 190, n° 258.
- (12) Cass., ch. mixte, 13 mars 1981, n° 80-12.125, 1<sup>re</sup> esp., D. 1981. 309, note A. Bénabent.
- (13) Com. 10 mai 2005, n° 03-17.618, D. 2005. 1412, obs. E. Chevrier, et 2748, obs. H. Kenfack.
- (14) J. Perrouin, La hiérarchie des conventions en droit privé, th. dactyl., Toulouse I, 2000, p. 216, n° 451.
- (15) NOR : JUSC1522466P.
- (16) D. Mainguy, Introduction générale au droit, 6<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2013, p. 333 s., n° 286.
- (17) P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Droit des obligations, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, Lextenso, 2015, p. 241, n° 470.

- (18) A. Bénabent, *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd., LGDJ, Lextenso, 2014, p. 47, n° 59.
- (19) A. Bénabent, *op. cit.* ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, L'acte juridique, 16<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014, p. 129, n° 140.
- (20) Civ. 1<sup>re</sup>, 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, obs. D. Mazeaud.
- (21) V. T. Genicon, *Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier*, RDC 2010. 44.
- (22) Civ. 3<sup>e</sup>, 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  ; JCP 1995. II. 22366, note D. Mazeaud ; Defrénois 1994. 795, obs. P. Delebecque.
- (23) V. not., notes et obs. préc.

## Contrats et obligations - L'étrange rétroactivité de la survie de la loi ancienne À propos de la loi de ratification de la réforme du droit des contrats - Etude par Daniel Mainguy

Document: La Semaine Juridique Edition Générale n° 38, 17 Septembre 2018, doct. 964

---

La Semaine Juridique Edition Générale n° 38, 17 Septembre 2018, doct. 964

### L'étrange rétroactivité de la survie de la loi ancienne - - À propos de la loi de ratification de la réforme du droit des contrats

Etude par Daniel Mainguy professeur à l'université de Montpellier

#### Contrats et obligations

[Accès au sommaire](#)

**Le 1<sup>er</sup> octobre 2018, entre en vigueur la loi du 20 avril 2018 ratifiant, en la modifiant, l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats et des obligations. Les modifications apportées ne sont pas simplement substantielles ; elles révèlent également une forme de machiavélisme légistique dans la modification de l'article 9 de l'ordonnance de 2016, intéressant l'effet dans le temps de la réforme (et de la réforme de la réforme), dont il importe de prendre l'entière mesure qui dépasse, et de loin, la simple découpe du temps.**

L. n° 2018-287, 20 avr. 2018 : JO 21 avr. 2018, texte n° 1

**1. -** Le Code civil dispose désormais d'une pleine valeur législative à la suite de la loi de ratification de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 (*L. n° 2018-287, 20 avr. 2018*). Le chemin a été escarpé, qu'on en juge (rapidement). Présenté sous la forme d'un projet de loi, le 9 juin 2017, par un éphémère ministre de la Justice, dans une forme traditionnelle, à savoir un article unique « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est ratifiée »<sup>Note 1</sup>, après un exposé des motifs technique expliquant comment l'ordonnance avait respecté, en tous points, le texte de l'article 8 de la loi d'habilitation n° 2015-177 du 16 février 2015. C'était sans compter sur la résistance du Sénat, laquelle s'était déjà largement exprimée au

cours des débats parlementaires préparant la loi d'habilitation de 2015, qui reprochait, par principe, le choix fait d'une réforme du droit des contrats par voie d'ordonnance, préférant la voie de la discussion parlementaire.

2. - Les débats entre les deux chambres, en 2017 et 2018, ont réveillé de vieux monstres. Le choix du Gouvernement de recourir à la technique des ordonnances de l'article 38 de la Constitution, pour peu respectueux des débats parlementaires, et donc démocratiques, qu'il se présentait, au regard du principe de l'article 34 de la Constitution, s'est finalement révélé assez judicieux, d'un point de vue technique, en ce qu'il a permis une réforme finalement assez homogène, novatrice et conservatrice en même temps. On connaît la logique qui y présidait, telle que le rapport remis au président de la République le présentait, assurer tout à la fois la sécurité juridique et la justice contractuelle, en une quadrature d'un cercle juridique complexe mais aboutie. Pour autant, l'article 34, alinéa 3 de la Constitution précise bien que « *La loi détermine les principes fondamentaux [...] des obligations civiles et commerciales* » de telle manière que le recours à l'article 38, selon lequel « *le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* » n'était en rien scandaleux, mais appelait, s'agissant du domaine éminent de la loi, et pour une réforme en profondeur d'un exemple de règles comprenant de nombreux principes fondamentaux, quelques haussements de sourcils, au mieux, des parlementaires. Il pourrait sembler cependant assez étonnant que bien des observateurs se soient largement sentis satisfaits, voire soulagés, d'une adoption par la voie d'ordonnance, à la hussarde, et aient parfois moqué les tentatives des parlementaires de modifier l'ordonnance de 2016 ; y voir un mépris des techniques démocratiques d'adoption de la loi serait peut-être erroné cependant si l'on veut bien admettre que ces observateurs sont des spécialistes d'un droit des contrats complexe, échafaudé au long fil d'une interprétation judiciaire et doctrinale combinée, qu'ils avaient contribué à louer ou critiquer<sup>Note 2</sup>. Au final donc, entre la discussion de la loi d'habilitation et celle de la loi de ratification, on peut estimer qu'une forme d'équilibre, d'un point de vue parlementaire, a été atteint, dans la mesure où pratiquement tous les points de la réforme ont été abordés aux cours des débats, y compris celui de la résurrection de la cause.

3. - L'observation de ces débats montre en outre que les points saillants de la réforme qui ont été parfaitement saisis par ses observateurs l'ont également été par les parlementaires dans la mesure où presque tous ont fait l'objet de discussions sinon de modifications. Ceux-ci sont les questions relatives à la négociation du contrat, à sa formation, notamment la question de l'influence d'une mauvaise exécution d'un devoir d'information sur la validité d'un contrat (*C. civ., art. 1137*) ou de l'abus de dépendance (*C. civ., art. 1143*), mais encore la saisie de la dichotomie existant entre les contrats entre égaux, de gré à gré, et les contrats dans lesquels la puissance de l'un s'impose à l'autre, les contrats d'adhésion et le régime de ces derniers (*C. civ., art. 1110 et 1171*), de la fixation du prix (dans le contrat d'entreprise : *C. civ., art. 1165*), de la représentation et des éventuels conflits d'intérêts (*C. civ., art. 1161*) celle de la prise en compte d'un changement de circonstances économiques (*C. civ., art. 1195*), ainsi qu'un certain nombre de textes plus discrets, relevant d'un régime « général » des obligations support d'un droit particulier des sûretés, bancaire ou financier. Assez curieusement cependant, les questions relatives à la gestion de l'inexécution d'un contrat, des articles 1217 et suivants du Code civil ont finalement peu été discutés, sinon sur des questions de vocabulaire finalement marginales (*C. civ., art. 1217 et 1123*).

4. - Enfin, le texte final propose une réforme d'ampleur assez surprenante de la question de l'effet dans le temps tout à la fois de la loi de ratification et du texte du Code civil tel qu'il résulte de l'ordonnance. Désormais, ce sont donc les praticiens, la doctrine et les différents types de juges auxquels il appartient de donner corps et vie à ce qui devient, désormais, le nouveau droit civil des contrats. On peut toutefois insister sur ce point particulier, pour y revenir<sup>Note 3</sup>, celui de la question de l'entrée en vigueur de ces normes nouvelles dans le temps qui, faisons le pari ici, suscite davantage de questions qu'elle n'en résout. Par ailleurs, une introduction servant à introduire, mais également un petit peu à tout, on pourrait aussi évoquer la philosophie générale de cet ensemble à l'aune de la réforme, et, peut-être en négatif, de ce qui nous a été épargné, pour avoir suivi attentivement l'évolution des débats. L'introduction de l'article 1110 du Code civil, faiblement réformé par la loi de ratification sans doute grâce à l'intervention décisive de Thierry Revet<sup>Note 4</sup>, ouvre une discussion, sans doute une controverse, qui aura vocation à se prolonger, emportant une forme de dédoublement du droit commun des contrats. En effet, si le Code civil entame sa mue à travers des

principes généraux qui ressemblent forts à des principes directeurs, dont l'affirmation et la description de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat, même mâtinée de la référence augmentée à l'exigence de bonne foi à tous les stades du moment contractuel, il demeure qu'une césure radicale s'était opérée, à la fin des années 1980, résumée, souvent pour le critiquer, sous la formule du « solidarisme contractuel ». Il s'agissait en effet de saisir des types de contrats qui ne répondaient que très faiblement à « l'idée de contrat » véhiculée par le couple liberté contractuelle et force obligatoire. En effet, cette idée-modèle de contrat se fondait sur l'exemple des contrats, aujourd'hui considérés comme de gré à gré, tandis que nombre de contrats ne vérifient ni les logiques d'équilibre, ni de confiance ou d'égalité supposée entre les contractants. Or, au-delà des réponses légales, dans le Code du travail, de la consommation ou d'autres corpus imposant des régimes juridiques impératifs, bien des contrats d'affaires ne le vérifiaient pas davantage, les contrats structurellement déséquilibrés<sup>Note 5</sup> qui ont été le terrain d'expérimentation de l'interprétation nouvelle et subtile des anciens articles 1131 ou 1134, alinéa 3 notamment, pour donner corps à la jurisprudence supposée donner raison à la doctrine du solidarisme contractuel. La difficulté principale était que l'unité, ancienne, du droit des contrats, emportait une forme de confusion terriblement gênante, en ce que telle décision fondée sur l'ex-article 1131 du Code civil par exemple, avait vocation à se propager dans l'ensemble des autres contrats, les contrats de gré à gré notamment correspondant à l'idée-modèle de contrat du Code civil, ce qui explique, mais pas seulement, la résistance d'une partie de la doctrine à la généralisation de cette expérience. C'est en ce sens que l'introduction de l'article 1110 du Code civil et la modestie de l'altération subie du fait de la loi de ratification se présentent comme essentielles. Si en effet, la distinction entre « contrat de gré à gré » et « contrat d'adhésion » (et au-delà de la détermination de leurs frontières respectives) est essentielle, c'est bien parce qu'elle permet une division du droit des contrats, le droit des contrats « classique », celui de la théorie générale des contrats traditionnelle, c'est-à-dire des contrats de gré à gré, et le droit des contrats d'adhésion, lesquels s'éloignent désormais de la figure des contrats de masse dont le contrat de consommation figurait le modèle, pour lesquels un régime particulier, celui de l'article 1171 ou 1188 du Code civil, auxquels il faudrait vraisemblablement ajouter les articles 1164, 1165, 1169, 1170, 1226, alinéa 3 du Code civil, pour désormais, valider l'idée que ces contrats, pour la raison même qu'ils sont distingués des contrats de gré à gré, peuvent supporter sans craindre la déraison, les interprétations judiciaires à la fois du contenu du contrat pour y dénicher des obligations inhérentes à ces contrats et du droit de ces contrats, pour donner corps par exemple, pleinement à l'exigence de bonne foi dans les contrats ou la discussion de clauses exagérées.

5. - L'un des objectifs affichés de la discussion entamée au Sénat était, surtout, d'éviter d'ajouter à la difficulté posée en termes de droit transitoire de l'ordonnance n° 2016-131 de 2016 ; on peut affirmer sans crainte que cet objectif n'a pas été atteint. L'article 16 de la loi de ratification (*L. n° 2018-287, préc.*), en effet, posera de redoutables difficultés aux praticiens. Celui-ci en effet, si on écarte ici les dispositions intéressant les TOM ou le CMF, se présente en plusieurs parties distinctes relatives à l'entrée en vigueur de la réforme de la réforme **(1)**, la considération du caractère interprétatif de certaines modifications **(2)** et enfin, le plus étrange, la reconsidération, rétroactive, de la règle de survie de la loi ancienne de l'article 9 de l'ordonnance de 2016 **(3)**.

### 1. L'entrée en vigueur de la réforme de la réforme

6. - En premier, l'entrée en vigueur de la loi de ratification est différée au 1<sup>er</sup> octobre 2018<sup>Note 6</sup>. Se crée donc un espace de droit transitoire de 2 ans entre l'entrée en vigueur des règles du Code civil et de ses modifications. Par ailleurs, l'article 16, I, alinéa 1, de la loi n° 2018-287 précise que seules certaines des règles modifiées sont applicables à cette date : « *les articles 1110, 1117, 1137, 1145, 1161, 1171, 1195, 1223, 1327 et 1343-3 du code civil et l'article L. 112-5-1 du code monétaire et financier, dans leur rédaction résultant de la présente loi, sont applicables aux actes juridiques conclus ou établis à compter de son entrée en vigueur* ». Outre la question de savoir ce que peut bien être un contrat « établi », et s'il s'agit de quelque chose de différent d'un contrat « conclu », il en résultera des conflits de droit transitoire, en application des articles 1110, 1171 ou 1137 d'origine et les mêmes modifiés. S'agissant de l'article 1137 par exemple, la question est particulièrement sensible. L'article 1137, alinéa 2 (*réd. Ord. n° 2016-131, art. 2*) légalisait la notion de réticence dolosive : « *constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour*

*l'autre partie* », sans plus de précision, tandis que l'article 1112-1 qui détermine l'étendue des obligations d'information à la charge d'un contractant, précisément pour éviter un dol, exclut les informations portant sur la valeur de la chose. Dès lors les commentateurs se sont utilement demandés si l'article 1137 ne validait pas la possibilité d'obtenir la nullité d'un contrat pour défaut d'information sur la valeur d'une chose, dans l'esprit de la jurisprudence Vilgrain de 1996<sup>Note 7</sup>, voire pour renverser la jurisprudence Baldus dite du « dol de l'acheteur »<sup>Note 8</sup>. L'article 1137, alinéa 3 modifié par la loi de 2018 ajoute que « *néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation* ». Au-delà du fait que cela n'empêchera nullement la Cour de cassation de persévérer dans la jurisprudence Vilgrain, s'il ne s'agit pas simplement de « ne pas révéler » mais de « cacher » une telle information, il demeure que la modification donne une indication sérieuse sur le fait que, au moins durant l'intervalle de 2016 à 2018, l'interprétation la plus intrépide du dol était possible sinon validée par l'effort de modification.

7. - En pratique et pour résumer, les praticiens seront confrontés à trois droits concurrents des contrats. Le droit des contrats du Code civil « version 1804 », le droit des contrats du Code civil « version 2016 » auquel il faut ajouter les modifications dites « interprétatives »<sup>Note 9</sup> et le droit des contrats du Code civil « version 2018 ». Toutefois ces trois droits ne sont pas étanches les uns par rapport aux autres : certaines normes « interprétatives » de la version 2018 seront intégrées à la version 2016<sup>Note 10</sup> au gré de l'appréciation, judiciaire, donc future, de ce caractère interprétatif, certaines normes de la version 2016 ou 2018 sont des reprises ou des améliorations de la version 1804 et, surtout, les normes de la version 1804 ne sont pas, contrairement à la promesse renforcée de la loi de ratification de 2018<sup>Note 11</sup>, congelées. Il ne suffira pas, en effet, de conserver précieusement des manuels de droit des contrats et un Code civil d'avant 2016 pour connaître le contenu de ce droit, qui continue d'être interprété après 2016, avec un risque de « contamination » très important des versions subséquentes, comme des décisions majeures de jurisprudence l'ont déjà montré.

## 2. La considération du caractère interprétatif de certaines modifications

8. - Ensuite, l'article 16, I, alinéa 3 de la loi de ratification introduit une précision sur les autres modifications (celles qui ne sont pas visées par l'article 16, I, alinéa 2) : « *Les modifications apportées par la présente loi aux articles 1112, 1143, 1165, 1216-3, 1217, 1221, 1304-4, 1305-5, 1327-1, 1328-1, 1352-4 et 1347-6 du code civil ont un caractère interprétatif* ». La proposition semble ici assez osée, notamment au regard de l'objectif initial. Interprétatives, en effet, ces modifications font donc corps avec le texte « interprété », et sont, par là-même, rétroactives. Voilà donc révélé l'un des objectifs réels de la loi de ratification : considérer certains éléments de la réforme comme si dangereux, ou si incompréhensibles ou inapplicables, qu'il convient de proposer une norme rétroactive pour corriger ces « erreurs ». À quoi aurait servi, à défaut, de préciser pour ces douze articles modifiés un régime d'application dans le temps distinct de ceux du précédent alinéa ?

9. - Deux obstacles peuvent cependant se dresser devant l'efficacité normative, purement performative, de pareille entreprise. En premier, et outre le fait que l'article 2 du Code civil est une norme de valeur simplement législative, de sorte que la loi peut parfaitement insérer une règle rétroactive, dans des conditions que le Conseil constitutionnel contrôle toutefois, le caractère interprétatif d'une loi n'emporte pas automatiquement de caractère rétroactif. La Cour de cassation assure un contrôle de cette réalité, puisqu'il s'agit d'une interprétation de l'article 2 du Code civil, règle de valeur législative. Or, sa jurisprudence considère une loi comme effectivement « interprétative » pour « autant qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverses »<sup>Note 12</sup>. Du reste la Cour de cassation depuis 2004, considère que le caractère, supposément, naturellement rétroactif des lois interprétatives est placé sous son contrôle<sup>Note 13</sup>. De là un « déclasserment » des lois interprétatives<sup>Note 14</sup>, dont il résulte souvent, en doctrine, la considération d'une distorsion entre l'interprétation législative, soumise au principe de non-rétroactivité, et celle jurisprudentielle, par nature déclarative et donc rétroactive<sup>Note 15</sup>, appréciation qu'on pourrait cependant tempérer. En effet, il est usuel de considérer que les décisions de jurisprudence, et plus particulièrement les revirements de jurisprudence, sont rétroactifs en ce qu'ils sont considérés comme des interprétations d'articles de loi. Or, on peut observer d'une part que certaines décisions

n'interprètent aucune loi, ou alors de manière très indirecte voire purement formelle, que d'autres sont des interprétations de décisions de jurisprudence préalables. Surtout, ces normes, de source jurisprudentielle, sont des normes, issues d'un acte de volonté (en ce sens qu'elles ne sont pas le fruit d'un acte de connaissance d'un sens qui découlerait nécessairement de la norme interprétée). Dès lors, si une norme de source jurisprudentielle est bien le résultat d'une interprétation, c'est au sens d'une opération intellectuelle d'interprétation, et non dans le sens du caractère interprétatif d'une loi – interprétative –, de sorte que ces normes, comme toutes les normes, sont d'effet immédiat, y compris d'ailleurs lorsqu'elles portent sur des situations conventionnelles. Il convient donc de distinguer la situation, notamment du point de leur effet dans le temps, des lois interprétatives et des normes de jurisprudence<sup>Note</sup>

<sup>16</sup>. En second, et en suite de ce premier obstacle, la question se pose de savoir si telle modification visée dans ce texte est effectivement interprétative, c'est-à-dire qu'elle « se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverses ». Or, on peut en douter pour plus d'un des textes visés par l'article 16, I, alinéa 3 de la loi n° 2018-287 de 2018. Si l'article 1112 par exemple, dans lequel est ajoutée la perte de chance d'obtenir les avantages attendus du contrat non conclu peut être considéré comme une interprétation qui ne modifie pas le sens du texte, ou encore l'article 1304-4 ou l'article 1305-5 du Code civil, il n'en est pas de même de l'article 1143 par exemple. Dans sa nouvelle rédaction, « *il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* » (C. civ., art. 1143, mod. ; L. n° 2018-287, art. 5). La dépendance identifiée dans l'article 1143 de la version 2018 du Code civil n'est plus une dépendance objective, comme elle l'apparaissait dans sa version 2016, mais subjective, une dépendance regardée par égard à la situation contractuelle particulière. C'est un peu comme si, dans le Code de la consommation, on redéfinissait le consommateur comme un contractant agissant comme un non professionnel à l'égard du professionnel, et non plus comme celui qui agit pour des intérêts domestiques, quelles que soient par ailleurs ses compétences propres. L'objectif de la modification de l'article 1143 permet d'évincer une considération générale de l'état de faiblesse, économique ou liée à l'état d'une personne en raison de leur âge ou encore d'une maladie, en vue d'obtenir l'annulation du contrat en raison de cette situation de dépendance, mais d'imposer au demandeur à l'action en annulation (la personne supposée dépendante par hypothèse) d'établir que la relation de dépendance est réelle à l'égard de son cocontractant. Il ne s'agit là, en rien, d'une modification « interprétative ». Le même raisonnement vaut pour le nouvel article 1165 du Code civil : « *dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat* ». On comprend qu'il s'agit d'assurer une forme de rédaction parallèle de celle de l'article 1164 du Code civil mais là encore, il s'agit bien d'une modification substantielle, pas d'une interprétation. Même remarque s'agissant de la cession de contrat et de la substitution des sûretés consenties par les « tiers » à celles consenties par le « cédant » (C. civ., art. 1216-3, al. 2), de l'exécution forcée en nature et de la restriction de l'exception de disproportion manifeste au débiteur « de bonne foi » (C. civ., art. 1221). On pourrait encore discuter de la portée de la modification de l'article 1327-1 qui dans la cession de dette substitue un « ou » à un « et », de celle de l'article 1328-1 qui ajoutent aux sûretés constituées par tiers, celles dues par le débiteur originaire, ce qui ne s'entendait guère d'évidence, ou encore de la correction apportée à l'article 1352-4 qui répare sans doute une erreur, mais sans proposition interprétative, ou encore de l'article 1347-6, en matière de compensation dont le sens est modifié. Plutôt que de simplifier la situation, ces modifications prétendument rétroactives ne font que la compliquer : le juge, sous le contrôle de la Cour de cassation, pourra considérer ces modifications comme non interprétatives et donc soumises au jeu de l'entrée en vigueur de droit commun, mais on pourrait se demander s'il n'en résulte pas une atteinte à des droits contractuels acquis, au sens de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel de la Conv. EDH voire si une QPC ne pourrait écarter, d'une manière générale ou particulière, l'article 16, I, alinéa 3 de la loi de ratification.

### **3. La reconsidération, rétroactive, de la règle de survie de la loi ancienne de l'article 9 de l'ordonnance de 2016**

**10.** - Enfin, et ce n'est pas le moindre, l'article 16, III de la loi de 2018 ajoute deux éléments à l'article 9 de l'ordonnance de 2016. Ce texte définit, dans l'ordonnance de 2016, les conditions de son entrée en vigueur dans le temps et le deuxième aliéna (notamment) posait difficulté « *les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne* » (Ord. n° 2016-131, art. 9, al. 2), donnant corps à la très fameuse proposition de Paul Roubier dite de « survie de la loi ancienne » qui jusqu'alors demeurait dans le champ des propositions doctrinales. Or, la loi du 20 avril 2018 a ajouté à l'article 9, alinéa 2 de l'ordonnance n° 2016-131, la formule suivante qui le modifie ainsi : « *Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public* ». Le but est ici très clairement de combattre la jurisprudence de la Cour de cassation qui s'est développée depuis 2017, les trois arrêts, de la chambre mixte du 24 février 2017<sup>Note 17</sup> et de la chambre sociale du 21 septembre 2017<sup>Note 18</sup>, mais, également celui de la 3<sup>e</sup> chambre civile du 9 février 2017<sup>Note 19</sup> qui avait stigmatisé l'hypothèse d'un « effet légal » d'une situation contractuelle susceptible d'échapper à la « règle » de la survie de la loi ancienne.

**11.** - On ne s'attardera guère ici sur cette bizarrerie qui semble se confondre avec la distinction entre les situations légales et les situations contractuelles de P. Roubier. Rappelons en effet que la distinction principale opérée par P. Roubier consiste à distinguer les situations légales, lesquelles seraient gouvernées par la règle de l'effet immédiat de la norme nouvelle aux situations juridiques en cours, et les situations conventionnelles lesquelles supporteraient une règle dite de « survie de la loi ancienne », fondée par le respect d'un « principe » de sécurité juridique qui, curieusement, ne prévaudrait pas pour les situations légales. Les effets légaux renvoient à la notion de « statut » comme celui de certains baux : les contractants, en concluant, adhèrent à un « statut légal » de sorte que les modifications de celui-ci par une loi nouvelle s'appliqueraient aux contrats en cours<sup>Note 20</sup>. Dans l'esprit des principes dégagés par P. Roubier, l'identification de tels effets légaux issus de normes légales applicables à des situations conventionnelles, outre qu'elle n'est aucunement définie ou circonscrite par la loi, aboutirait à contourner la distinction qu'il avait proposée : à bien des égards, toute loi propose, par nature, un « effet légal ». L'effet tautologique de la formule, illustré par l'arrêt du 9 février 2017 – qui d'ailleurs ne retenait pas la notion d'effet légal<sup>Note 21</sup> – serait ainsi pris à contre-pied par la nouvelle formule de l'article 9, alinéa 2 de l'ordonnance de 2016.

**12.** - En revanche, il ne fait pas de doute que les arrêts de la Cour de cassation, en chambre mixte le 24 février 2017, de la 1<sup>re</sup> chambre civile le 20 septembre 2017 et de la chambre sociale le 21 septembre 2017 ont fait application de règles (C. civ., art. 1114 à 1116, 1124 et 1179), issues de l'ordonnance de 2016 à des situations conventionnelles en cours, et, pire, à des instances en cours<sup>Note 22</sup>. Certes, et contrairement à des propositions doctrinales, la Cour de cassation n'évoque à aucun moment l'article 9, alinéa 2 de l'ordonnance n° 2016-131 de 2016 ou bien encore les formules « effet immédiat de la loi nouvelle » ou « survie de la loi ancienne », mais camoufle ce résultat derrière une autre formule, très élégante, le fait que la Cour a été « conduite » à apprécier différemment la portée de ces règles, en raison de « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 »<sup>Note 23</sup>. Même, donc, si ce sont des revirements de jurisprudence, par ailleurs attendus ou souhaités qui sont ainsi justifiés, par ailleurs isolés, et non l'écart, brutal et massif, de règles anciennes au profit des normes nouvelles, il reste qu'une telle interprétation du droit ancien « à la lumière » du droit nouveau est une forme d'application immédiate du droit nouveau à des situations juridiques anciennes, y compris face à des situations acquises. Il s'agit donc de situations dans lesquelles la Cour considère que les termes « loi ancienne » de l'article 9, alinéa 2 de l'ordonnance de 2016 sont peu clairs et susceptibles d'interprétation et que par ailleurs celle-ci est permise y compris pour des dispositions d'ordre public et/ou intéressant la formation d'un contrat (les règles relatives à l'offre ou à la promesse unilatérale de contracter sont relatives à la formation du contrat, mais supplétives). À bien des égards, donc, la modification de l'article 9, alinéa 2 de l'ordonnance de 2016 par la loi de ratification de 2018 est incomplète, dans la mesure où elle laisse la possibilité, à supposer que le juge se considère comme l'automate que le législateur espère, de réitérer les décisions du 21 septembre 2017.

**13.** - En outre, il y a plus, l'article 16, III, alinéa 2 dispose que la modification de l'article 9, alinéa 2 s'applique au 1<sup>er</sup> octobre 2016, de manière expressément rétroactive donc. On doit donc comprendre que la loi de 2018, dont l'objet était de ratifier l'ordonnance de 2016 et qui, contrairement à l'« usage » en la matière, a considéré que l'ordonnance

avait dépassé les conditions posées par la loi d'habilitation pour modifier le texte de l'ordonnance, au point d'introduire un certain nombre de modifications substantielles, mais en outre, que ce dépassement était tel qu'il était nécessaire de proposer une disposition expressément rétroactive concernant la question de l'application dans le temps des dispositions ratifiées et/ou modifiées, dans le but de contraindre des interprétations déjà réalisées de la Cour de cassation et donc de les réduire à néant. Rare, la rétroactivité en matière contractuelle n'est cependant pas « illégale » en soi. L'article 2 du Code civil qui écarte par principe la rétroactivité de la loi nouvelle, n'a qu'une valeur législative, en ce sens qu'il n'est pas l'application d'une norme de valeur constitutionnelle ou conventionnelle. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a longtemps considéré que le principe de non-rétroactivité des lois nouvelles n'était pas contrôlé, jusqu'à, cependant, une décision du 18 décembre 2001<sup>Note 24</sup> qui apportait une réserve importante : « Considérant que le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive ; que, si, dans les autres matières, le législateur a la faculté d'adopter des dispositions rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ». On s'interrogera sur les « motifs impérieux d'intérêt général » qui s'attachent à la rétroactivité ici instituée, ce d'autant qu'il s'agit d'une loi de ratification, dont le régime ressemble, sans lui être totalement associé, aux lois de validation qui donnent lieu à un contentieux constitutionnel ou conventionnel considérable<sup>Note 25</sup>.

14. - On pourrait considérer qu'il s'agit là de questions anodines et, que finalement, la loi a toujours le dernier mot, etc. En réalité, il s'agit bien d'une question fondamentale qui ne repose sur rien de moins que l'acceptation de la notion d'État de droit, qui supprime celle d'État de loi, dans la sphère du droit privé. Au fond le législateur a peu apprécié les décisions déjà citées ; quand bien même elles sont finalement assez rares face à l'immensité des décisions de la Cour de cassation qui ont appliqué, même implicitement, l'article 9, alinéa 2 de l'ordonnance et continué ce faisant d'appliquer le droit ancien aux contrats en cours, alors que rien ne lui aurait interdit, par exemple, sur le fondement de l'article 1131 du Code civil de décider que « Vu l'article 1131 (ancien) du Code civil, attendu que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les dispositions relatives à la protection des contractants, dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite », ce qui aurait conduit à appliquer immédiatement l'article 1171 nouveau du Code civil, ou toute autre disposition. La Cour aurait eu tout le loisir d'en décider ainsi, et d'ailleurs toute l'histoire de sa jurisprudence montre qu'elle a créé des régimes juridiques innovants de toute pièce. On peut dès lors penser que l'article 9 de l'ordonnance de 2016, réformé par la loi de 2018, c'est-à-dire avec la réserve des contrats en cours, fait l'objet d'une acceptation assez générale, dans la mesure d'ailleurs où sont entérinées des solutions anciennes, souvent d'ailleurs dans la considération que la période transitoire sera assez courte. À ceci près cependant d'une part que l'on peut douter que cette période transitoire sera courte et qu'elle risque, au contraire, de durer très longtemps, et d'autre part que les avancées ou revirements de jurisprudence à venir se fonderont sur cette considération d'une nécessité, celle de l'évolution du droit des obligations, mais aussi des changements d'habitude et l'imprégnation croissante des nouvelles règles, pour oublier les anciennes et écorner petit à petit l'article 9 de l'ordonnance de 2016 et participer d'une anticipation, isolée et lente, de l'application de la réforme, contre le choix, possible mais finalement peu utilisé, d'appliquer immédiatement et massivement, la réforme, y compris aux contrats en cours. Ce d'autant que l'on peut se demander si le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 12 janvier 2018, n'invite pas, implicitement<sup>Note 26</sup>, à une application des lois nouvelles aux contrats en cours, y compris en matière contractuelle. Dans cette décision, il s'agissait de savoir si l'article L. 313-30, alinéa 2 du Code de la consommation et le paragraphe V de l'article 10 de la loi n° 2017-203 du 21 février 2017, en ce qu'il prévoit l'application, aux contrats en cours, la possibilité d'exercer le droit de résiliation annuel d'un contrat d'assurance de groupe adossé à un contrat de crédit immobilier. Or, le Conseil considère, s'agissant de l'élargissement du droit de résiliation annuel que cela « n'a pu faire naître une atteinte légitime des établissements bancaires [...] quant à la pérennité des conditions de résiliation de ces derniers »<sup>Note 27</sup>, dans la mesure où il n'existait pas de situation acquise. Bien entendu, il faudrait raisonner *a contrario* et dans des conditions très différentes, dans la mesure où la réforme du droit des obligations couvre un champ immensément plus large ; il demeure que l'application d'une règle nouvelle aux contrats en cours n'effraie pas par principe le Conseil, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à des situations acquises ou que des effets qui peuvent légitimement être attendus de ces situations ne sont pas remis en cause de manière disproportionnée ou sans motif d'intérêt général.

Note 1 *Sénat, projet de loi n° 578, 9 juin 2017, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, présenté par F. Bayrou, ministre d'État, garde des sceaux, ministre de la justice.*

Note 2 X. Delpéch, *Vers une « réforme de la réforme » du droit des contrats au nom de la Finance ?* : *AJCA* 2017, p. 352. – N. Molféssis, *Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats* : *JCP G* 2017, act. 1045. – M. Mekki, *Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016* : *AJCA* 2017, p. 462. – Mais contra : *Dossier, Améliorer les textes issus de la réforme du droit des contrats* : *RDC* 2017, n° 113v2, p. 165.

Note 3 D. Mainguy, *Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats* : *D.* 2016, p. 1762.

Note 4 Th. Revet, *L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse* : *D.* 2018, p. 124. – Adde : Th. Revet, *Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du code civil* : *D.* 2016, p. 1771. – Comp. F. Chénéde, *Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme* : *D.* 2015, p. 1226 ; F. Chénéde, *Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats* : *D.* 2017, p. 2214.

Note 5 Th. Revet, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés* : *D.* 2015, p. 1217.

Note 6 L. n° 2018-287, 20 avr. 2018, art. 16, I.

Note 7 Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241 : *JurisData* n° 1996-003972 ; *Bull. IV*, n° 65 ; *D.* 1996, p. 518, note. Ph. Malaurie ; *JCP G* 1996, II, 22665, note J. Ghestin ; *JCP G* 1996, IV, p. 342, obs. R. Hallouin ; *RTD civ.* 1997, p. 114, obs. J. Mestre. – Dans le même sens : Cass. com., 22 févr. 2005, n° 01-13.642, inédit : *JurisData* n° 2005-027205 ; *BJS* oct. 2005, n° JBS-2005-244, p. 1105, note T. Massart ; *RTD civ.* 2005, p. 774, obs. J. Mestre et B. Fages. – Mais contra : Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15.618, inédit : *JurisData* n° 2004-023739 ; *RTD civ.* 2004, p. 500, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP G* 2004, I, 173, n° 3 et 4, obs. A. Constantin ; *JCP G* 2004, II, 10153, G. Damy ; *RDC* 2004, n° RDCO2004-4-003, p. 923, obs. D. Mazeaud.

Note 8 Cass. 1re civ., 3 mai 2000, n° 98-11.381 : *JurisData* n° 2000-001683 ; *Bull. civ. I*, n° 131 ; *JCP G* 2000, I, 272, n° 2 et 3, obs. G. Loiseau ; *JCP G* 2000, II, 10510, note C. Jamin ; *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. 140, obs. L. Leveneur ; *Defrénois* 15 oct. 2000, n° CJ2000DEF1106N1, p. 1106, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 2000, p. 566, obs. J. Mestre.

Note 9 À supposer qu'elles s'appliquent, V. ci-dessous.

Note 10 V. ci-dessous pt 2.

Note 11 V. ci-dessous pt 3.

Note 12 Cass. 3e civ., 27 févr. 2002, n° 00-17.902 : *JurisData* n° 2002-013243 ; *Bull. civ. III*, n° 53 ; *GAJC*, t. 1, 13e éd., 2015, n° 10 ; *JCP G* 2002, 1628. – Cass. 2e civ., 20 févr. 1963 : *Bull. civ. II*, n° 174.

Note 13 Cass. ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617 : *JurisData* n° 2004-021964 ; *Bull. civ. ass. plén.*, n° 2 ; *JCP G* 2004, II, 10030, note M. Billiau ; *GAJC*, n° 9 ; *RJDA* 4/2004, p. 304, rapp. C. Favre ; *D.* 2004, p. 1108, P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 2004, p. 341, obs. Ph. Théry, p. 371, obs. J. Raynard ; *préc.*, spéc. p. 598, obs. P. Deumier ; *RTD com.* 2004, p. 74, F. Monéger ; *RDC* 2004, n° RDCO2004-3-045, p. 791, obs. A. Marais ; *LPA*, 22 juill. 2005, n° PA200514502, p. 12, S. Chassagnard ; *Defrénois* 15 avr. 2004, n° CJ2004DEF0525N1, p. 525, L. Ruet ; *RTDH* 2004, n° 58, p. 463, obs. M. Friocourt et B. Mongin ; *RFDA* 2004, p. 224, obs. B. Mathieu. – Cass. 3e civ., 7 avr. 2004, n° 02-20.401 : *JurisData* n° 2004-023260 ; *Bull. civ. III*, n° 81 ; *JCP G* 2004, 2187. – Comp. toutefois : Cass. 1re civ., 18 oct. 2005, n° 04-14.268 : *JurisData* n° 2005-030311 ; *Bull. civ. I*, n° 365 ; *JCP G* 2005, IV 3447. – Cass. 3e civ., 24 sept. 2013, n° 12-23.770, inédit : *JurisData* n° 2013-020794.

Note 14 *GAJC*, n° 11, § 9.

Note 15 P. Deumier, obs. *préc.* note 13 ; *RTD civ.* 2004, p. 603, P. Deumier.

Note 16 V. D. Mainguy, *L'interprétation de l'interprétation. Variations normatives II* : *JCP G* 2011, doctr. 603.

Note 17 Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, P+B. : *JurisData* n° 2017-003187 ; *JCP G* 2017, 305, avis B Sturlèse et *JCP G*, 306, note G. Pignarre ; *JCP G* 2017, doctr. 325, n° 5, obs. Y.-M. Serinet ; *D.* 2017, p. 793, note B. Fauvarque-Cosson ; *D.* 2017, p. 1149, note N. Damas ; *Contrats, conc. consom.* 2017, comm. 93, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2017, p. 377, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2017, p. 46, obs. J. Monéger ; *RDC* 2017, n° 114j8, p. 415, note Th. Genicon ; *AJCA* 2017, p. 175, note D. Houtcieff ; *AJDI* 2017, p. 612, note M. Thioye ; *Gaz. Pal.* 18 avr. 2017, n° 292, p. 33, note D. Houtcieff. – V. aussi Cass. 1re civ., 20 sept. 2017, n° 16-12.906 : *JurisData* n° 2017-018137 ; *Gaz. Pal.* 9 janv. 2018, n° 310t1, p. 29, note D. Houtcieff.

Note 18 Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103 et 16-21.104 : *JurisData* n° 2017-018092 et 2017-018090 ; *JCP G* 2017, doctr. 1238, N. Molféssis ; *D.* 2017, p. 2007, note D. Mazeaud ; *AJCA* 2017, p. 480, note Ch.-E. Bucher ; *RJDA* 2017/12, p. 899, note D. Mainguy ; *Gaz. Pal.* 10 oct. 2017, n° n° 304x6, p. 13, note M. Latina ; *Gaz. Pal.* 9 janv. 2018, n° 310t1, p. 29, note D. Houtcieff.

Note 19 Cass. 3e civ., 9 févr. 2017 n° 16-10.350 : *JurisData* n° 2017-001905 ; *JCP G* 2017, 437, note Y. Dagorne-Labbe ; *D.* 2017, p. 1107 concl. G. Casu ; *AJDI* 2017, p. 432, note A. Antoniutti ; *RTD com.* 2017, p. 46 obs. J. Monéger (application de l'article L 145-7-1 du Code de commerce aux baux en cours).

Note 20 Cass. com., 28 mars 2018, n° 16-27.268 : *JurisData* n° 2018-004775 ; *JCP G* 2018, act. 459, obs. G. Deharo. – Cass. 3e civ., 27 nov. 2017, n° 16-20.475 : *JurisData* n° 2017-023620. – Cass. 3e civ., 17 nov. 2016, n° 15-24.552 : *JurisData* n° 2016-024076. – Cass., avis, 16 févr. 2015, n° 14-70.011 : *JurisData* n° 2015-002800 ; *D.* 2015, p. 489 et p. 1178, obs. N. Damas ; *AJDI* 2015, p. 608, obs. N. Damas ; *RTD civ.* 2015, p. 569, obs. P. Deumier, citant l'avis de la Cour de cassation : « La loi nouvelle régissant immédiatement les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées, il en résulte que l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989 modifié par la loi du 24 mars 2014 en ce qu'il donne au juge la faculté d'accorder un délai de trois ans au plus au locataire en situation de régler sa dette locative s'applique aux baux en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi du 24 mars 2014 ». – Cass. 1re civ., 3 juill. 2013, n° 12-21.541 : *JurisData* n° 2013-013954 ; *Bull. civ. III*, n° 89 (bail commercial).

Note 21 n° 16-10.350 *préc.* note 19 : « Attendu que l'article L. 145-7-1 précité, d'ordre public, s'applique aux baux en cours au jour de son entrée en vigueur ».

Note 22 *Ord. n° 2016-131, art. 9, al. 4.*

Note 23 n° 15-20.411, *préc. note 17 – n° 16-20.103 et 16-21.104, préc. note 18. – n° 16-12.906, préc., note 17.*

Note 24 *Cons. const., 18 déc. 2001, n° 2001-453 DC, cons. 27 : JO 26 déc. 2001, p. 20582. – Cons. const., 14 févr. 2014, n° 2013-366 QPC : JurisData n° 2014-002892 ; JCP G 2014, doct. 548, n° 37, obs. B. Mathieu ; AJDA 2014, p. 377, D. Poupeau ; AJDA 2014, p. 1204, J. Roux ; RFDA 2014, p. 589, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau ; RTD civ. 2014, p. 604, obs. P. Deumier. – Cons. const., 24 juill. 2014, n° 2014-695 DC : JO 30 juill. 2014, p. 12514.*

Note 25 *Comp. RTD civ. 2014, p. 604, obs. P. Deumier.*

Note 26 *Cons. const., 12 janv. 2018, n° 2017-685 QPC, Féd. bancaire française : JurisData n° 2018-000071 ; JCP G 2018, 242, note L. Grynbaum.*

Note 27 n° 2017-685 QPC, *préc. note 26, cons. 13.*

## Recueil Dalloz

### Recueil Dalloz 2017 p.793

**Agent immobilier (mandat) : nullité demandée par le locataire en cas de congé**

**Arrêt rendu par Cour de cassation, ch. mixte**

**24-02-2017**

n° 15-20.411 (n° 283 P+B+R+I)

#### Sommaire :

La chambre mixte de la Cour de cassation, opérant un revirement de jurisprudence, décide que les dispositions des articles 7, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, dite « loi Hoguet », et 72, alinéa 5, du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 visent la seule protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire et que leur méconnaissance doit être sanctionnée par une nullité relative (1).

#### Texte intégral :

*LA COUR : - Sur le moyen unique, pris en ses première et deuxième branches : - Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 23 avr. 2015), que la SCI Lepante, représentée par la société Immobilière Parnasse, agent immobilier, a, le 29 octobre 2012, fait délivrer à M<sup>me</sup> B., locataire depuis le 15 mai 2007 d'un local à usage d'habitation lui appartenant, un congé avec offre de vente pour le 14 mai 2013 ; que M<sup>me</sup> B. l'a assignée en nullité du congé ;*

*Attendu que M<sup>me</sup> B. fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande en nullité du congé pour vente et d'ordonner son expulsion alors, selon le moyen : 1°/ que le congé pour vente s'analysant en une offre de vente, l'agent immobilier doit être en possession d'un mandat spécial pour procéder à sa délivrance ; qu'en se bornant à énoncer que la société Parnasse immobilier avait été mandatée pour procéder à la vente du bien au motif qu'elle avait reçu un mandat de gestion et d'administration l'autorisant à délivrer « tous congés », sans relever l'existence d'un mandat spécial aux fins de délivrer un congé pour vendre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1<sup>er</sup> et 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et de l'article 72 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 ; 2°/ qu'un mandat pour vendre confié à un agent immobilier n'est valable que s'il est écrit et s'il mentionne une durée et un numéro d'inscription ; que pour débouter M<sup>me</sup> B. de son action en nullité du congé et juger que la société Parnasse immobilier avait qualité pour faire délivrer un congé pour vendre, la cour d'appel s'est fondée sur une correspondance de la SCI Lepante adressée à*

*la société Parnasse immobilier ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si cette correspondance respectait les formalités obligatoires du mandat pour vendre confié à un agent immobilier, et notamment s'il mentionnait une durée et un numéro d'inscription sur le registre des mandats, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1<sup>er</sup> et 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et de l'article 72 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 ;*

Mais attendu, d'une part, qu'ayant retenu que la société Immobilière Parnasse, titulaire d'un mandat d'administration et de gestion, avec pouvoir de donner tous congés, et d'une lettre datée du 19 octobre 2012 la mandatant spécialement pour vendre le bien occupé par M<sup>m</sup>c B. au terme du bail moyennant un certain prix et pour lui délivrer congé, la cour d'appel a procédé à la recherche prétendument omise ;

Et attendu, d'autre part, qu'il résulte des articles 1<sup>er</sup>, 6 et 7 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et 72 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 que le mandat doit comprendre une limitation de ses effets dans le temps et que l'agent immobilier doit mentionner tous les mandats par ordre chronologique sur un registre des mandats à l'avance coté sans discontinuité et relié, et reporter le numéro d'inscription sur l'exemplaire du mandat qui reste en la possession du mandant ; que la Cour de cassation jugeait jusqu'à présent que ces dispositions, qui sont d'ordre public, sont prescrites à peine de nullité absolue, pouvant être invoquée par toute partie qui y a intérêt (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 févr. 2003, n° 01-00.461 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 8 avr. 2009, n° 07-21.610, Bull. civ. III, n° 80) ; que la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général, tandis que la nullité est relative lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé ; que par la loi du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, dite loi Hoguet, le législateur a entendu, tout à la fois, réguler la profession d'agent immobilier et protéger sa clientèle ; que la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et à un urbanisme rénové, comme il ressort de son étude d'impact, et la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques répondent aux mêmes préoccupations ; que la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 encadre la délivrance d'un congé pour vendre au locataire d'un local à usage d'habitation qui constitue sa résidence principale, en posant notamment des conditions de délai, en ouvrant un droit de préemption et en imposant la délivrance d'une notice d'information avec le congé ; que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les dispositions relatives aux prescriptions formelles que doit respecter le mandat, lesquelles visent la seule protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire ; que l'existence de dispositions protectrices du locataire, qui assurent un juste équilibre entre les intérêts de ce dernier et ceux du bailleur, et la finalité de protection du seul propriétaire des règles fixées par les articles 7, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 2 janvier 1970 et 72, alinéa 5, du décret du 20 juillet 1972 conduisent à modifier la jurisprudence et à décider que la méconnaissance des règles précitées doit être sanctionnée par une nullité relative ; que, dès lors, la cour d'appel n'était pas tenue d'effectuer une recherche inopérante relative à la mention de la durée du mandat et au report, sur le mandat resté en possession du mandant, d'un numéro d'inscription sur le registre des mandats ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les autres branches du moyen qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi ; condamne M<sup>m</sup>c B. aux dépens ; - Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la SCI Lepante la somme de 3 000 € [...].

**Recueil Dalloz 2017 p.793**

**Agent immobilier (mandat) : nullité demandée par le locataire en cas de congé**

**Arrêt rendu par Cour de cassation, ch. mixte****24-02-2017**

n° 15-20.411 (n° 283 P+B+R+I)

**Sommaire**

La chambre mixte de la Cour de cassation, opérant un revirement de jurisprudence, décide que les dispositions des articles 7, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, dite « loi Hoguet », et 72, alinéa 5, du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 visent la seule protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire et que leur méconnaissance doit être sanctionnée par une nullité relative (1).

**Texte intégral :**

*LA COUR* : - Sur le moyen unique, pris en ses première et deuxième branches : - Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 23 avr. 2015), que la SCI Lepante, représentée par la société Immobilière Parnasse, agent immobilier, a, le 29 octobre 2012, fait délivrer à M<sup>me</sup> B., locataire depuis le 15 mai 2007 d'un local à usage d'habitation lui appartenant, un congé avec offre de vente pour le 14 mai 2013 ; que M<sup>me</sup> B. l'a assignée en nullité du congé ;

Attendu que M<sup>me</sup> B. fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande en nullité du congé pour vente et d'ordonner son expulsion alors, selon le moyen : 1°/ que le congé pour vente s'analysant en une offre de vente, l'agent immobilier doit être en possession d'un mandat spécial pour procéder à sa délivrance ; qu'en se bornant à énoncer que la société Parnasse immobilier avait été mandatée pour procéder à la vente du bien au motif qu'elle avait reçu un mandat de gestion et d'administration l'autorisant à délivrer « tous congés », sans relever l'existence d'un mandat spécial aux fins de délivrer un congé pour vendre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1<sup>er</sup> et 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et de l'article 72 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 ; 2°/ qu'un mandat pour vendre confié à un agent immobilier n'est valable que s'il est écrit et s'il mentionne une durée et un numéro d'inscription ; que pour débouter M<sup>me</sup> B. de son action en nullité du congé et juger que la société Parnasse immobilier avait qualité pour faire délivrer un congé pour vendre, la cour d'appel s'est fondée sur une correspondance de la SCI Lepante adressée à la société Parnasse immobilier ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si cette correspondance respectait les formalités obligatoires du mandat pour vendre confié à un agent immobilier, et notamment s'il mentionnait une durée et un numéro d'inscription sur le registre des mandats, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1<sup>er</sup> et 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et de l'article 72 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 ;

Mais attendu, d'une part, qu'ayant retenu que la société Immobilière Parnasse, titulaire d'un mandat d'administration et de gestion, avec pouvoir de donner tous congés, et d'une lettre datée du 19 octobre 2012 la mandatant spécialement pour vendre le bien occupé par M<sup>me</sup> B. au terme du bail moyennant un certain prix et pour lui délivrer congé, la cour d'appel a procédé à la recherche prétendument omise ;

Et attendu, d'autre part, qu'il résulte des articles 1<sup>er</sup>, 6 et 7 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et 72 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 que le mandat doit comprendre une limitation de ses effets dans le temps et que l'agent immobilier doit mentionner tous les mandats par ordre chronologique sur un registre des mandats à l'avance coté sans discontinuité et relié, et reporter le numéro d'inscription sur l'exemplaire du mandat qui reste en la possession du mandant ; que la Cour de cassation jugeait jusqu'à présent que ces dispositions, qui sont d'ordre public, sont prescrites à peine de nullité absolue, pouvant être invoquée par toute partie qui y a intérêt (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 févr. 2003, n° 01-00.461 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 8 avr. 2009, n° 07-21.610, Bull. civ. III, n° 80) ; que la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde

de l'intérêt général, tandis que la nullité est relative lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé ; que par la loi du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, dite loi Hoguet, le législateur a entendu, tout à la fois, réguler la profession d'agent immobilier et protéger sa clientèle ; que la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et à un urbanisme rénové, comme il ressort de son étude d'impact, et la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques répondent aux mêmes préoccupations ; que la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 encadre la délivrance d'un congé pour vendre au locataire d'un local à usage d'habitation qui constitue sa résidence principale, en posant notamment des conditions de délai, en ouvrant un droit de préemption et en imposant la délivrance d'une notice d'information avec le congé ; que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les dispositions relatives aux prescriptions formelles que doit respecter le mandat, lesquelles visent la seule protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire ; que l'existence de dispositions protectrices du locataire, qui assurent un juste équilibre entre les intérêts de ce dernier et ceux du bailleur, et la finalité de protection du seul propriétaire des règles fixées par les articles 7, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 2 janvier 1970 et 72, alinéa 5, du décret du 20 juillet 1972 conduisent à modifier la jurisprudence et à décider que la méconnaissance des règles précitées doit être sanctionnée par une nullité relative ; que, dès lors, la cour d'appel n'était pas tenue d'effectuer une recherche inopérante relative à la mention de la durée du mandat et au report, sur le mandat resté en possession du mandant, d'un numéro d'inscription sur le registre des mandats ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les autres branches du moyen qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi ; condamne M<sup>me</sup> B. aux dépens ; - Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la SCI Lepante la somme de 3 000 € [...].

**Recueil Dalloz 2017 p.793**

### **Première influence de la réforme du droit des contrats** **À propos de la nullité - relative ou absolue - du mandat de l'agent immobilier**

**Bénédicte Fauvarque-Cosson, Professeur, Université Panthéon-Assas, Paris 2**

Extraordinaire, cet arrêt rendu le 24 février 2017 par la chambre mixte de la Cour de cassation<sup>(1)</sup> l'est d'abord parce que, renversant une jurisprudence établie, il cite ses propres décisions antérieures<sup>(2)</sup> et d'autres sources de droit, d'origine législative (fussent-elles inapplicables en l'espèce) ou même infra-législative (une étude d'impact). Cette décision à la motivation fortement enrichie illustre l'usage d'une pratique nouvelle dont le rapport de « conclusions d'étape » de la Cour de cassation, publié le même jour que l'arrêt, précise qu'elle « doit être adoptée dans des hypothèses à déterminer avec précision, notamment en cas de revirement de jurisprudence et de contrôle de proportionnalité »<sup>(3)</sup>. Pour mieux marquer l'importance de l'arrêt qui sera publié dans le *Rapport de la Cour de cassation*, l'avis de l'avocat général et le rapport du conseiller ont été diffusés, ainsi qu'une note explicative.

Extraordinaire, cette décision l'est encore parce que c'est la première qui se réfère à « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », pour interpréter des lois spéciales et justifier un revirement de jurisprudence<sup>(4)</sup>. Cette référence se double, au surplus, d'une application anticipée discrète et discrètement déformée, de l'article 1179 du code civil.

Une locataire, qui s'était vu délivrer un congé pour vente, se prévalait du non-respect des prescriptions formelles de la loi (loi du 2 janv. 1970, dite loi Hoguet, et de son décret d'application) aux fins de le faire annuler. Cet acte, qui présentait une nature mixte de congé et d'offre de vente, était conforme aux pouvoirs donnés à l'agent immobilier par le propriétaire mais il ne respectait pas les formalités légales car il avait été conféré par une lettre qui ne mentionnait ni la durée du mandat, ni le numéro d'inscription sur le registre des mandats. À suivre sa jurisprudence, la Cour régulatrice aurait dû accueillir la deuxième branche du moyen qui reprochait à l'arrêt d'appel un manque de base légale au regard des articles 1<sup>er</sup> et 6 de la loi du 2 janvier 1970 et de l'article 72 du décret du 20 juillet 1972 pour n'avoir pas recherché si le mandat spécial respectait les formalités obligatoires résultant de ces textes et « notamment s'il mentionnait une durée et un numéro d'inscription sur le registre des mandats »<sup>(5)</sup>.

La Cour de cassation, qui relève que le mandat spécial requis pour qu'un agent immobilier puisse délivrer un congé pour vendre avait bien été caractérisé par la cour d'appel, estime que la locataire, tiers au contrat de mandat, ne pouvait pas se prévaloir de la violation des dispositions de la loi du 2 janvier 1970 (art. 2) et de son décret d'application. Pour justifier ce revirement, elle invoque l'esprit de tout un *corpus* législatif (plusieurs lois sont citées) destiné à réguler la profession d'agent immobilier et à protéger sa clientèle et qui, de ce fait, mêle ordre public de direction et ordre public de protection (« la finalité de protection du seul propriétaire des règles fixées par les articles 7, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 2 janvier 1970 et 72, alinéa 5, du décret du 20 juillet 1972 »). Puis elle rappelle qu'il existe déjà, dans la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, des dispositions protectrices du locataire qui « assurent un juste équilibre entre les intérêts de ce dernier et ceux du bailleur ». Pour toutes ces raisons, elle décide « que la méconnaissance des règles précitées doit être sanctionnée par une nullité relative ».

La Cour de cassation enrichit son raisonnement par une référence explicite à la réforme du droit des contrats : « Que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les dispositions relatives aux prescriptions formelles que doit respecter le mandat, lesquelles visent la seule protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire ». C'est sur ce point que se concentrera le commentaire<sup>(6)</sup>, plus précisément sur deux séries de questions qui ne manqueront pas de se poser aux juges avec l'entrée en vigueur de la réforme : celle de l'articulation entre le droit spécial (en l'espèce, les dispositions de la loi Hoguet) et le droit général résultant de la réforme (I) et celle de l'application (y compris anticipée) ainsi que de l'interprétation du nouveau droit français des nullités codifié aux articles 1178 et suivants du code civil (II)

## I - L'articulation entre droit général et droit spécial

L'article 1105 du code civil pose les grandes lignes de l'articulation entre droit général et droit spécial et cet arrêt, même s'il n'aborde pas frontalement la question, révèle les difficultés d'application que ce texte pourra soulever.

### A - Les lignes tracées par le nouvel article 1105 du code civil

« Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.

Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.

Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ».

L'article 1105, proche de l'ancien article 1107, innove dans sa rédaction<sup>(7)</sup> et précise que les règles générales s'appliquent « sous réserve » des règles particulières, ceci pour répondre à la demande des acteurs économiques qui

craignent que le droit général puisse remplacer le droit spécial lorsque celui-ci est applicable. Il n'en demeure pas moins que les parties peuvent se prévaloir des dispositions du nouveau titre III du livre III du code civil qui ne sont pas contradictoires avec le droit spécial <sup>(8)</sup>. Quant au juge, il peut appliquer les principes généraux des articles 1102 à 1104 du code civil (liberté contractuelle, force obligatoire du contrat, bonne foi), voire interpréter les règles spéciales à la lumière de ces principes (n'y a-t-il pas une certaine mauvaise foi, qui pourrait être caractéristique d'un abus, dans le fait d'invoquer le bénéfice de formalités manifestement imposées pour protéger une autre catégorie de personnes ?).

Cependant, l'article 1105 n'autorise une application combinée des règles du droit général (telles celles sur la représentation ou celles sur la nullité) et de celles du droit spécial que si les premières ne sont pas incompatibles avec les secondes. L'articulation entre droit spécial et droit commun appellera un raisonnement semblable à celui auquel se livrent les juges lorsqu'ils interprètent le droit français dans le respect du droit européen (principe d'interprétation conforme). Ce n'est qu'en cas d'« antinomie » entre la norme spéciale et la norme générale que la première l'emportera <sup>(9)</sup>. Une démarche comparatiste approfondie, portant sur plusieurs ensembles de règles du droit français, s'imposera parfois.

Si les nouvelles dispositions du code civil avaient été applicables, la Cour de cassation aurait donc dû examiner comment les règles spéciales sur le mandat de l'agent immobilier s'articulent avec les règles générales sur la représentation conventionnelle (art. 1153 s. c. civ.). De prime abord, cela n'aurait pas posé de difficulté majeure car les nouvelles règles sont inspirées des règles spéciales sur le mandat contenues dans le code civil. De plus, leur champ se limite à la « représentation externe », c'est-à-dire aux rapports entre, d'une part, le représenté ou le représentant, et, d'autre part, le tiers contractant <sup>(10)</sup>. Le choix de se limiter à la représentation externe s'est inspiré des modèles européens et internationaux <sup>(11)</sup>.

L'opération essentielle, au demeurant menée dans l'arrêt, aurait donc consisté à articuler le droit spécial et le nouveau droit commun de la nullité.

## **B - L'articulation du droit spécial et du nouveau droit commun de la nullité**

Le nouveau droit des contrats codifie des principes issus de la théorie dite « moderne » des nullités (art. 1178 s. c. civ.). D'après cette théorie, que consacre la jurisprudence, le droit de critiquer le non-respect d'une règle de validité d'un acte juridique dépend de la nature de la nullité, laquelle dépend à son tour de l'objectif poursuivi par la règle : si la règle vise à sauvegarder l'intérêt général, la nullité est absolue ; si elle préserve un intérêt privé, la nullité est relative et seule la personne protégée par la règle peut, ou non, exercer son droit de critique.

La Cour de cassation relève que le législateur a voulu tout à la fois « réguler la profession d'agent immobilier et protéger sa clientèle ». Pour le client (le mandant), le formalisme est un gage de sécurité, notamment quant à la preuve et l'étendue du mandat donné. L'objet de la loi Hoguet n'est manifestement pas de protéger les locataires.

Pour étayer son raisonnement, la Cour de cassation se réfère à la loi du 6 juillet 1989 qui encadre la délivrance d'un congé pour vendre au locataire d'un local à usage d'habitation constituant sa résidence principale. Cependant, cette référence aux dispositions protectrices du locataire obscurcit la décision davantage qu'elle ne l'éclaire. Quant à la note explicative de l'arrêt, qui invoque le principe de proportionnalité pour expliquer que « la chambre mixte considère que les dispositions protectrices du locataire assurent un juste équilibre entre les intérêts de ce dernier et ceux du bailleur » mais tient pour indifférent le fait qu'en l'espèce ces dispositions protectrices ne protégeaient pas la locataire contre l'expulsion envisagée, elle n'explique pas tout et semble surtout soucieuse de justifier l'usage, très controversé, du principe de proportionnalité dont elle précise « que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne commandent au juge de [le] respecter » <sup>(12)</sup>.

En effet, soit le principe est qu'une protection prévue pour l'un ne doit pas être dévoyée en étant invoquée par un autre, et il est inutile de relever que cet autre est déjà protégé. Soit c'est en raison de l'existence d'une protection qui lui est spécifique que le locataire est privé du droit d'invoquer la nullité et d'autres personnes, non protégées par la loi du 6 juillet 1989, pourraient alors se prévaloir de la nullité du mandat pour défaut d'enregistrement.

Explications sur explications génèrent la confusion. La motivation enrichie d'un arrêt ne doit pas devenir une motivation démultipliée (13). Ce qui justifie la solution retenue par l'arrêt n'est pas qu'une protection ne doit pas se surajouter à une autre, mais que la règle, quoique d'ordre public, préserve un intérêt privé et que seul celui qui est protégé peut l'invoquer.

En renversant sa jurisprudence, la Cour de cassation inscrit sa décision dans le prolongement de toute une évolution du droit des obligations favorable à la nullité relative, que consacre la réforme du droit des contrats, à une importante nuance près : la lettre de l'article 1179 du code civil.

## **II - De la nullité absolue à la nullité relative : quel avenir pour l'article 1179 du code civil ?**

Aux termes du nouvel article 1179 du code civil :

« La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général.

Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ».

Sans le citer, la Cour de cassation reproduit ce texte mais omet l'adjectif « seul », comme elle en avait le loisir puisque l'ordonnance n'était pas encore applicable et qu'elle ne se réfère pas à l'article 1179 du code civil. Cette application anticipée sélective de la réforme invite à se demander si, dans le cas d'un litige effectivement soumis à la loi nouvelle, le « seul » sera ou non réintroduit. Comment pourrait-il en être autrement ? En ce cas, la voie tracée par la chambre mixte pourra-t-elle encore être empruntée par les juges ?

### **A - L'application anticipée sélective de la réforme**

Les dispositions de l'ordonnance sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016. Conformément à l'article 9 de l'ordonnance du 10 février 2016 (14), et sous réserve de quelques exceptions spécifiques, les contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 « demeurent soumis à la loi ancienne » (principe général de non-rétroactivité de la loi en matière contractuelle).

En matière contractuelle, le principe de la survie de la loi ancienne connaît une importante exception au nom de l'ordre public, applicable lorsque les dispositions nouvelles répondent à « des considérations d'ordre public particulièrement impérieuses » (15). Tel n'était pas le cas en l'espèce et s'il y avait véritablement eu une application anticipée de la réforme, celle-ci n'aurait pu se justifier que parce que le texte nouveau consolidait le droit antérieur. Rien ne s'oppose alors à ce que les juges le reproduisent, sans le citer, pourvu qu'ils ne le déforment pas.

En introduisant l'adjectif « seul » (la nullité « est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ») l'article 1179 impose une condition stricte. De fait, toute règle de droit, même si elle protège un intérêt particulier, vise aussi à sauvegarder l'intérêt général (16). C'est pourquoi on enseigne traditionnellement qu'il faut un intérêt général « suffisamment net » pour que la nullité absolue puisse l'emporter en cas de coexistence avec la

protection d'un intérêt particulier <sup>(17)</sup>.

L'application stricte de l'article 1179 entraînerait une importante réduction du domaine des nullités relatives en cas de violation d'une règle de forme, sanctionnée par la nullité (art. 1172) <sup>(18)</sup>. En ce domaine, contrairement à d'autres, le législateur n'a pas précisé que la nullité était de nature relative <sup>(19)</sup>, ceci pour laisser une certaine souplesse, dans le choix du type de nullité, en fonction des circonstances.

La jurisprudence actuelle montre combien cette souplesse est importante.

Ainsi, par exemple, la nullité d'un acte juridique accompli par un mandataire dénué de pouvoir est relative et ne peut être demandée que par la partie représentée. Quant à la violation des articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation (le formalisme prévu a pour finalité la protection des intérêts de la caution), elle est également « sanctionnée par une nullité relative, à laquelle la caution peut renoncer par une exécution volontaire de son engagement irrégulier, en connaissance du vice l'affectant » <sup>(20)</sup>.

Un arrêt rendu à propos d'une cession de droits sociaux consentie à un prix dérisoire a renforcé ce courant favorable à la nullité relative. S'alignant sur la jurisprudence de la première chambre civile, la chambre commerciale de la Cour de cassation a fait prévaloir la nullité relative sur la nullité absolue au motif que ce n'est « pas en fonction de l'existence ou de l'absence d'un élément essentiel du contrat au jour de sa formation, mais au regard de la nature de l'intérêt, privé ou général, protégé par la règle transgressée qu'il convient de déterminer le régime de nullité applicable » et « qu'en l'espèce, l'action en nullité des cessions de parts conclues pour un prix indéterminé ou vil ne tendait qu'à la protection des intérêts privés des cédants » <sup>(21)</sup>.

Depuis longtemps déjà, la Cour de cassation veille à ce que le formalisme impératif prévu pour protéger une partie ne se retourne pas contre elle. Cela l'a même conduite à restreindre les effets de la nullité lorsqu'ils sont trop radicaux. Ainsi, lorsque le contrat ne mentionne pas le taux effectif global de l'intérêt, la nullité n'atteint que la stipulation de l'intérêt conventionnel : le prêt reste valable et demeure conclu à titre onéreux, un taux d'intérêt légal étant substitué au taux d'intérêt conventionnel <sup>(22)</sup>. Ainsi encore, en dépit du fait que la législation sur l'indexation est en partie d'ordre public économique, la Cour de cassation a tôt autorisé les juges du fond à sauver un contrat menacé par un mauvais choix d'une indexation. Même encadrée par la double exigence d'une application conforme d'un autre indice et du respect de la commune intention des parties <sup>(23)</sup>, cette liberté donnée aux juges était difficilement compatible avec les effets que produit normalement la nullité. Cette jurisprudence était à l'époque d'autant plus audacieuse qu'elle s'écartait de la voie tracée par le législateur qui n'autorisait cette pratique que pour les baux d'habitation <sup>(24)</sup>. L'article 1167 du code civil consacre désormais cette solution pour toutes les clauses d'indexation.

Lorsqu'intérêt général et privé sont liés, admettre systématiquement la sanction de la nullité absolue reviendrait à autoriser toute personne que la règle non respectée n'entendait pourtant pas protéger à demander la nullité. Comme le montrent les circonstances de fait, la solution porte atteinte à la sécurité juridique et à l'efficacité économique du droit. Elle affecte alors le bon fonctionnement de la justice, en ouvrant trop largement le droit de critique, ce qui va aussi à l'encontre de l'esprit de la réforme des contrats qui s'efforce de répondre au mieux à cet objectif, notamment par l'extension encadrée des prérogatives unilatérales, en particulier la résolution par notification <sup>(25)</sup>, et par l'admission des actions interrogatoires en matière de pacte de préférence (art. 1123, al. 3), mais aussi de représentation (art. 1158) et de nullité (art. 1183), dispositions au surplus d'application immédiate.

Dans des circonstances semblables à celles qui ont donné lieu à cet important arrêt de chambre mixte, les juges, lorsqu'ils seront tenus d'appliquer les nouveaux articles du code civil, pourront-ils faire prévaloir la nullité relative sur la nullité absolue ? Si le texte demeure en l'état (une loi de ratification, si elle était un jour promulguée, pourrait encore le modifier), une interprétation téléologique de l'article 1179, s'imposera <sup>(26)</sup>.

## B - Vers une interprétation téléologique de l'article 1179 du code civil

Pour appliquer le nouveau droit des contrats, les juges disposent de la richesse qu'offrent les travaux et projets antérieurs ainsi que les modèles étrangers, européens et internationaux qui ont inspiré la réforme  (27).

Les sources internationales et européennes adoptent une approche souple. Ainsi, par exemple, les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (2010) comprennent une section sur l'illicéité qui traite du « contrat violant une règle impérative » (3.3.1). Lorsqu'une règle impérative (applicable en vertu de l'art. 1.4 de ces Principes) est violée, et qu'elle ne prescrit pas expressément les effets de sa violation, l'article 3.3.1 (2) prévoit que les parties peuvent exercer « les moyens fondés sur l'inexécution du contrat qui sont raisonnables dans les circonstances » (y compris le droit à l'exécution ou l'adaptation du contrat). Pour déterminer le caractère raisonnable, ou non, de ces moyens, l'article 3.3.1 (3) dresse une liste non hiérarchisée de sept critères, au premier rang desquels se trouvent le « but de la règle violée » et la « catégorie de personnes que la règle entend protéger »  (28).

Ces critères sont précisément ceux qui ont conduit au revirement opéré, dans la ligne de toute une évolution jurisprudentielle désormais confortée par l'esprit général des nouvelles règles sur les sanctions (contenues dans la section 4 du chapitre I consacré à la formation)  (29).

Deux voies s'ouvriront aux juges lorsqu'ils appliqueront l'article 1179 du code civil. La première serait de dire que l'intérêt général n'est pas concerné. En apparence respectueuse de l'article 1179, cette solution présentera l'inconvénient d'engendrer de nombreux contentieux, l'intérêt général étant toujours sous-jacent lorsque l'application du droit est en cause, du moins si la « vie de la collectivité » est, comme vient de le dire la Cour de cassation, un élément constitutif de la définition de l'intérêt général  (30). La deuxième consiste à raisonner à partir des équilibres recherchés par la réforme, notamment des textes sur les sanctions, et de privilégier l'interprétation téléologique et holistique (un texte, replacé dans l'esprit d'ensemble d'une réforme) des nouveaux textes. Dans cette réforme, le législateur s'est efforcé de prévoir des sanctions raisonnables, efficaces et proportionnées. L'article 1221, qui fixe des limites au droit à l'exécution forcée en nature, en constitue l'une des illustrations les plus notables. Cette recherche d'équilibre inspire aussi toute la section sur les nullités, y compris l'article 1179 en ce qu'il consacre la théorie classique des nullités. C'est pourquoi la Cour de cassation devrait pouvoir, si nécessaire, s'appuyer sur les principes fondateurs de la matière, en particulier sur le principe de bonne foi (art. 1104), pour neutraliser l'adjectif « seul » malencontreusement ajouté à la dernière heure de la réforme  (31).

En relevant « que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les dispositions relatives aux prescriptions formelles que doit respecter le mandat, lesquelles visent la *seule* protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire », la chambre mixte a su apporter une réponse adaptée quoique non exactement conforme à l'article 1179 qui exige que « seul » l'intérêt privé soit concerné. Le fait que seul le mandant soit protégé ne fait pas disparaître toute trace d'intérêt général. Certains commentateurs de la réforme ont dénoncé l'ajout de cet adjectif par l'article 1179 comme une « illustration de l'effet pervers des codifications qui, parfois, figent inopportunément des solutions jurisprudentielles dont l'atout était la souplesse »  (32). C'est toute la difficulté de rédiger la loi, ou les décisions de justice, que révèle cette analyse.

Après une réforme aussi importante que celle qui vient d'être accomplie, on pourrait certes s'attendre à un certain retour en force de la méthode exégétique, tant pratiquée par les premiers interprètes du code civil de 1804. En réalité, d'autres méthodes ont désormais pris le dessus, fondées sur l'équilibre des intérêts en présence, la proportionnalité et la cohérence du droit. La méthode de « l'interprétation conforme », que les juges utilisent pour éviter les affrontements entre l'ordre juridique national et européen  (33) est aussi une règle générale d'articulation des normes

fondée sur le souci de cohérence du droit  (34). À ce titre, elle pourrait servir à résoudre certaines contradictions au sein de la théorie générale des contrats, notamment lorsqu'un mot malheureux ajoute une exigence que ne reflètent ni l'esprit de la règle elle-même, ni celui du code civil dans lequel elle s'inscrit.

Si l'on ne peut concilier la lettre du texte et son esprit, au surplus conforme à celui d'une grande réforme, l'esprit ne doit-il pas l'emporter ?

<b>Mots</b>	<b>clés</b>	:
<b>BAIL D'HABITATION</b>	* Résiliation * Congé pour vendre * Nullité * Locataire * Loi Hoguet du 2 janvier 1970	
<b>AGENT D'AFFAIRES</b>	* Agent immobilier * Mandat * Nullité * Locataire * Congé pour vendre	

- (1) Cass., ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, D. 2017. 505 ; JCP 2017. 305, avis de l'av. gén. B. Sturlèse, n° W1520411, et 306, note G. Pignarre ; Dalloz actualités, 20 mars 2017, note A. Galliard.
- (2) Sur cette politique de citation de ses propres arrêts, les critères (encore incertains) qui y président, les dérives possibles, V. R. Libchaber, Une motivation en trompe-l'oeil : les cailloux du Petit Poucet, JCP 2016. 632.
- (3) Commission de réflexion sur la réforme de la Cour, conclusions d'étape, 24 févr. 2017 : [https://www.courdecassation.fr/cour\\_cassation\\_1/reforme\\_cour\\_7109/conclusions\\_etape\\_reforme\\_cour\\_8066/conclusions\\_etape\\_36239.html](https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/conclusions_etape_reforme_cour_8066/conclusions_etape_36239.html).
- (4) La Cour de cassation se réfère certes déjà à la réforme des contrats, mais c'est pour préciser que le texte du code civil appliqué l'est dans la « version antérieure à l'ordonnance », ainsi par exemple : « Vu l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ».
- (5) Rappr. sur ce point précis, l'avis (*supra* note 1) de l'av. gén. B. Sturlèse.
- (6) Sur les aspects liés au recul de la portée du formalisme de la loi Hoguet, V. les notes et commentaires préc., ainsi que l'avis de l'av. gén., le rapport du conseiller, la note explicative diffusés sur le site de la Cour.
- (7) Sur l'histoire des différentes versions de l'art. 1105, V. F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson et J. Gest, Aux sources de la réforme du droit des contrats, Dalloz, 2017, n° 33.22. L'ancien art. 1107, qui énonçait le caractère général du titre III du livre III et mentionnait l'existence de règles particulières à certains contrats, visait à assurer la suprématie du code civil plus qu'à coordonner les règles entre elles. Le projet d'ordonnance ne comportait plus de disposition en ce sens, ce qui avait été critiqué (Y. Lequette, Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ?, RDC 2015. 616).
- (8) Certains milieux économiques étaient très opposés à ce texte, invoquant pour cela la nécessité pour les contractants de savoir à quel *corpus* législatif leur contrat est soumis (V. Aux sources de la réforme du droit des contrats, *supra* note 7, n° 33.22).
- (9) C. Goldie-Genicon, Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, LGDJ, 2009, n°s 351 s. ; rappr. O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LexisNexis, 2016, 53 ; F. Chénéde, Le nouveau droit des obligations et des contrats : Consolidations, innovations, perspectives, Dalloz, 2016, n° 21.32 ; M. Latina et G. Chantepie, La réforme du droit des obligations : Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, Dalloz, 2016, p. 105 ; N. Dissaux et C. Jamin, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Dalloz, 2016.
- (10) G. Wicker, Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil, D. 2016. 1942 . L'art. 1156 c. civ. pourrait néanmoins s'appliquer si le non-respect d'une règle de forme devait provoquer une absence de pouvoir du mandataire agent immobilier.
- (11) Aux sources de la réforme du droit des contrats, *supra* note 7, n° 33.22.
- (12) Un principe, fût-il de source européenne et impératif, ne s'impose que si les circonstances le commandent. Les critiques de l'usage de ce principe sont nombreuses et diverses (V., parmi une doctrine trop riche pour être ici citée de manière exhaustive : A. Bénabent, Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ?, D. 2016. 137  ; et, selon une perspective différente, dénonçant l'asservissement de la Cour de cassation aux juridictions européennes V. not. F. Terré et Y. Lequette, Avant-propos pour la treizième édition, in H. Captitant, F. Terré, Y. Lequette et F.

Chénéde, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 1, Dalloz, 2015, p. VI). Sur le régime que construit progressivement la Cour de cassation et le contrôle qu'elle exercera sur les juges du fond, H. Fulchiron, Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode, D. 2017. 656 [📄](#).

(13) Rapp. R. Libchaber, *supra* note 2 : « Motiver, ce n'est pas seulement donner les motifs de la décision ; c'est aussi rechercher les motifs des motifs, seule façon d'aller au bout de la démarche herméneutique ».

(14) L'art. 9 de l'ordonnance précise encore : « Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation ». S. Gaudemet, Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016, JCP 2016. 559 ; C. François, Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, D. 2016. 506 [📄](#).

(15) Civ. 3<sup>e</sup>, 9 févr. 2017, n° 16-10.350, D. 2017. 405 : « l'article L. 145-7-1 [du code de commerce] précité, d'ordre public, s'applique aux baux en cours au jour de son entrée en vigueur » (rendu au visa de l'art. 2 c. civ.) ; Com. 3 mars 2009, n° 07-16.527, D. 2009. 725, obs. E. Chevrier [📄](#), et 2888, obs. D. Ferrier [📄](#) (à propos de l'art. L. 441-6 c. com.). D'après O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier (*supra* note 9, p. 19) l'article 9 exclurait le jeu de cette exception, notamment pour des raisons de sécurité mais cette interprétation n'est pas unanimement partagée.

(16) Sur cette notion, difficile à cerner, V. M. Mekki, L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, 2004. Pour une tentative jurisprudentielle de définition de la notion, dans un nouvel arrêt à la motivation enrichie, V. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 15-22.946, D. 2017. 508 [📄](#) : « qu'ont trait à l'intérêt général les questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité » (il s'agissait ici de savoir si le droit à l'information du public peut parfois justifier, dans l'intérêt général une atteinte à la vie privée).

(17) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2013, n° 385.

(18) Rapp. M. Latina et G. Chantepie, *supra* note 9, p. 395.

(19) Par contraste, pour les vices du consentement et l'incapacité, les textes précisent que la nullité est relative.

(20) Com. 5 févr. 2013, n° 12-11.720, D. 2013. 428, obs. V. Avena-Robardet [📄](#), 1113, note R. Libchaber [📄](#), et 1706, obs. P. Crocq [📄](#) ; Rev. sociétés 2013. 479, note D. Legeais [📄](#).

(21) Com. 22 mars 2016, n° 14-14.218, D. 2016. 704 [📄](#), 1037, chron. S. Tréard [📄](#), et 2017. 375, obs. M. Mekki [📄](#) ; RTD civ. 2016. 343, obs. H. Barbier [📄](#) ; RTD com. 2016. 317, obs. B. Bouloc [📄](#). Jusqu'alors, la chambre commerciale considérait que « la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue » (Com. 23 oct. 2007, n° 06-13.979, D. 2007. 2812, obs. X. Delpech [📄](#), et 2008. 954, note G. Chantepie [📄](#) ; AJDI 2008. 795 [📄](#), note F. Cohet-Cordey [📄](#) ; RTD com. 2008. 408, obs. B. Bouloc [📄](#)), ce qui avait été justement critiqué par une partie de la doctrine. Si le revirement, qualifié de « spectaculaire » par B. Fages (Droit des obligations, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2016, n° 195), a été si remarqué, c'est aussi parce que la Cour de cassation y a expérimenté la motivation enrichie.

(22) Civ. 1<sup>re</sup>, 24 juin 1981 (3 arrêts), Bull. civ. I, n° 234 ; 9 févr. 1988, n° 86-11.609, Bull. civ. I, n° 35 ; 6 mai 1997, n° 95-15.605, Bull. civ. I, n° 142.

(23) Civ. 3<sup>e</sup>, 22 juill. 1987, n° 84-10.548, Bull. civ. III, n° 151.

(24) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, *supra* note 17, n° 1337.

(25) La réforme consacre la nullité judiciaire mais aussi la nullité consensuelle qui permet aux parties de constater d'un commun accord la nullité du contrat afin d'éviter la saisine d'un juge (art. 1178). En revanche, la nullité extrajudiciaire qui permet à une partie d'annuler un contrat par notification à son cocontractant, très répandue dans les droits étrangers (par exemple en droit allemand, anglais et espagnol) ainsi que dans la CVIM, ou encore dans les codifications savantes européennes et internationales, n'a pas été consacrée. On peut néanmoins penser que le caractère judiciaire de la nullité n'est pas d'ordre public.

(26) Une autre voie, incompatible avec les nouvelles dispositions du code civil sur la nullité consisterait à retenir une nullité de nature unique : A.-S. Lebreton, La distinction des nullités relatives et absolues, Paris II, 2015. De son côté, le droit anglais oppose le contrat *void* et celui simplement *voidable*. Le premier ne peut produire aucun effet, ce qui a notamment pour conséquence que le tiers acquéreur de bonne foi ne peut pas conserver le bien qu'il a acquis si celui qui le lui a vendu n'en était pas le propriétaire, mais un escroc qui a usurpé l'identité du propriétaire (*Shogun Finance*

*Limited v Hudson*, [2004] 1 All ER 215), ceci en raison de la règle *nemo dat quod non habet*. Sur cette incidence d'une règle du droit des contrats sur le droit des biens, V. les divers jugements rendus dans l'arrêt, notamment ceux des jugements dissidents.

(27) Il y a aussi l'éclairage donné par le rapport au président de la République (JO 11 févr. 2016), mais, sur cette question, le rapport se contente de reprendre le texte.

(28) Le commentaire précise que d'autres critères peuvent être pris en compte, notamment, la mesure dans laquelle le contrat viole la règle impérative.

(29) Comp. la suggestion de l'av. gén. d'écarter la nullité et de « protéger le tiers de bonne foi contre les conséquences d'un anéantissement du mandat provoqué par le seul mandant, en permettant de sauvegarder les actes passés en son nom grâce à une réadmission du jeu de la théorie du mandat apparent » (p. 22 s.). Rappr. l'art. 1156 c. civ.

(30) Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 2017, *supra* note 16.

(31) Le projet élaboré ss la dir. de F. Terré (Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2009), pourtant influencé par les sources européennes et internationales, a lui aussi consacré l'approche stricte (art. 79) : « La nullité est absolue lorsque la règle violée tend à sauvegarder l'intérêt général. Elle est relative lorsqu'elle ne protège qu'un intérêt privé », sans en donner d'explication dans le commentaire des textes. Ce modèle serait-il à l'origine de la modification effectuée dans la dernière version, à l'issue des consultations ? Comp. l'art. 1129-1 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations (art. 1101 à 1386 c. civ.) et du droit de la prescription (art. 2234 à 2281 c. civ.), Doc. fr., 2006 : « La nullité est dite absolue ou d'ordre public lorsque la règle violée est ordonnée à la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est dite relative ou de protection lorsque la règle violée est ordonnée à la sauvegarde d'un intérêt privé. Toutefois, lorsque l'intérêt privé procède d'une valeur fondamentale, comme la protection du corps humain, la nullité revêt un caractère absolu ».

(32) O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *supra* note 9, p. 328 et 329.

(33) Selon ce principe, dégagé par la CJCE (10 avr. 1984, aff. C-14/83, Rec. p. 1891), lorsqu'une juridiction nationale est appelée à interpréter le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive concernée, elle est tenue de le faire, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte et de la finalité de ladite directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci.

(34) Rappr. P. Deumier, Introduction générale au droit, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2015, § 121.

### **Cass. soc. 21 septembre 2017 n°16-20103**

LA COUR (...)

Sur le moyen unique, qui est recevable :

Vu les articles 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable en la cause, et L. 1221-1 du code du travail ;

Attendu que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail ;

Attendu que l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ; que la rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extra-contractuelle de son auteur ;

Attendu, en revanche, que la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ; que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Z..., joueur international de rugby, a reçu courant mai 2012 du club de rugby, société Union sportive carcassonnaise, une offre de contrat de travail pour la saison 2012/2013, à laquelle était jointe une convention prévoyant l'engagement pour la saison sportive 2012/2013, avec une option pour la saison suivante,

une rémunération mensuelle brute de 3 200 euros, la mise à disposition d'un véhicule et un début d'activité fixé au 1er juillet 2012 ; que dans un courrier électronique adressé le 6 juin 2012 à l'agent du joueur, le club indiquait ne pas pouvoir donner suite aux contacts noués avec ce dernier ; que le 12 juin 2012, le joueur faisait parvenir le contrat au club, alors que, le lendemain, son agent adressait la promesse d'embauche signée ; que soutenant que la promesse d'embauche valait contrat de travail le joueur a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir le paiement de sommes au titre de la rupture ;

Attendu que pour condamner l'employeur au paiement d'une somme à titre de rupture abusive du contrat de travail l'arrêt retient qu'il résulte d'un courrier électronique adressé, le 25 mai 2012, par le secrétariat du club qu'une promesse d'embauche a été transmise à l'agent et représentant du joueur de rugby, que la convention prévoit l'emploi proposé, la rémunération ainsi que la date d'entrée en fonction, de sorte que cet écrit constitue bien une promesse d'embauche valant contrat de travail, que dans la mesure où le joueur a accepté la promesse d'embauche il en résultait qu'un contrat de travail avait été formé entre les parties et il importe peu que le club de rugby ait finalement renoncé à engager le joueur, même antérieurement à la signature du contrat par le joueur, que la promesse d'embauche engage l'employeur même si le salarié n'a pas manifesté son accord ;

Qu'en statuant ainsi, sans constater que l'acte du 25 mai 2012 offrait au joueur le droit d'opter pour la conclusion du contrat de travail dont les éléments essentiels étaient déterminés et pour la formation duquel ne manquait que son consentement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 1er juin 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse ;

#### **Cass. soc. 21 septembre 2017 n°16-20104**

LA COUR (...) :

Sur le moyen unique, qui est recevable :

Vu les articles 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable en la cause, et L. 1221-1 du code du travail ;

Attendu que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail ;

Attendu que l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ; que la rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extra-contractuelle de son auteur ;

Attendu, en revanche, que la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ; que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Y..., joueur international de rugby, a reçu le 22 mars 2012 du club de rugby, société Union sportive carcassonnaise, une offre de contrat de travail pour les saisons 2012/2013 et 2013/2014, à laquelle était jointe une convention prévoyant l'engagement pour les saisons sportives 2012/2013 et 2013/2014, une rémunération mensuelle brute de 3 875 euros pour la saison 2012/2013 et de 4 200 euros pour la saison 2013/2014, la mise à disposition d'un logement et d'un véhicule et un début d'activité fixé au 1er juillet 2012 ; que dans un courrier électronique adressé le 6 juin 2012 à l'agent du joueur, le club indiquait ne pas pouvoir donner suite aux contacts noués avec ce dernier ; que le 18 juin 2012, la promesse d'embauche signée était retournée au club ; que soutenant que la promesse d'embauche valait contrat de travail le joueur a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir le paiement de sommes au titre de la rupture ;

Attendu que pour condamner l'employeur au paiement d'une somme à titre de rupture abusive du contrat de travail l'arrêt retient qu'il résulte d'un courrier électronique adressé, le 22 mars 2012, par le secrétariat du club qu'une promesse d'embauche a été transmise à l'agent et représentant du joueur de rugby, que la convention prévoit

l'emploi proposé, la rémunération ainsi que la date d'entrée en fonction de sorte que cet écrit constitue bien une promesse d'embauche valant contrat de travail, que dans la mesure où le joueur a accepté la promesse d'embauche il en résultait qu'un contrat de travail avait été formé entre les parties et il importe peu que le club de rugby ait finalement renoncé à engager le joueur, même antérieurement à la signature du contrat par le joueur, que la promesse d'embauche engage l'employeur même si le salarié n'a pas manifesté son accord ;

Qu'en statuant ainsi, sans constater que l'acte du 22 mars 2012 offrait au joueur le droit d'opter pour la conclusion du contrat de travail dont les éléments essentiels étaient déterminés et pour la formation duquel ne manquait que son consentement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 1er juin 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse ;

### **Nouvelle avancée de la question de l'entrée en vigueur immédiate de la réforme des contrats**

**Cass. soc. 21 septembre 2017 (n°16-20103 et 16-20.104)**

#### **D. Mainguy, Professeur à l'université de Montpellier**

1. La réforme du droit des contrats résultant de l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> octobre 2016, de l'ordonnance du 10 février 2016 pose toute une série de difficultés aux juristes, habitués à plus de deux siècles d'un droit des contrats issu de la codification de 1804 et pratiquement inchangée depuis. Le passage d'un système à l'autre, semblait réglé par le texte de l'article 9 de l'ordonnance de 2016, dont les alinéas 2 et 4 disposent, pour le premier, que « *Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne* » et, pour le second, que « *Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation* ». Une solution assez radicale, donc, propre à rassurer les contractants, spécialement ceux ayant conclus des contrats de très long terme, peut-être trop radicale cependant et en tout cas peu en adéquation avec la réalité du droit contemporain du droit transitoire, dont la radicalité est d'ailleurs renforcée par le Sénat dans l'adoption, en première lecture, du projet de loi de ratification de l'ordonnance de 2016 (cf. infra, n°3).

2. L'article 9, al. 2 de l'ordonnance du 10 février 2016 précise en effet que, sauf trois textes d'application immédiate, les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la réforme, le 1er octobre 2016, reste régi par la « loi ancienne ». Or ces termes « lois anciennes » ne sont pas si clairs qu'ils n'y paraissent et laissent, au contraire, la place pour une application immédiate des normes nouvelles d'ordre public, si on admet que les termes « lois anciennes » s'en remettent aux seules dispositions anciennes supplétives (et encore).

Dès lors, et ce indépendamment de toute une série de difficultés techniques de mise en œuvre des dispositions nouvelles<sup>1</sup>, un ensemble de considérations plus vastes, tenant à la modernité de la réforme mais également à la complexité normative de ce que l'on désigne rapidement comme le « droit des contrats » et qui comprend le droit *légal* des contrats et le droit *jurisprudentiel* des contrats, quatre interprétations de l'article 9, al. 2 de l'ordonnance de 2016 sont possibles<sup>2</sup>, que l'on peut formaliser sous forme de propositions, dans la logique classique de l'effet dans le temps des normes nouvelles : Proposition n°1) l'article 9, al. 2 signifie que le droit des contrats nouveau ne s'appliquera en aucune manière aux contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016, puisque la règle de survie de la loi

<sup>1</sup> Cf. C. François, « Application dans le temps et jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats », D. 2016, p. 506, S. Gaudemet, « Dits et non dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 », JCP, éd. G, 2016, 559.

<sup>2</sup> D. Mainguy, « Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles de droit des contrats », D. 2016, p. 1762.

ancienne, posée en doctrine par Roubier<sup>3</sup>, est clairement établie, sauf les exceptions expresses de la loi (dont les trois textes visés par l'article 9) et ce quelle que soit la nature, d'ordre public ou non, de la norme ancienne ou nouvelle ; Proposition n°2) l'article 9, al. 2 ne définit pas ce qu'est la « loi ancienne » ou la « loi nouvelle » de sorte qu'on pourrait considérer que la loi ancienne s'entend des règles non modifiées par des règles d'ordre public touchant à l'exécution du contrat ; Proposition n°3) On pourrait considérer que la loi ancienne s'entend des règles non modifiées par des règles d'ordre public touchant à l'exécution *et la formation et la validité* du contrat. Ne resteraient donc de la loi ancienne que les normes supplétives anciennes ; Proposition n°4) l'article 9, al. 2 ne définit pas ce qu'est la « loi ancienne » ou la « loi nouvelle » de sorte qu'on pourrait considérer qu'elle est constituée de toutes les règles non modifiées par la loi nouvelle, quelle que soit leur nature. Chacune de ces propositions dispose de ses propres arguments de légitimité, par souci décroissant de sécurité juridique et, inversement, par intérêt croissant pour l'innovation proposée par la réforme. Il appartenait donc à la Cour de cassation, faute pour le législateur d'avoir été plus précis, de trancher.

3. Les observateurs de cette question complexe avaient été une première fois bousculés, *avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016*, par un arrêt de la première chambre civile du 22 mars 2016 dont on avait pu dire qu'il assurait une forme d'application anticipée de la réforme du droit des contrats, sur le terrain de la sanction d'une vente à prix dérisoire<sup>4</sup>. Après l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016, une première alerte avait intéressé les juristes, à la suite d'un arrêt de la troisième chambre civile du 9 février 2017<sup>5</sup>, à l'interprétation délicate, mais surtout un arrêt de la Chambre mixte du 24 février 2017, beaucoup plus probant<sup>6</sup>. En effet cet arrêt se signalait comme une double innovation, d'une part un changement dans la technique de motivation où la Cour utilise sa propre jurisprudence pour justifier la solution nouvelle<sup>7</sup> et d'autre part une justification « substantielle » du revirement par une mention étonnante se fondant sur « *l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 [qui] conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les dispositions relatives aux prescriptions formelles que doit respecter le mandat, lesquelles visent la seule protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire* ». Cet arrêt était suivi d'un autre, du 20 septembre 2017, de la première Chambre civile de la Cour de cassation<sup>8</sup>. La Cour, toujours sur une question relative à un contrat d'agence immobilière, était interrogée sur la

<sup>3</sup> P. Roubier, *Le droit transitoire*, Sirey, 2<sup>ème</sup> éd. 1960, Dalloz, 2008, préf. L.-A. Barrière. Comp. contra : F. Dekeuwer-Defossez, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, LGDJ, 1977 et adde : J. Ghestin, G. Goubeaux, et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, LGDJ, 1994, n°402 s.

<sup>4</sup> Cass. com. 22 mars 2016, n°14-14218, s'agissant de la nullité relative d'un contrat conclu pour un prix dérisoire (Cf. C. civ., art. 1169 nouveau), Gaz. Pal. 2016, n° 17, p. 23, note D. Houtcieff ; D. 2016. 1037, chron. S. Tréard, F. Arbellot, A.-C. Le Bras et T. Gauthier, D. 2017. 375, obs. M. Mekki, RTD civ. 2016. 343, obs. H. Barbier, RTD com. 2016. 317, obs. B. Boulloc.

<sup>5</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 févr. 2017, n°16-10.350, D. 2017, p. 1107, note G. Casu, AJDI 2017. 432, obs. A. Antoniutti, RTD com. 2017. 46, obs. J. Monéger (Application de l'article L. 145-7-1 C. com. Aux baux en cours).

<sup>6</sup> Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, n°15-20.411, D. 2017, p. 793, note B. Fauvarque-Causson, RDC, 2017, p. 415, note Th. Genicon, AC contrat, 2017, p. 175, note D. Houtcieff, AJDI, p. 612, note M. Thoiye, CCC, 2017, n°93, obs. L. Leveneur, RTD civ., 2017, p. 377, obs. H. Barbier, RTDcom. 2017, p. 46, obs. J. Monéger (revirement de jurisprudence sur l'appréciation du caractère relatif d'une nullité, impliquant non point simplement la considération d'ordre public d'une règle, mais la question de savoir si la nullité assure la protection de l'intérêt général – nullité absolue – ou d'intérêts particuliers – nullité relative, solution proposée en doctrine : M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, et, très clairement, dans l'ordonnance de 2016 : C. civ., art. 1179).

<sup>7</sup> Comp. P. Deumier, préc. D. Houtcieff, préc. Adde : J. Antippas, « Pour une mention par la Cour de cassation des précédents issus du droit public », RTD civ. 2017, p. 1428, P. Malaurie, « Sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation. Contre leur alourdissement, pour leur sobriété », D. 2017. 768.

<sup>8</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 septembre 2017, n°16-12906 : « *Mais attendu que, selon les articles 1er et 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, dans leur rédaction issue de la loi n° 94-624 du 24 juillet 1994, applicable en la cause, les conventions conclues avec les personnes physiques ou morales qui, d'une manière habituelle, se livrent ou prétent leur concours aux opérations portant sur les biens d'autrui et relatives, notamment, à la gestion immobilière,*

possible confirmation d'une nullité tirée de l'absence d'écrit de ce mandat. La Cour y reprenait la même formule que dans l'arrêt du 24 février 2017, qu'il cite d'ailleurs, pour, appliquant la décision considérant la nullité comme relative, retient l'hypothèse de sa confirmation.

La « note explicative » accompagnant les deux arrêts de la Chambre sociale du 21 septembre 2017<sup>9</sup>, formant le troisième opus de cette marche jurisprudentielle, précise d'ailleurs clairement son inspiration : « *Suivant une méthode adoptée par la Chambre mixte (Ch. mixte, 24 février 2017, n° 15-20.411, publié au Bulletin) la chambre sociale a choisi de réexaminer sa jurisprudence au regard de l'évolution du droit résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, et, en conséquence, d'apprécier différemment la portée des offres et promesses de contrat de travail, même si cette ordonnance n'était pas applicable aux faits de l'espèce* ». Une série d'indices probants donc, notamment dans le fait que la Cour de cassation retient l'arrêt du 24 février 2017 comme « faisant jurisprudence », au moment où, à l'occasion du travail législatif conduisant à l'adoption de la loi de ratification de l'ordonnance de 2016, le Sénat a proposé une révision de l'article 9 de l'ordonnance de 2016 pour faire échec à ces développements jurisprudentiels<sup>10</sup>, voire pour museler le juge. L'ensemble prend place au moment où l'on prend connaissance, à la fois de l'arrêt du 20 septembre 2017 et de deux nouveaux arrêts, aussi importants que celui du 24 février 2017, et qui se présentent dans un sens assez voisin, cette fois sur une question de formation des contrats et, mieux, une question opposant la qualification de promesse ou d'offre de contracter, dans deux arrêts du 21 septembre 2017.

---

*doivent être rédigées par écrit ; que, suivant l'article 64, alinéa 2, du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972, le titulaire de la carte professionnelle " gestion immobilière " doit détenir, à moins qu'il ne représente la personne morale qu'il administre, un mandat écrit qui précise l'étendue de ses pouvoirs et qui l'autorise expressément à recevoir des biens, sommes ou valeurs, à l'occasion de la gestion dont il est chargé ; que la Cour de cassation jugeait jusqu'à présent que ces dispositions, qui sont d'ordre public, sont prescrites à peine de nullité absolue, excluant toute possibilité de confirmation du mandat comme de ratification ultérieure de la gestion (1re Civ., 22 mars 2012, pourvoi n° 15-20.411, Bull. 2012, I, n° 72 ; 1re Civ., 2 décembre 2015, pourvoi n° 14-17.211, en cours de publication) ; Que, toutefois, l'évolution du droit des obligations résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, d'après laquelle la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général et relative lorsque cette règle a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé, a conduit la Cour de cassation à apprécier différemment l'objectif poursuivi par certaines des prescriptions formelles que doit respecter le mandat de l'agent immobilier et à décider que, lorsqu'elles visent la seule protection du mandant dans ses rapports avec le mandataire, leur méconnaissance est sanctionnée par une nullité relative (Ch. mixte, 24 février 2017, pourvoi n° 15-20.411, en cours de publication) ; que, dans les rapports entre les parties au mandat, le non-respect de son formalisme légal, qui a pour objet la sauvegarde des intérêts privés du mandant, entraîne une nullité relative, laquelle peut être couverte par la ratification ultérieure des actes de gestion accomplis sans mandat ; Et attendu que l'arrêt relève que les consorts X...ont poursuivi leurs relations avec le mandataire de leur auteur, sans émettre la moindre protestation sur la qualité des prestations fournies ou les conditions de leur rémunération, dont l'agent immobilier leur a rendu compte de façon régulière et détaillée, avant qu'ils ne mettent un terme à sa mission sept ans plus tard, dans les formes et conditions stipulées dans les mandats écrits que celui-ci leur avait expédiés pour signature ; que, de ces motifs, faisant ressortir que les consorts X...avaient ratifié, en connaissance de cause, les actes et coût de cette gestion locative, elle a pu déduire que la restitution des honoraires perçus était injustifiée ».*

<sup>9</sup> Cass. soc. 21 sept. 2017, n°16-20.103 et n°16-21.104.

<sup>10</sup> « Petite loi », adoptée par le Sénat, 17 oct. 2017, <http://www.senat.fr/petite-loi-ameli/2017-2018/23.html>, modifiant l'article 9, al. 2 : « Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public » et ajoutant un II : « Le I est applicable à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 ». Adde : M. Mekki, « Ne défigurez pas l'ordonnance ! Plaidoyer pour une rectification à la marge de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », Gaz. Pal. à paraître. ; D. Mainguy, « La proposition de réforme de la réforme du droit des contrats », in [www.daniel-mainguy.fr](http://www.daniel-mainguy.fr).

4. Ces deux arrêts se prononcent sur une situation factuelle presque identique. Un joueur de rugby avait reçu une offre de contrat de travail, en 2012, à laquelle était jointe une convention prévoyant l'engagement pour la saison sportive 2012/2013, avec une option pour la saison suivante, la précision d'une rémunération mensuelle, de la mise à disposition d'un véhicule une date de début d'activité, mais, dans un courrier électronique postérieur, le club indiquait ne pas pouvoir ou vouloir donner suite aux contacts noués avec le joueur, ce dernier adressant toutefois le contrat signé (présenté dans l'arrêt d'appel comme la « promesse d'embauche »). En clair, il s'agissait, de la part du club, d'une rétractation de quelque chose, d'une offre d'embauche, d'une promesse de contracter, voire d'un contrat de travail conclu, le joueur considérant qu'il s'agissait d'une promesse d'embauche irrévocable pour le club, ce dernier d'une simple offre librement rétractable.

La Cour d'appel de Montpellier, avait considéré, dans les deux arrêts d'appel convergents le 1<sup>er</sup> juin 2016, qu'un contrat de travail avait été conclu et que celui-ci avait été abusivement rompu : « *Attendu que pour condamner l'employeur au paiement d'une somme à titre de rupture abusive du contrat de travail l'arrêt retient qu'il résulte d'un courrier électronique adressé, le 25 mai 2012, par le secrétariat du club qu'une promesse d'embauche a été transmise à l'agent et représentant du joueur de rugby, que la convention prévoit l'emploi proposé, la rémunération ainsi que la date d'entrée en fonction, de sorte que cet écrit constitue bien une promesse d'embauche valant contrat de travail, que dans la mesure où le joueur a accepté la promesse d'embauche il en résultait qu'un contrat de travail avait été formé entre les parties et il importe peu que le club de rugby ait finalement renoncé à engager le joueur, même antérieurement à la signature du contrat par le joueur, que la promesse d'embauche engage l'employeur même si le salarié n'a pas manifesté son accord* ». Le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel était cependant retenu en vue d'une cassation, qui se présente à nouveau comme un revirement de jurisprudence et à propos duquel on peut formuler deux ensembles de remarques, l'un sur la méthode et la question de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (I) et l'autre sur le fond de la décision (II).

#### **I) Sur la question de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.**

5. La Cour reprend et adapte les formules qu'elle avait utilisées dans l'arrêt du 24 février 2017 et dans celui du 20 septembre 2017 : « *Attendu que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail* ».

C'est une manière de reprendre la question de l'appréciation d'une norme à la lumière d'une autre. La jurisprudence, interne et européenne, avait largement utilisé cette formule dans les années 1990, à propos de l'interprétation du droit de la vente, à la lumière de la directive non transposée de 1985 sur la responsabilité des produits défectueux<sup>11</sup>. Désormais, c'est le Code civil dans sa version de 1804 qui est appliqué « à la lumière » du Code civil dans sa version de 2016, même si ce n'est pas tout à fait la formule utilisée, une appréciation en fonction de l'évolution du droit des obligations, ce qui pourrait ne pas être seulement un changement dans les termes si on admet que le droit des obligations ne recouvre pas seulement le droit légal des obligations. Rien n'interdira, sous cette lumière, à la Cour de cassation, pour un contrat conclu avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 de décider par exemple que « *Vu l'article 1131 (ancien) du Code civil, attendu que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les dispositions relatives à la protection des contractants, dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* », ce qui conduirait à appliquer immédiatement l'article 1171 du Code civil, ou toute autre disposition.

6. En toute hypothèse, la Cour de cassation ne craint pas d'appliquer expressément les dispositions nouvelles, au cas par cas, la nature de la nullité en février 2017, l'offre et la promesse en septembre 2017, ce qui ressort de la formule utilisée par la Cour : « *Attendu que l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la*

<sup>11</sup> Comp. D. Mainguy, « Les directives non transposées, Libres propos sur une étrange lumière », *Mélanges C. Mouly*, Litec, 1998, t. 1, p. 89.

*rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ; que la rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extra-contractuelle de son auteur ; Attendu, en revanche, que la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ; que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis ».*

Ces formules correspondent en effet, *dans l'attendu qui justifie la cassation*, aux nouveaux articles 1114 à 1116 du Code civil, s'agissant du régime de l'offre de contracter, et au nouvel article 1124 s'agissant de celui de la promesse de contracter. Elles sont clairement la base juridique de la cassation ; elles sont appliquées nonobstant la formule de l'article 9, al. 2 de l'ordonnance de 2016. On peut ajouter par ailleurs que la Cour va bien au-delà. L'article 9, al. 4 promet en effet que la "survie de la loi ancienne" vaut également pour les instances en cours, y compris au stade de l'appel ou de la cassation. Cette exigence, en tant qu'elle concerne des dispositions d'ordre public (y compris donc au stade de la formation du contrat) est balayée par la Cour de cassation.

7. Par ailleurs, on peut constater qu'il s'agit de règles qui concernent la formation du contrat, sans que la Cour s'intéresse à la question de savoir si ces règles sont d'ordre public ou sont simplement supplétives. Or, parmi les quatre hypothèses plus haut suggérées, la solution la plus « osée » semblait être la proposition n°3, à savoir l'application des règles nouvelles en ce qu'elles sont d'ordre public, qu'elles intéressent la formation ou l'exécution du contrat. L'arrêt du 24 février 2017, en choisissant d'appliquer les règles en matière de nullité du contrat, sanction de la formation du contrat paraissait d'ailleurs retenir cette solution. Mais ici, il s'agit d'aller bien plus loin en appliquant par exemple des règles qui sont par nature supplétives : de même qu'il était possible d'insérer des clauses permettant l'exécution forcée d'une promesse ou qu'une offre peut être contractuellement sécurisée, la situation demeure, de sorte que ce serait plutôt la proposition n°4 qui est retenue, avec cette atténuation cependant que la Cour de cassation ne propose pas une application immédiate des règles du droit des contrats, dans la logique du droit transitoire, mais une application plus nuancée, une application subtile des règles nouvelles, et ce faisant plus acceptable qu'une application immédiate, une interprétation du droit ancien « *à la lumière* » du droit nouveau, même si cela revient, pour l'instant en tout cas, exactement au même. Dans le même temps, la Cour considère que l'évolution du droit des obligations issue de l'ordonnance la « *conduit* » à apprécier différemment les règles applicables. Sous-entendu, les règles anciennes sont réinterprétées à l'aune de cette évolution. Toutefois, il est difficile d'en inférer le sens. On pourrait considérer que la Cour définit là qu'il s'agit d'un choix de sa part, ce qui correspond à la réalité de l'activité jurisprudentielle : donner une signification normative à un énoncé à la signification inconnue (« loi ancienne », type de nullité, etc.). La Cour est « *conduite* » c'est-à-dire qu'elle choisit d'interpréter différemment les règles applicables. Plus prudemment, on peut considérer que la Cour utilise le terme « *conduire* » comme synonyme d'être obligée. La Cour est conduite, par une force plus grande, celle de l'évolution du droit des obligations. La question est d'autant plus essentielle que de développement jurisprudentiel s'inscrit dans un débat contradictoire avec celui entamé par le Sénat qui cherche, au contraire, à faire obstacle, sans doute en vain, à ce développement.

## **II) Sur la distinction entre offre de contracter et promesse de contracter.**

8. La cassation des deux arrêts d'appel a été retenue en ce que : « *Attendu que pour condamner l'employeur au paiement d'une somme à titre de rupture abusive du contrat de travail l'arrêt retient qu'il résulte d'un courrier électronique adressé, le 25 mai 2012, par le secrétariat du club qu'une promesse d'embauche a été transmise à l'agent et représentant du joueur de rugby, que la convention prévoit l'emploi proposé, la rémunération ainsi que la date d'entrée en fonction, de sorte que cet écrit constitue bien une promesse d'embauche valant contrat de travail, que dans la mesure où le joueur a accepté la promesse d'embauche il en résultait qu'un contrat de travail avait été formé entre les parties et il importe peu que le club de rugby ait finalement renoncé à engager le joueur, même*

*antérieurement à la signature du contrat par le joueur, que la promesse d'embauche engage l'employeur même si le salarié n'a pas manifesté son accord ; Qu'en statuant ainsi, sans constater que l'acte du 25 mai 2012 offrait au joueur le droit d'opter pour la conclusion du contrat de travail dont les éléments essentiels étaient déterminés et pour la formation duquel ne manquait que son consentement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».*

Par conséquent, la « proposition » de contracter formulée par le club, n'était pas, contrairement à la solution retenue par la Cour d'appel, une promesse de contrat de travail, mais une simple offre de contrat de travail, librement révocable donc. L'« offre », en effet, se présentait comme une proposition de contracter, mais ne comprenait pas de droit d'opter pour la conclusion de celui-ci ; s'il s'agissait d'une offre, elle avait pour objet la conclusion d'un contrat de travail et non celle d'une promesse de contrat de travail.

9. C'est à ce stade que se situe le revirement de jurisprudence ici choisi par la Chambre sociale de la Cour de cassation et que, bien entendu, les spécialistes de droit du travail sauront parfaitement interpréter. En effet, la jurisprudence de cette chambre était, jusqu'à cet arrêt, la solution exactement inverse : la promesse d'embauche précisant l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction valait contrat de travail<sup>12</sup> et c'est d'ailleurs la solution que la Cour d'appel avait réitérée. A l'inverse, il s'agirait d'un simple accord de principe, excluant la qualification d'un contrat de travail, ou encore d'une offre d'emploi, voire d'une simple invitation à entrer en pourparlers. La différence est souvent présentée comme chronologique, une offre d'emploi voit se succéder des pourparlers qui débouchent sur l'adresse d'une promesse d'embauche, qui vaut contrat de travail<sup>13</sup>. La difficulté principale de cette solution est qu'elle fait de la proposition de contrat de travail un acte pratiquement unilatéral et objectif, ne tenant compte que de l'expression de volonté de l'employeur et du contenu de cette proposition, indépendamment de l'expression parallèle du salarié<sup>14</sup> et ce faisant assez étrangère aux logiques du droit des contrats, comme le souligne le Pr. Y Pagnerre qui avait d'ailleurs anticipé le revirement<sup>15</sup>. A priori toutefois, rien ne s'oppose à ce que les règles du droit du travail se présentent de manière différente de celles du droit commun des contrats, sauf à encourir des critiques fondées sur le caractère « autonome » du droit du travail. A l'inverse cependant, la considération du droit du contrat de travail comme un droit spécial des contrats, suppose de comparer les règles du droit commun des contrats et du droit spécial du contrat de travail s'agissant des situations juridiques considérées, la nature d'une offre et d'une promesse de contracter et les spécialistes du droit du travail avaient anticipé la compatibilité entre les règles du droit du travail et la réforme du droit des contrats<sup>16</sup>. Or, avant la réforme du droit des contrats, le droit de l'offre et des promesses était fixé par la jurisprudence de manière connue : l'offre est une proposition de contracter en principe révocable jusqu'à son acceptation, sans possibilité d'exécution forcée en nature<sup>17</sup> et la promesse unilatérale de contracter est un contrat assurant au bénéficiaire de la promesse une option, contracter ou ne pas contracter, dont la révocation, ou rétractation, avant l'exercice de l'option par le bénéficiaire, ne peut aboutir à l'exécution forcée en nature du contrat promis, la rétractation de la promesse faisant obstacle à la rencontre des volontés<sup>18</sup>. Dans une offre comme dans une promesse, la rétractation était efficace. Or depuis la réforme, la notion d'offre est précisée, dans le sens de la

<sup>12</sup> Cass. soc., 15 décembre 2010, n°08-42951; Cass. soc., 12 juin 2014, n°13-14.258.

<sup>13</sup> Cf. E. Jeansen, « Le contrat de travail né d'une promesse d'embauche », JCP, S, 2017, 1249.

<sup>14</sup> V. cependant Cass. soc., 5 octobre 2016, pourvoi n° 15-28.672 ; Cass. soc., 6 juillet 2016, n° 15-11.138.

<sup>15</sup> Cf. Y. Pagnerre, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », Dr. soc. 2016, p. 727, sp. n°6.

<sup>16</sup> Cf. par ex. : G. Loiseau, « Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats », JCP, éd. G., 2016, 602, Y. Pagnerre, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », art. cit.

<sup>17</sup> Cass. civ. 3ème, 28 nov. 1968, *Bull. civ.*, III, n°60, *JCP* 1969, II, 15797.

<sup>18</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2011, n°10-12.875: D.2011, p.1457, note D.Mazeaud, p. 1460, note D. Mainguy ; JCPN 2011. 1163, rapp. G. Rouzet ; adde: Y. Paclot et E. Moreau, « L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente » : JCP 2011. 736 ; N. Molfessis, « 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 ; D. Mainguy, « À propos de « l'affaire de la rétractation de la promesse unilatérale de vente », JCP G 2012. 808. Comp. Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-19.526 (reproduisant la solution de la 3<sup>e</sup> ch. civ.) et Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 6 sept. 2011, n° 10-20.362 (contre cette solution).

jurisprudence antérieure, tout comme le régime de la promesse de contracter, *a priori* dans un sens inverse du fait de l'article 1124, al. 2 selon lequel « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis* ».

**10.** Dans le même temps, la portée substantielle de ce revirement de jurisprudence pourrait être discuté. La Cour a choisi de se situer sur le terrain de l'offre, sans doute parce qu'il semble moins mouvant que celui des promesses, ce qui est, en soit, signifiant. En effet la Cour reprend les deux définitions légales nouvelles, celle de l'offre et celle de la promesse de contracter en reprenant mot pour mot les règles précitées du Code civil. Dès lors, la Cour choisit de rejeter la qualification de promesse de contracter pour celle d'offre, aisément rétractable. Mais de quel type de promesse de contracter s'agissait-il en l'espèce ? La Cour d'appel considérait qu'une promesse d'embauche vaut contrat de travail, ce qui renvoie aux promesses synallagmatiques de contracter traditionnellement assises sur le texte de l'article 1589 du Code civil qui dispose que « *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* ». Dans ce cas en effet, quelle que soit la qualification retenue, le contrat dans lequel les deux parties sont d'accord sur les éléments essentiels d'un contrat, par exemple de travail, est un contrat de travail. Autre est la situation d'une promesse unilatérale de contracter qui est un contrat, synallagmatique, dans lequel sont déterminés les éléments essentiels du contrat promis, mais point le consentement définitif au contrat, dans l'attente de l'option. Cette distinction apparaît implicitement dans les deux arrêts du 21 septembre 2017 dans la mesure où, si la Cour d'appel décelait une promesse *synallagmatique* de contracter, son arrêt est censuré car il est reproché à la Cour d'appel de ne pas avoir « *constater que l'acte du 22 mars 2012 offrait au joueur le droit d'opter pour la conclusion du contrat de travail dont les éléments essentiels étaient déterminés et pour la formation duquel ne manquait que son consentement* », donc qu'il ne s'agissait pas d'une promesse *unilatérale* de contrat de travail, mais d'une offre de contrat de travail. Cela aurait pu être plus clair, mais on peut tirer une autre conséquence de l'arrêt. En effet, et malgré l'article 1124, al. 2 du Code civil, la question se pose toujours de l'efficacité d'une rétractation de la promesse de contracter avant l'option par le bénéficiaire, dans la mesure où l'exécution forcée d'une promesse rétractée demeure difficilement concevable, avant comme après la réforme de 2016<sup>19</sup>. On voit cependant à l'œuvre ici un premier effet particulier de l'article 1124 : la promesse de contracter, rétractée avant l'option par le bénéficiaire, ne fait pas obstacle à ce que le contrat, ici de travail, soit formé. Par conséquent, la rétractation d'une promesse unilatérale peut s'analyser en une rupture du contrat de promesse *et* en une rupture du contrat promis, ce qui transposé au domaine du contrat de travail, aboutit en pratique, à une solution voisine (à la nature du régime de responsabilité, et donc la solution pratique, près) que celle prévalant avant l'arrêt de 2017. Si en effet la rétractation ne fait pas obstacle à la *formation* du contrat promis, alors elle équivaut à produire les effets d'une rupture fautive de ce contrat, mais, en revanche, elle n'aboutit pas à contraindre à l'*exécution* du contrat promis. On peut penser que cette pente, passablement savonneuse pour la Chambre sociale, tandis qu'il s'agit du domaine d'élection des chambres civiles, est l'un des éléments qui a conduit la Cour de cassation à retenir la solution posée en termes d'offre de contracter ; attendons donc une décision concernant réellement une promesse unilatérale de contracter, de vente notamment.

**11.** En toute hypothèse, ce deuxième exemple majeur d'application anticipée de la réforme, ou d'interprétation du droit ancien à la lumière du droit nouveau, laisse augurer que ce mouvement ne cesserait pas, pour envisager demain, une fois le principe de ce mouvement digéré, des situations autrement plus complexes, comme l'application des règles nouvelles en matière de résolution unilatérale de l'article 1226, ou de changement de circonstances économiques de l'article 1195 du Code civil par exemple, une application « *à la lumière* », par touche, dans la plus belle tradition impressionniste.

---

<sup>19</sup> Comp. D. Mainguy (dir.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, publication électronique, [www.daniel-mainguy.fr](http://www.daniel-mainguy.fr), n°68 s.