



LA « RÉFORME DE LA RÉFORME » DU DROIT DES OBLIGATIONS : (I) LE CONTRAT

Présentation générale

Lionel Andreu

Louis Thibierge 252

La formation du contrat

Sophie Pellet..... 254

La validité du contrat

Garance Cattalano-Cloarec..... 257

Le nouveau contrat d'adhésion

Lionel Andreu..... 262

Les effets du contrat

Louis Thibierge 266

Cette fois ça y est ! A la faveur de la loi du 20 avril 2018 de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, la réforme du droit des obligations est désormais achevée. Certes, cette loi de ratification décevra peut-être ceux qui espéraient d'elle des modifications en nombre à l'ordonnance de 2016. Néanmoins, la loi de ratification, en ce qu'elle révisé une trentaine d'articles, procède à des rectifications, des compléments et des clarifications, constitue à bien des égards une véritable « réforme de la réforme ». Ce dossier, publié sur deux numéros sous la direction scientifique des professeurs Lionel Andreu et Louis Thibierge, reproduit les actes d'un colloque – le tout premier sur la loi de ratification – qui s'est tenu sous l'égide du Club des métiers et qu'ils ont organisé. Le premier volet de ce dossier, outre qu'il procède à une présentation générale de la réforme, présente les modifications apportées par la loi du 20 avril 2018 au droit des contrats : redéfinition des contours et du régime des contrats d'adhésion, amélioration du régime de la formation du contrat, précision des règles relatives à sa validité et à ses effets.

PRÉSENTATION GÉNÉRALE

Lionel Andreu

Professeur agrégé des facultés de droit (Université de Poitiers), Vice-président du Club des métiers du droit

Louis Thibierge

Professeur agrégé des facultés de droit (Université d'Aix-Marseille)

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016¹ portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a constitué un tournant majeur du droit français des obligations. Supprimant la cause, consacrant le contrat d'adhésion, introduisant le principe de révision pour imprévision – pour ne signaler ici que quelques innovations remarquables –, elle marque d'une pierre blanche l'histoire du code civil. La ratification de cette ordonnance se faisait néanmoins attendre. Il a fallu attendre plus de deux ans et une loi n° 2018-287 du 20 avril 2018² pour qu'elle adienne, accompagnée d'une quinzaine d'articles modificatifs de l'ordonnance du 10 février 2016. Cette loi de ratification est le résultat d'un processus parlementaire qu'il faut retracer, avant que ne soient mis en exergue les apports du travail parlementaire.

■ Le processus

Au commencement était le Code.

Resté intouché ou presque depuis 1804 en matière contractuelle, il présentait tous les atours et les scories de la loi écrite. Atours, parce qu'il offrait une vision rassurante, structurée, organisée de notre droit des obligations. Scories, parce qu'au fil des ans, le fossé se creusait entre le droit écrit et le droit vivant. Le droit des obligations s'était largement construit au-delà du Code, voire contre le Code. Ce hiatus entre la lettre et l'esprit n'était pas pour favoriser la sécurité juridique, l'accessibilité du droit ou la capacité d'attraction du droit français dans un contexte international.

Il fallait réformer. Oui, mais comment ? À droit constant, en ne faisant que consacrer les solutions prétoriennes ? En faisant *tabula rasa* ? En innovant çà et là, par des modifications lapidaires ?

Les avant-projets se sont succédé, avec un succès variable. La volonté politique n'était sans doute pas toujours prégnante. En 2014, le gouvernement décide de réformer par voie d'ordonnances, afin de s'assurer d'une procédure plus rapide, mais laissant peu de place au débat. Le 16 février 2015, le Parlement autorisait le gouvernement à « prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires permettant de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme »³. Après un premier jet – pour partie décrié – publié courant 2015⁴, le texte définitif est adopté le 10 février 2016. L'ordonnance n° 2016-131 faisait émerger un nouveau droit des obligations, emportant à la fois consécration de solutions prétoriennes et affirmation des solutions de rupture, que l'on songe notamment au bris de la jurisprudence *Consorts Cruz*⁵ ou à l'émergence de la théorie de l'imprévision.

Les premiers mois de vie de l'ordonnance du 10 février 2016 ont permis aux juridictions du fond d'éprouver les premières difficultés d'application pratique des textes. Difficultés d'autant plus fortes que les juges ne pouvaient s'appuyer sur des travaux préparatoires par définition inexistantes pour déterminer la *ratio legis* des dispositions nouvelles. En toute hypothèse, l'ordonnance du 10 février 2016 devait recevoir l'onction parlementaire pour acquérir valeur législative. Aussi fut-il déposé de-

vant les deux assemblées un projet de loi de ratification de l'ordonnance. On a un temps pensé que cette ratification serait « sèche », la loi se bornant à disposer : « L'ordonnance n° 2016-131 est ratifiée ». C'était sans compter l'implication des parlementaires. Ils se sont montrés sensibles à la nécessité de réparer les scories rédactionnelles affectant le texte originel, mais aussi, et c'est sans doute plus surprenant, ils ont prêté l'oreille à ceux qui entendaient détricoter le texte de 2016. De manière audacieuse, les parlementaires se sont saisis de la loi de ratification pour tenter de réécrire ce qui avait été consacré en 2016.

Ainsi, les sénateurs ont, jusqu'au bout du processus législatif, milité pour la suppression de la révision judiciaire pour imprévision, pour ne laisser au juge que le seul pouvoir de résoudre le contrat⁶. De même, les députés ont tenté de restreindre le champ des contrats d'adhésion aux seuls contrats de masse, c'est-à-dire ceux qui comportent des conditions générales destinées à s'appliquer à une multitude de personnes ou de contrats⁷. Autant de tentatives de remise en cause de l'ordonnance, sous couvert de la ratifier, voire de l'interpréter. Au fil des navettes parlementaires, députés et sénateurs ont opéré un rapprochement de leurs positions. À la fin 2017, les projets des deux assemblées étaient encore opposés sur certains points cruciaux, et particulièrement quant à la définition du contrat d'adhésion ou à la révision pour imprévision. Il a fallu réunir une commission mixte paritaire pour aplanir les dernières difficultés.

Le 22 mars 2018, l'Assemblée nationale a adopté le texte définitif. Le Sénat lui a emboîté le pas le 11 avril. Le 20 avril 2018, la loi était donc promulguée. Elle fut publiée au Journal officiel du 21 avril 2018. Nous connaissons désormais la teneur de notre « nouveau » droit des contrats.

■ Les apports

Les apports des parlementaires au droit des contrats sont doubles.

(1) JO 11 févr.

(2) JO 21 avr.

(3) L. n° 2015-177 du 16 févr. 2015, art. 8, JO 17 févr.

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

(5) Civ. 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, D. 1994. 507, note F. Bénac-Schmidt ; *ibid.* 1995. 87, obs. L. Aynès.

(6) L. Thibierge, « Les effets du contrat », AJ Contrat 2018. 266.

(7) L. Andreu, « Le nouveau contrat d'adhésion », AJ Contrat 2018. 262.

Il faut d'abord relever les nombreuses précisions interprétatives de l'ordonnance du 10 février 2016 qui émaillent les travaux parlementaires. Déclarant agir « dans un esprit de responsabilité », ceux-ci – plus particulièrement les sénateurs⁸ – ont entendu préserver les professionnels d'une nouvelle réforme du droit des obligations, en faisant preuve d'une certaine retenue dans les modifications apportées à l'ordonnance de 2016. Pour ne pas laisser les praticiens sans réponse aux nombreuses questions que celle-ci avait suscitées, ils ont néanmoins entendu « lever plusieurs difficultés d'interprétation, sans modifier le texte, en précisant, au stade de la ratification de l'ordonnance, le sens qu'il convenait de donner à certaines dispositions ».

Le rapport sénatorial de Monsieur François Pillet⁹ revient à ce titre longuement sur la distinction des règles impératives et des règles supplétives,

(8) Les prises de position interprétatives ici mises en exergue découlent du rapport sénatorial fait au nom de la Commission des lois par le sénateur François Pillet.

(9) Rapp. Sénat (2017-2018) n° 22, 11 oct. 2017.

(10) Une liste de règles impératives est donnée par les parlementaires.

(11) D'ailleurs, le ministère de la Justice, après une prise de position similaire au sein du rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016, est finalement revenu à une position moins contestable : « Il est vrai néanmoins que nonobstant les termes du rapport, la jurisprudence pourra dans le cadre de sa mission d'interprétation de la loi, qualifier d'impératifs certains textes (ordre public virtuel) » (annexe au rapport du Haut Comité juridique de la Place financière de Paris, Propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun des contrats, https://publications.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_08_f.pdf).

(12) Par ex. les règles relatives à l'opposabilité au cédé des opérations translatives de créance, dette ou contrat.

(13) Au-delà de ces deux précisions mises spécialement en exergue par le rapport, celui-ci apporte plusieurs précisions interprétatives plus ponctuelles : le mécanisme de la révision pour imprévision s'applique à tous les contrats et non pas seulement aux contrats à exécution successive (en particulier, sont concernés les pactes de préférence et les promesses unilatérales) ; en cas de violation d'un pacte de préférence, « le bénéficiaire peut demander réparation au promettant » ou « au tiers fautif qui viole sciemment le pacte de préférence » ; « le défaut de réponse du bénéficiaire [d'un pacte de préférence] ne met pas fin au pacte de préférence : le promettant reste tenu par son engagement et le bénéficiaire pourra engager sa responsabilité contractuelle » ; les sanctions de la violation d'un pacte de préférence sont supplétives de volonté (« dans le sens où les parties pourraient par exemple exclure la sanction de nullité et de substitution en cas de violation du pacte. En revanche, les parties ne peuvent pas, par leur convention, porter atteinte aux droits des tiers. Ainsi les parties ne pourraient contractuellement prévoir de priver les tiers de leur action interrogatoire ») ; le pacte de préférence est soumis, « à défaut de délai expressément ou implicitement fixé par les parties, au régime de droit commun relatif à la durée du contrat, dans la mesure où il n'est pas incompatible avec les règles régissant le pacte de préférence » ; la règle selon laquelle le bénéficiaire d'une promesse peut lever l'option malgré la révocation du promettant peut être écartée par une clause de l'acte ; le dol d'un tiers peut être sanctionné dans le cadre d'une donation ; on peut écarter conventionnellement la règle selon laquelle l'exécution forcée en nature (art. 1121) ne s'applique pas dans le cas où il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ; si une clause résolutoire doit préciser « les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat » aux termes de l'article 1225, une telle règle n'interdit pas les clauses résolutoires balai visant tout manquement contractuel, etc.

(14) M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », D. 2018. Chron. 900. L'expression désigne selon l'auteur « la détermination *a posteriori* de la "ratio legis" par des interprètes qui ne sont pas à l'origine du texte ».

(15) L. Andreu, « Le nouveau contrat d'adhésion », AJ Contrat 2018. 262.

(16) S. Pellet, « La formation du contrat », AJ Contrat 2018. 254.

(17) G. Cattalano-Cloarec, « La validité du contrat », AJ Contrat 2018. 257.

(18) L. Thibierge, « Les effets du contrat », AJ Contrat 2018. 266.

(19) A. Danis-Fatôme, « Transmission des obligations », et A. Gouézel, « Modalités et extinction des obligations », AJ Contrat juill. 2018, à paraître.

considérant que doivent être considérées comme « impératives les seules dispositions expressément mentionnées comme telles dans le texte de l'ordonnance ou celles dont la rédaction indique sans ambiguïté le caractère impératif »¹⁰, affirmation qui laisse sceptique¹¹, tant il est clair que de nombreuses règles non expressément signalées comme d'ordre public seront vraisemblablement considérées comme telles par le juge¹².

Le rapport revient également sur l'articulation du droit commun et des droits spéciaux. Compte tenu des incertitudes subsistant pour la mise en œuvre de l'article 1105 du code civil, il précise que « le silence du droit spécial, de même que sa simple compatibilité avec le droit commun ne peuvent pas conduire automatiquement à l'application du droit commun : une appréciation au cas par cas devra être assurée, en prenant en compte la cohérence interne du droit spécial ». Prenant un exemple discuté, le rapport ajoute : « De façon à expliciter l'intention du législateur lors de la ratification de l'ordonnance et à assurer la cohérence du droit, votre commission indique que l'article 1171 du code civil ne peut s'appliquer dans les champs déjà couverts par l'article L. 442-6 du code de commerce et par l'article L. 212-1 du code de la consommation, lesquels permettent déjà de sanctionner les clauses abusives dans les contrats entre professionnels et dans les contrats de consommation. L'article 1171 du code civil a pour vocation de sanctionner les clauses abusives dans les contrats d'adhésion qui ne relèveraient pas déjà de ces deux dispositifs existants »¹³.

Quelle valeur convient-il d'accorder à ces prises de position ? Sur ce point, les sénateurs paraissent avoir eu une vision un peu exagérée de leur office. À de nombreuses reprises, le rapport signale ainsi au moyen d'une tournure impérative que les interprétations données doivent être suivies par les juges. Plus clairement encore, le rapporteur soulignait lors des discussions en commission l'originalité de la méthode employée, qui était de « préciser expressément l'interprétation qui doit être donnée à des dispositions que nous ne modifions pas, en rappelant l'importance des travaux préparatoires à la rédaction du texte de loi : ils lient le magistrat ! ».

L'analyse est excessive. Il est admis que les travaux parlementaires, même quand ils sont d'authentiques travaux préparatoires, ne lient pas le juge, mais sont seulement un outil parmi d'autres entre les mains des magistrats pour appliquer les textes aux situations concrètes qui leur sont soumises et que le législateur n'a pas eues à l'esprit. Surtout, il faut également admettre que les travaux des parlementaires relatifs à la loi de ratification ne peuvent pas même émarger au rang de travaux préparatoires de l'ordonnance de 2016. Outre que les parlementaires ne sont pas les auteurs de cette dernière, leurs travaux interviennent en l'occurrence deux ans après le texte dont ils entendent révéler le sens. L'idée même de travaux préparatoires s'en trouve éliminée, ce qu'un auteur a plaisamment mis en exergue pour évoquer ces travaux « postparatoires »¹⁴. Où l'on voit que toute la philosophie de la loi de ratification repose sur un malentendu : si les parlementaires ont opté pour une « petite » réforme, c'était dans la croyance erronée qu'ils pouvaient donner aux praticiens une interprétation des textes ambigus de l'ordonnance qui s'imposerait aux juges.

Au final, la loi de ratification en est ressortie amoindrie : elle n'opère qu'une réforme mesurée de la réforme de 2016. Seule une petite trentaine de textes en ressort corrigée ou réécrite : redéfinition des contours et du régime des contrats d'adhésion¹⁵, amélioration du régime de la formation du contrat¹⁶, précision

Les travaux parlementaires, même quand ils sont d'authentiques travaux préparatoires, ne lient pas le juge, mais sont seulement un outil parmi d'autres entre les mains des magistrats pour appliquer les textes aux situations concrètes qui leur sont soumises et que le législateur n'a pas eues à l'esprit

des règles relatives à sa validité¹⁷ ou ses effets¹⁸ et clarification de certaines règles relevant du régime général des obligations¹⁹. La loi revient également sur l'application dans le temps des nouvelles règles du droit des contrats, offrant un système complexe conduisant à distinguer le droit antérieur à la réforme, le droit intermédiaire et le droit postérieur à la loi de ratification²⁰.

Ce sont ces différentes modifications qui sont envisagées dans le dossier ici présenté, lequel rassemble les contributions présentées lors du colloque organisé par les soussignés, sous l'égide du Club des métiers du droit, à Paris, le 14 mai 2018²¹.

(20) J.-C. Roda, « Application de la loi dans le temps », *AJ Contrat* juill. 2018, à paraître.

(21) Sont intervenus dans ce colloque : L. Andreu, professeur agrégé des facultés de droit, Université de Poitiers ; L. Thibierge, professeur agrégé des facultés de droit, Université Aix-Marseille ; M.-A. Le Floch, notaire, Étude Cheuvreux ; S. Pellet, professeur agrégé des facultés de droit, Université de Picardie-Jules Verne ; C. Carpentier, avocat, Cabinet Vîgo ; G. Cattalano-Clorec, professeur agrégé des facultés de droit, Université d'Orléans ; G. Mégret, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ; M. Bensadoun, administrateur de l'Association française des juristes d'entreprise (AFJE) ; A. Danis-Fatôme, professeur de droit privé et sciences criminelles, Université de Brest ; A. Gouézel, professeur agrégé des facultés de droit, Université de Rennes 1 ; J.-C. Roda, professeur agrégé des facultés de droit, Université Jean Moulin, Lyon III ; J. Cheval, avocat, Cabinet Vîgo.

LES EFFETS DU CONTRAT

par Louis Thibierge

Agrégé des facultés de droit, professeur à l'Université Aix-Marseille, membre du Centre de droit économique (EA4224), avocat au Barreau de Paris

Le thème des effets du contrat est au cœur de la réforme du droit des obligations, dont l'objectif était de rendre notre droit attractif. C'est dire si l'efficacité est au cœur des préoccupations du législateur. Il n'est pas ici question d'embrasser tous les effets du contrat. Une double restriction sera opérée. *Ratione temporis*, tout d'abord, il ne sera traité que du « nouveau » droit des contrats. Celui issu de la loi de ratification du 20 avril 2018¹, et non le droit « intermédiaire », celui qui résulte de l'ordonnance du 10 février 2016². *Ratione materiae* ensuite : seuls les effets *inter partes* seront abordés. La raison en est simple : les effets du contrat à l'égard des tiers ne sont pas affectés par la loi de ratification. Pour s'en tenir à ses seuls effets *inter partes*, notre nouveau droit des contrats clarifie les règles relatives à la réduction unilatérale du prix, aligne les sanctions de la fixation abusive du prix, maintient – contre l'avis des sénateurs – la sanction judiciaire de l'imprévision et rétablit sa plénitude au droit à l'exécution forcée en nature. Quelle que soit l'attraction que peut exercer le charme suranné de Toullier, on se gardera de présenter ces quatre textes « suivant l'ordre du code ». Il existe en effet une autre manière, une autre lumière à jeter sur ces quatre articles. Les uns donnent au créancier le pouvoir de modifier seul la situation juridique. C'est ce qu'on appelle l'unilatéralisme. Les autres, au contraire, consacrent le retour du juge dont l'intervention peut se manifester à deux titres : soit en révisant le contrat bouleversé par un événement imprévisible, soit en prêtant main-forte au créancier pour ordonner l'exécution forcée du contrat. Cette lumière, ce clair-obscur, révèle toute la dialectique de notre nouveau droit des contrats qui, confiant dans l'*homo contractus*, fait la part belle à l'unilatéralisme mais, dans le même temps, consacre l'interventionnisme judiciaire : la volonté unilatérale ne peut pas tout. Parce qu'il promet liberté et justice, notre nouveau droit des contrats esquisse un pas de deux. Il est tantôt unilatéraliste, tantôt interventionniste.

■ L'unilatéralisme

L'unilatéralisme, c'est le nouvel avatar du libéralisme. C'est la main invisible d'Adam Smith, la confiance dans la capacité du marché à s'autoréguler. C'est aussi la consécration de la théorie de l'efficacité économique. Puisque juger est chronophage et coûteux, puisque la solution du procès est aléatoire et trop lointaine, il faut aller vite. Aller vite, c'est donner à une partie le pouvoir de modifier seule

la situation juridique. Mais l'unilatéralisme n'est ni démission de l'État, ni déni de justice, simplement une justice différée, dans laquelle le contrôle n'intervient pas *a priori*, pour autoriser, mais *a posteriori*, pour sanctionner les abus de cette liberté nouvelle. Éprouvons-en les contours au travers de deux institutions : la fixation unilatérale du prix et la réduction unilatérale de celui-ci.

La fixation unilatérale

La fixation unilatérale du prix est une nécessité économique dans bien des contrats. Imaginons un instant le contrat liant un pompiste et un pétrolier. Imagine-t-on que les parties renégocient chaque matin le prix de vente du carburant, suivant les évolutions du Brent ou de la TIPP³ ? Il faut permettre aux parties d'apporter de la souplesse et de la réactivité dans leur contrat. C'est la raison pour laquelle le nouveau droit des contrats consacre une création prétorienne : la possibilité de fixer unilatéralement du prix. Envisageons tour à tour le domaine de la fixation unilatérale et son encadrement.

Le domaine de la fixation unilatérale

Le domaine de la fixation unilatérale avait par le pas-

(1) L. n° 2018-287 du 20 avr. 2018, JO 21 avr.

(2) Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, JO 11 févr.

(3) Taxe intérieure sur les produits pétroliers.

(4) Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n°s 91-15.578, 91-19.653, 91-15.999, D. 1996. 13, concl. M. Jeol, note L. Aynès ; *ibid.* 1998. 1, chron. A. Brunet et A. Ghozi.

(5) L'on se souvient que les travaux préparatoires avaient envisagé d'y adjoindre les *contrats à exécution successive*. L'idée paraissait conforme à l'esprit prétorien. La solution ne fut pourtant pas retenue en 2016. Elle ne le fut pas davantage à l'occasion de la loi de ratification. Les parlementaires n'ont pas cru bon de rétablir le champ de la liberté. Elle demeure corsetée, restreinte aux seuls contrats-cadres.

sé des contours délicats à cerner. L'ordonnance de 2016 a opéré une action en bornage. À l'issue des arrêts d'assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995⁴, une partie à un contrat pouvait, si ledit contrat renfermait une stipulation en ce sens, être autorisée à fixer seule le prix, sous la seule réserve de l'abus. Les uns arguaient que la solution était cantonnée aux contrats-cadres. Les autres, et je m'inscrirai plutôt dans cette veine, estimaient que la formulation de l'attendu permettait d'en étendre la portée à tous les contrats, exception faite de la vente, qui suppose un accord sur la chose et le prix.

L'ordonnance du 10 février 2016 a-t-elle consacré la solution prétorienne ? Partiellement, puisqu'elle l'a gravement amputée. L'article 1164 admet la fixation unilatérale dans les seuls contrats-cadres⁵. L'article 1165 ne l'autorise que dans les contrats de prestation de services. Il n'est pas question de la même fixation unilatérale. La première, celle des contrats-cadres, suppose une stipulation en ce sens. À l'inverse, la seconde, celle de l'article 1165, est supplétive : elle s'applique faute d'accord. Seulement si les parties n'ont rien prévu quant au prix, le prestataire de services pourra fixer unilatéralement le prix de sa prestation.

Sur un plan terminologique, la notion de prestation de services est bien connue en matière économique, mais n'a pas de traduction juridique précise. Un *hiatus* se fait jour entre le post-modernisme de l'article 1165 et la formulation archaïque du code civil, qui parle encore de louage de service⁶. En somme, le domaine de la fixation unilatérale du prix est bien modeste. En sont exclus les contrats de droit commun. N'y sont admis que les seuls contrats-cadres et de prestation de services.

L'encadrement de la fixation unilatérale

Une fois reconnu à une des parties le pouvoir de fixer le prix, comment s'assurer qu'elle le fasse dans des limites acceptables ? Deux questions méritent à cet égard réflexion.

D'abord, comment fixer le prix ? Attend-on du créancier qu'il fasse preuve d'altruisme et fasse passer les intérêts de son partenaire avant les siens ? Attend-on du plombier qui fixe son prix après intervention qu'il privilégie les intérêts de son client aux siens ? Ce serait illusoire.

Attend-on du créancier qu'il prenne en compte les intérêts de son cocontractant, ce qui devrait le pousser à fixer un prix raisonnable ? Sans doute. Il ne faut pas percevoir ici une exhortation à l'angélisme, mais simplement un retour à la notion même d'abus, si habilement mise en lumière par Philippe Stoffel-Mu-

nck⁷. Lorsque les parties confient à l'une d'elles le soin de fixer seule le prix, c'est dans un but précis : permettre l'adaptation du contrat à l'évolution des circonstances, maintenir son équilibre. Il ne s'agit pas de donner blanc-seing à son partenaire et d'être à sa merci, pieds et poings liés par sa décision. Dès lors, celui qui détournerait la clause de fixation unilatérale de sa finalité, pour l'utiliser à des fins égoïstes, commettrait un abus de droit. Deux exemples viennent à l'esprit :

- celui qui fixe un nouveau tarif volontairement excessif pour pousser l'autre vers la sortie ou la ruine ;

- celui qui fixe un nouveau prix empêchant son partenaire de pratiquer des tarifs compétitifs. Imaginons qu'une compagnie pétrolière vende à un pompiste son carburant à 3 € le litre, quand les concurrents le revendent au consommateur final moitié moins.

Oui, on peut attendre du contractant qu'il fixe un prix raisonnable, tenant compte des intérêts des deux parties. Les articles 1164 et 1165 me paraissent aller dans ce sens, dès lors qu'ils exigent du créancier qu'il puisse « motiver le montant en cas de contestation ». Celui qui fixe le prix sait donc, par avance, que sa liberté n'est pas discrétionnaire, qu'il doit l'exercer dans les limites de la raison, et qu'il devra en rendre compte.

Ensuite, comment sanctionner les abus ? En 1995⁸, la Cour de cassation avait assorti l'abus de deux conséquences possibles. La victime d'une fixation abusive du prix pouvait demander la résolution du contrat aux torts de l'auteur de celle-ci, ainsi que des dommages-intérêts⁹. La sanction est dissuasive. Si le créancier fixe un prix abusif, il ne s'expose pas simplement à une diminution du prix par le juge. Bien plus comminatoire est la menace d'une résolution judiciaire aux torts exclusifs. La victime peut préférer maintenir le contrat-cadre, mais voir le prix réduit de manière indirecte. Imaginons que le créancier ait fixé le prix à 10 alors qu'il n'aurait pas dû excéder 4. On versera 6 de dommages-intérêts à sa victime, ce qui aboutira peu ou prou à un rétablissement par le juge de l'équilibre contractuel.

La solution ne manque pas d'intérêt lorsque la victime de la fixation abusive a réalisé d'importants investissements et ne souhaite pas rompre la relation commerciale. On s'interroge toutefois sur la précellence donnée aux dommages-intérêts, alors qu'une réfaction directe du prix par le juge eût été possible, et ne produirait pas nécessairement les mêmes conséquences sur le terrain fiscal.

L'article 1164 du code, applicable aux contrats-cadres, consacre ces deux possibilités : « 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 ». L'incise « et le cas échéant » était absente des arrêts de 1995. Faut-il comprendre que la fixation abusive du contrat n'est pas toujours suffisamment grave pour entraîner une résolution ? Le juge serait alors appelé à séparer le bon grain de l'ivraie, l'abus bénin du mauvais abus, seul le dernier emportant résolution ?

On s'interrogera davantage sur le choix du législateur de modifier, à l'occasion de la loi de ratification, l'article 1165, relatif aux contrats de prestation de services. Dans sa version issue de l'ordonnance de 2016, il disposait : « En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts ». La loi du 20 avril 2018 modifie l'alinéa 2, qui devient : « 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 ».

La symétrie est parfaite. Le sort des contrats de prestation de services est aligné sur celui des contrats-cadres. Mais est-ce lé-

Si le créancier fixe un prix abusif, il ne s'expose pas simplement à une diminution du prix par le juge. Bien plus comminatoire est la menace d'une résolution judiciaire aux torts exclusifs. La victime peut préférer maintenir le contrat-cadre, mais voir le prix réduit de manière indirecte

(6) La réforme des contrats spéciaux permettra sans doute de faire disparaître ce *hiatus*. « Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », D. 2017. 1660.

(7) *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, 2000, LGDJ.

(8) Arrêts préc., note 4.

(9) Les deux sanctions sont cumulatives, mais le *quantum* des dommages-intérêts dépendra du choix de la victime : ils seront plus élevés à titre principal qu'à titre accessoire de la résolution.

(10) On pourrait objecter que le législateur a principalement visé les contrats de prestation de services à exécution successive, et que la résolution n'opérerait que pour la fraction non encore exécutée. L'objection n'est toutefois pas pleinement convaincante, dès lors que le texte ne distingue pas, et que la possibilité d'un tel fractionnement suppose que l'obligation soit divisible.

gitime ? Que l'on mette fin à un contrat-cadre parce que le fort a abusé de sa liberté se conçoit. Celui qui a consenti à la clause de fixation unilatérale du prix faisait confiance à son cocontractant. Sa confiance trahie, il peut vouloir sortir du contrat. Mais *quid* en matière de prestations de services ? Rien n'attend les parties après la fixation du prix puisque, de l'aveu même de l'article 1165, la fixation unilatérale du prix ne peut avoir lieu qu'après l'exécution du contrat. Le contrat a donc été, par hypothèse, correctement exécuté¹⁰. Est-il bien logique de permettre au client du prestataire de solliciter l'anéantissement du contrat au seul motif que la fixation du prix aurait été abusive ? On sait bien que la résolution n'est plus nécessairement rétroactive. Mais tout de même : n'y a-t-il pas quelque excès à permettre au client de ne pas payer du tout l'entrepreneur au seul motif que celui-ci a, dans un moment d'égarément égoïste, fixé un tarif excessif ? Tout travail ne mérite-t-il pas salaire ?

La réduction unilatérale

Le mécanisme de réduction unilatérale du prix est autonome de celui précédemment évoqué, même s'il peut lui ressembler dans la mesure où le juge réduit indirectement le prix abusif en accordant des dommages-intérêts. Il n'est plus ici question ni d'abus, ni de clause accordant à une partie le pouvoir de fixer seule le prix.

L'élément déclencheur de la réduction du prix, c'est l'inexécution. Le créancier d'une obligation mal exécutée (c'est-à-dire en quantité insuffisante, en qualité insuffisante

ou avec retard) peut accepter cette exécution imparfaite et réduire le prix de manière proportionnelle. Il n'est pas ici question de sanction de l'abus, mais de rétablissement du *synallagma*.

Le domaine de la réduction du prix est plus large que celui de l'abus dans la fixation unilatérale. Faute de restriction dans l'article 1223, il englobe *a priori* tous les contrats de droit commun¹¹. Le texte de l'article 1223 a été profondément réécrit par la loi de ratification. Il nous en faut connaître les deux versions, car la réécriture n'a pas – et c'est honnête –

été qualifiée d'interprétative par le législateur, ce qui la prive d'effet rétroactif. La réduction de l'article 1223 présente tous les atours de l'unilatéralisme. Pourtant, cet unilatéralisme apparent masque mal la réalité : l'unilatéralisme ne serait-il pas insuffisant ?

L'unilatéralisme apparent

L'article 1223, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, laissait entendre que la réduction du prix était une prérogative unilatérale du créancier. Celui-ci pouvait, après mise en demeure, « accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix ». La liberté du créancier de l'obligation mal exécutée était donc double. Il pouvait, d'abord, choisir d'opter pour la réduction du prix, qui n'est qu'une sanction parmi d'autres disponibles à l'article 1217. Le créancier peut parfaitement poursuivre la résolution plutôt que la réduction, ou la réduction plutôt que l'exécution forcée. Son choix est, sur ce point, discrétionnaire.

La liberté s'exprime ensuite dans la fixation de la réduction. C'est en effet au créancier qu'il appartient de fixer le montant de la réduction. Sur ce point, le code est peu disert. Il se borne à évoquer une réduction proportionnelle du prix. Mais qu'est-ce à dire ?

■ Premier exemple : une société commande 100 tonnes de ciment à

une autre. Le débiteur ne livre que 80 tonnes. La réduction proportionnelle ne paraît pas excessivement complexe à déterminer. Une règle de trois amènerait à réduire le prix de 20 %.

■ Deuxième exemple : une société commande une chaîne d'embouteillage de jus de fruit. Celle-ci fonctionne mal et tombe régulièrement en panne. À combien doit s'élever la réduction ?

■ Troisième exemple : une société affrète un avion pour transporter ses dirigeants pour assister à un sommet. L'avion promis n'est finalement disponible que trois jours après la date convenue. Comment déterminer le montant de la réduction ?

Où l'on perçoit immédiatement la difficulté à cerner ce qu'est une réduction proportionnelle. La proportionnalité arithmétique est sans doute une clé, mais elle ne peut constituer l'alpha et l'oméga du raisonnement. Tel est notamment le cas lorsque l'inexécution n'est pas quantitative mais qualitative, ou liée à un retard. Ces difficultés d'évaluation de la proportionnalité pourraient priver le mécanisme de la réduction du prix de son succès pratique. Combien de créanciers oseront l'employer avec le risque de se voir reprocher une réduction excessive ? L'un d'entre eux osera-t-il réduire le prix à zéro au motif que l'inexécution était totale ?

L'unilatéralisme insuffisant ?

La réduction est présentée comme unilatérale. Il n'est pourtant pas sûr que ces apparences soient conformes à la réalité. En vérité, l'unilatéralisme s'avère bien souvent insuffisant. Cette insuffisance s'illustre à trois égards.

D'abord, et c'est le plus patent, la volonté unilatérale butte sur la contestation émanant du débiteur. Le propre de l'unilatéralisme n'est pas d'évincer le juge, mais de ne le faire intervenir qu'en cas de contestation. Le débiteur de la prestation imparfaitement exécutée peut contester la réduction du prix décidée unilatéralement par le créancier, soit en son principe, soit en son *quantum*. Cette possibilité semble inexpugnable. On n'imagine guère que le débiteur puisse par avance renoncer à la faculté de contester le principe ou le montant de la réduction de prix, faute de quoi il serait à la merci du créancier.

Ensuite, et c'est tout aussi flagrant, la volonté unilatérale est insuffisante lorsque le prix a déjà été intégralement payé par le créancier. Comment en effet parler de réduction unilatérale lorsqu'il faut en réalité se faire rembourser une partie du prix par le débiteur ? Il n'y a plus guère là d'unilatéralisme. La réserve figure expressément à l'article 1223, dont la rédaction a évolué. En 2016, il était prévu : « S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais ». La phrase laissait entendre que la réduction unilatérale du prix n'était envisageable que si le prix n'avait pas encore été intégralement payé. Le texte remanié dispose : « Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix ». L'enseignement n'est plus le même. Oui, affirme-t-on, la réduction du prix de l'article 1223 existe même lorsque le

(11) On en retranchera volontiers certains contrats spéciaux, à l'instar du contrat de travail ou du bail.

La volonté unilatérale butte sur la contestation émanant du débiteur. Le propre de l'unilatéralisme n'est pas d'évincer le juge, mais de ne le faire intervenir qu'en cas de contestation. Le débiteur de la prestation imparfaitement exécutée peut contester la réduction du prix décidée unilatéralement par le créancier, soit en son principe, soit en son quantum

créancier a déjà payé. Mais, dans cette hypothèse, le créancier n'a d'autre choix que de solliciter l'accord du débiteur, ou de demander au juge de prononcer la réduction du prix. Arrêtons-nous un instant : « accord des parties », demande faite au « juge »... Où est l'unilatéralisme ? On se paye de mots !

Enfin, et même si c'est moins évident, on se demande si l'unilatéralisme est vraiment de principe dans l'article 1223 dans sa version de 2018. En effet, le texte évoque désormais « l'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier qui doit être rédigée par écrit ». La décision du créancier, prétendument unilatérale, doit-elle rencontrer l'acceptation du débiteur ? Sauf à donner aux mots un sens qui n'est pas le leur, comme la prétendue « acceptation » du débiteur cédé dans l'ancien article 1690 en matière de cession de créance, comment expliquer la coexistence de l'unilatéralisme et de l'accord ? La formulation paraît bien malheureuse !

■ L'interventionnisme

L'aphorisme de Denis Mazeaud est connu : « Chassez le juge par la porte, il reviendra par la fenêtre ». La « réforme de la réforme » n'a pas entendu chasser le juge. Simple déplacement de son intervention. À l'unilatéralisme s'allie l'interventionnisme. La volonté seule ne peut tout. Ce pouvoir du juge se manifeste, sur le terrain des effets du contrat, à deux égards. En premier lieu, et c'est le plus symbolique, au travers de la révision judiciaire pour imprévision. En second lieu, et c'est tout aussi symptomatique, au travers de l'exécution forcée.

La révision judiciaire

Peu de sujets faisaient autant polémique que la révision judiciaire pour imprévision. Après moult tractations, après quelques ballons d'essai plus ou moins ambitieux lancés en 2005, 2008 et 2013, le Rubicon a été franchi en 2016. L'article 1195 nouveau du code civil acceptait l'inacceptable : autoriser le juge à réviser le contrat, non pas sur requête conjointe des parties, mais à la demande d'une seule d'entre elles. C'en était fini du *Canal de Craponne*¹²...

(12) Civ. 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, D. 1876. 1. 193 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénédy, *GAJC*, t. 2, 13^e éd., Dalloz, 2015, n° 165.

(13) En ce sens A. Weill et F. Terré, *Les obligations*, Dalloz, 1986, évoquant la contradiction entre les arrêts retenant que le conducteur d'un véhicule doit s'attendre à ce qu'un chat traverse la route, et ceux considérant que la traversée d'un chien est imprévisible pour le conducteur d'un deux-roues motorisé ; dans le même sens, C. Coutant-Lapalus, « Variations autour de l'imprévisibilité de la cause étrangère », *LPA* 2002, n° 41, p. 15.

(14) Sur ce point, v. L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, *Economica*, 2011, spéc. p. 238 s.

(15) Il est vrai que l'article 1195 ne dit pas sur quelle tête doit s'apprécier l'imprévisibilité, mais la jurisprudence rendue en matière de force majeure, qu'il peut être tentant de prendre comme élément de comparaison, vérifie si l'événement était imprévisible pour le débiteur, et non pour les parties. Un tel raisonnement postule que le débiteur ait été en tort de ne pas prévoir. On peut ne pas partager cette conviction, et considérer au contraire que l'absence de prévision de l'événement s'apprécie objectivement, en analysant le contrat et non la psychologie du débiteur.

L'était-ce vraiment ? C'était sans compter la volonté des sénateurs, qui ont entendu se saisir de la loi de ratification pour revenir sur la consécration de 2016. La commission des lois du Sénat a ainsi tenté de modifier l'article 1195, ne donnant au juge que le pouvoir de résilier le contrat, le privant ainsi du pouvoir de le réviser. Audacieuse « ratification » du texte ! Les députés, quant à eux, n'entendaient pas revenir sur le principe consacré en 2016. Il a fallu la réunion d'une commission mixte paritaire pour que nos parlementaires s'entendent. Finalement, ce sont les sénateurs qui ont plié. Quels sont les arguments qui les ont conduits à accepter la révision judiciaire ? Le premier est une modification des dispositions du code monétaire et financier, dont le nouvel article L. 211-40-1 prévoit : « L'article 1195 du code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code ». Sont donc exclues du champ de l'imprévision les obligations découlant d'instruments financiers. La notion recoupe les valeurs mobilières, à l'exception des parts sociales. Le deuxième argument concerne le caractère supplétif de l'article 1195 : les députés ont convaincu les sénateurs que, le texte n'étant pas d'ordre public, il serait le plus souvent écarté par les parties. L'argument suppose une discrimination entre les parties sophistiquées, qui penseront à écarter 1195, et les moins informées, qui se le verront imposer. Le dernier argument opposé aux sénateurs est celui de l'inapplicabilité pratique du texte. On a ainsi avancé qu'en pratique le juge n'utiliserait quasiment jamais le pouvoir conféré par l'article 1195. Curieuse conception du rôle du législateur que de consacrer un texte en espérant qu'il ne s'applique jamais !

Une fois le principe évoqué, entrons dans le détail, adoptant pour une fois un rythme ternaire. Évoquons tour à tour les conditions, le remède et les palliatifs.

Les conditions

L'article 1195 subordonne le traitement de l'imprévision à quatre conditions cumulatives.

Un changement de circonstances. La formule ne vise pas les seules circonstances économiques. Toutes sortes de circonstances peuvent affecter l'équilibre économique du contrat. L'essentiel est qu'elles aient une traduction économique. Le spectre est large : création d'une taxe nouvelle (éco-taxe), modification législative (passage aux 35 heures), renchérissement du cours d'une matière première, embargo...

Un changement imprévisible lors de la formation du contrat. *Stricto sensu*, rien ou presque n'est imprévisible. Ni la tempête, ni l'attaque terroriste, ni le tsunami. Si l'on peut songer à l'événement, mettre un mot dessus, c'est qu'il est possible de le prévoir. Ou alors, imprévisible n'a pas ce sens-là. Imprévisible ne veut pas dire « qui ne peut être prévu » mais « que l'on n'avait pas de raisons particulières d'envisager ». Ce qui emporte une part inexpugnable de casuistique. L'étude de la force majeure, qui partage ce critère d'imprévisibilité, n'est pas pour rassurer. Un chat qui traverse la route est imprévisible, mais pas un chien¹³. Le vent qui souffle à 172 km/h est imprévisible, mais pas celui qui souffle à 180 km/h dans le département voisin. Tout est question de circonstances, de compétences des parties, d'expérience passée... Autant dire que le critère est fuyant. On aurait mieux fait de lui préférer le critère de la prévision, de substituer l'imprévu à l'imprévisible¹⁴. Il est bien plus objectif de sonder le contrat pour vérifier si l'événement a été envisagé par les parties que de sonder des années plus tard l'esprit et les reins du débiteur pour déterminer s'il aurait pu y penser¹⁵. Et puis, du reste, qu'est-ce qui justifie qu'on vérifie ce qui était prévisible pour le débiteur ? Il n'est pas plus en faute que le créancier de n'avoir pas prévu l'événement.

Un risque non accepté par la partie frappée par l'événement. L'idée est importante et appelle une once de finesse. Les parties peuvent parfaitement faire un pari sur l'avenir sans pour autant accepter tous les risques. Prenons l'exemple du contrat d'entreprise à forfait : l'entrepreneur fait le pari que les coûts d'exécution se-

ront inférieurs au prix forfaitaire. Accepte-t-il pour autant tous les risques ? Si demain, la loi change et lui impose un surcoût majeur pour retraiter ses déchets, dira-t-on que l'aléa chasse l'imprévision ? Je ne le crois pas. Il faut distinguer entre l'aléa accepté et celui qui ne l'a pas été. De fait, l'exclusion par le code monétaire et financier des obligations découlant d'instruments financiers n'est pas entièrement justifiée : s'il y a spéculation, ce n'est pas pour autant que les parties acceptent par avance tout imprévu, comme une taxe nouvelle confiscatoire.

Une exécution excessivement onéreuse. Le critère consacré par l'article 1195 rejoint l'*excessiva onerosità* italienne. C'est l'onérosité d'exécution qui justifie le traitement de l'imprévu. Deux réflexions s'évincent de ce choix du critère.

D'abord, le critère est foncièrement fuyant. À partir de quand caractérise-t-on l'excès ? La détermination semble relever du pouvoir souverain des juges du fond, ce qui interdit tout contrôle et toute unification par la Cour de cassation. On aurait pu penser à un critère plus objectif, comme celui de l'exécution à perte : dès lors que le débiteur perd de l'argent par l'exécution, il devrait pouvoir prétendre à un remède.

Ensuite, ce critère n'est pas le bon. Le créancier n'a que faire des coûts d'exécution du débiteur, tant qu'ils n'affectent pas la valeur de la prestation. *Primus* achète un téléviseur à *Secundus*, pour un prix de 500 €. Qu'il en coûte à *Secundus* 300 € ou 150 € auprès de son fournisseur, que le transporteur de *Secundus* lui ait consenti une réduction ou non n'a aucun impact sur l'utilité de la chose, et donc sur sa valeur. De surcroît, le critère retenu focalise à tort l'imprévision sur le débiteur, et contribue à la présenter comme une mesure d'humanisme au détriment de la force obligatoire, ce qu'elle n'est pas. En réalité, l'imprévision peut tout aussi bien affecter le créancier, lorsqu'elle prive de valeur la prestation reçue. Imaginons par exemple un changement technologique qui rende obsolète la chose livrée. Rien dans l'article 1195 ne permet de traiter cette situation problématique.

Le remède

Le remède mis en place par l'article prend la forme d'une fusée à deux étages. Le premier est une renégociation entre les parties. Le second est une saisine du juge pour qu'il révisé ou résilie le contrat. La difficulté réside dans l'articulation de ces étages. Quand se détachent-ils ?

La partie confrontée à une exécution excessivement onéreuse « peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant ». Que signifie ce verbe pouvoir ? A minima, que la victime des circonstances n'est pas tenue de solliciter une renégociation : elle peut, à titre commercial, assumer les conséquences du bouleversement économique. Mais quel intérêt de le dire ainsi ? Faut-il alors comprendre que la renégociation est facultative ? Si la victime peut demander la renégociation, elle ne le doit pas. Ce qui pourrait signifier qu'elle peut directement saisir le juge d'une demande de résiliation ou de révision ? Quand la lettre du texte en contredit l'esprit ! Ensuite, l'article 1195 permet aux parties, « en cas de refus ou d'échec de la renégociation », de se mettre d'accord pour résoudre le contrat. L'incise n'a guère d'intérêt, le *mutuus dissensus* étant un principe large. Mais n'est-il pas illusoire de croire que les parties qui n'ont pas négocié ou en vain vont se mettre d'accord pour sortir du contrat, en ce compris les conséquences pécuniaires de la résolution ?

On passe alors au deuxième étage de la fusée : la saisine du juge. Elle est soit bilatérale, soit unilatérale. Soit les parties conviennent de saisir le juge. Hypothèse peu plausible : on voit mal les parties qui ne sont parvenues à s'accorder confier les clés du contrat au juge. Soit une partie seule saisit le juge d'une demande de révision ou de résolution.

Sur ce point, on éprouve un doute et quelques réserves. Un doute, d'abord : le texte prévoit qu'une partie peut demander la révision ju-

diciaire. Faut-il comprendre que la saisine appartient aussi bien à la partie victime de l'événement imprévisible qu'à son cocontractant ? Ainsi, lorsque mon débiteur me demandera de renégocier le contrat, je pourrais refuser et saisir directement le juge pour qu'il résolve le contrat ? Cela semble surprenant.

Une réserve ensuite : le texte place sur un pied d'égalité l'échec et le refus des négociations. Il ne distingue pas davantage suivant la bonne foi ou la mauvaise foi d'une partie, source de l'échec des négociations. N'y a-t-il pas ici quelque prime à la mauvaise foi ? Le débiteur frappé par l'événement pourrait, durant la négociation, se montrer inflexible et exiger une augmentation drastique du prix. Sachant que son cocontractant refusera légitimement, notre débiteur pourra saisir le juge. Ne faudrait-il pas, au contraire, sanctionner le refus de négocier et le refus de négocier de bonne foi ? Le texte n'en dit rien, et l'on peut en éprouver quelque regret, quand bien même l'article 1104 sur la bonne foi a une portée générale.

Enfin, quant au choix du remède : la révision judiciaire. Nos magistrats ont-ils vraiment envie de ce pouvoir ? Comment vont-ils l'exercer en droit ? Voici un contrat entre A et B. Apparaît en cours d'exécution une taxe nouvelle qui pèse exclusivement sur B, en sa qualité de producteur de produits polluants. L'équilibre du contrat est rompu, c'est un fait. Mais comment le juge répartira-t-il cette charge extracontractuelle ? En dehors du jugement de Salomon, comment pourrait-il procéder ? Et ce n'est pas le recours à l'expertise qui l'aidera : l'expert est un technicien, pas un ministre d'équité.

Les palliatifs

Souvenons-nous des arguments des députés : le maintien l'article 1195 n'est pas bien grave, car on pourra l'écarter et l'aménager. Mais comment ?

Peut-on, tout d'abord, écarter entièrement l'application de l'article 1195 ? Par principe, une réponse favorable s'impose. Le texte est supplétif de volonté. On réservera néanmoins l'hypothèse des contrats d'adhésion, dans lesquels la renonciation à l'article 1195 est plus délicate, surtout si elle est unilatérale et procède d'une clause non négociable. Quelle serait la portée de cette renonciation à l'article 1195 ? Elle me paraît incertaine, dès lors que l'article 1104 impose une obligation générale de bonne foi, laquelle est bien d'ordre public. Si l'on peut renoncer à la faculté de demander la révision judiciaire du contrat, cela dispense-t-il pour autant de la nécessité de prendre en compte, au titre de la bonne foi, les difficultés imprévisibles d'exécution qui frappent son cocontractant ? Peut-on, ensuite, n'écarter qu'une partie de l'article 1195 ? Le dépeçage pourrait consister à priver le juge de la faculté de révision, pour ne lui laisser que le pouvoir de résolution. On pourrait également imaginer ne conserver que le premier étage : la renégociation, à l'exclusion de toute intervention judiciaire.

On pourrait, enfin, aménager les modalités de l'article 1195. À ce titre, il semble possible de mieux définir les conditions de déclenchement du remède, mais aussi d'encadrer la renégociation, en lui donnant une durée maximale, en s'assurant de l'aide d'un médiateur. En somme, la révision judiciaire

pour imprévision témoigne de l'interventionnisme judiciaire tel que consacré par la réforme. Toutefois, la portée pratique de cette incursion dans le contrat sera vraisemblablement limitée.

L'exécution forcée

L'intervention du juge se fait encore jour au travers de l'exécution forcée des conventions. La volonté ne peut pas tout, et le créancier doit se tourner vers le juge. Force doit rester à l'autorité, en quelque sorte. L'exécution forcée a fait l'objet d'une consécration en demi-teinte en 2016. La loi de ratification vient d'en étendre le champ des possibles. Évoquons, en premier lieu, l'affirmation du principe du droit à l'exécution forcée en nature puis sa relativité.

Le principe du droit à l'exécution forcée

Avant 2016, l'article 1142 du code civil posait par principe que « les obligations de faire et de ne pas faire se résolvent en dommages et intérêts ». La jurisprudence en déduisait, jusque dans les années 1970, que l'exécution forcée des obligations de faire et de ne pas faire était impossible. La solution était problématique, en ce sens que le débiteur pouvait toujours répudier le contrat et préférer servir des dommages-intérêts. On retrouve ici une vision économique du contrat, qui place sur un pied d'égalité l'exécution en nature et l'exécution par équivalent. Dit autrement, le débiteur, comme s'il était tenu d'une obligation alternative, peut se libérer en ne s'acquittant que de dommages-intérêts au lieu d'exécuter la prestation promise. Comme si, pour le créancier, il était indifférent de recevoir la chose promise ou une somme d'argent. Il suffit pour s'en convaincre de se remémorer la scélératesse jurisprudence *Consorts Cruz* de 1993¹⁶. À qui fera-t-on croire que le bénéficiaire d'une promesse de vente se satisfait de la simple indemnisation de ses espoirs déçus, alors que lui était assurée la vente ?

L'ordonnance du 10 février 2016 a renversé le principe. Alors qu'avant 2016 la règle était le refus de l'exécution forcée en nature et que l'exception n'intervenait qu'à la marge, sous la plume du juge, l'ordonnance opère une révolution copernicienne. L'article 1221 affirme désormais que « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature ». La règle est désormais inversée, et le primat du droit à l'exécution forcée en nature établi¹⁷. On se souviendra également que l'article 1217, lequel liste les sanctions de l'inexécution, fait apparaître l'exécution forcée en nature en deuxième rang, juste après l'exception d'inexécution. C'est dire la place symbolique qui lui est reconnue. Le créancier peut désormais exiger que soit accompli ce qui a été promis. Le juge doit

prêter main-forte au créancier de l'obligation inexécutée. Rien ne lui permet par principe de s'opposer à la demande d'exécution forcée. Alors que, pour obtenir la résolution du contrat, le créancier doit établir la gravité de l'inexécution, alors que pour solliciter des dommages-intérêts, il lui faudra établir un préjudice, rien de tel en la matière. Le créancier peut, sans autre démonstration que celle de l'inexécution, exiger du juge qu'il ordonne l'exécution forcée en nature. Malheureusement, l'article 1221, créé à la faveur de l'ordonnance du 10 février 2016, avait tout d'un miroir aux alouettes. Le principe était, pour tout dire, d'une grande relativité.

La relativité du droit à l'exécution forcée

La première limite au droit à l'exécution relève du bon sens. L'article 1221 prévoit que l'exécution forcée ne peut être demandée lorsqu'elle est « impossible ». Le mot recouvre deux hypothèses : l'impossibilité juridique et l'impossibilité matérielle. L'impossibilité juridique se rencontre lorsque l'exécution de l'obligation serait contraire à l'ordre public¹⁸. On imagine bien volontiers que le juge ne prête pas main-forte à une convention contraire aux valeurs républicaines. Ainsi refusera-t-il l'exécution forcée d'une convention de *strip-tease*, de mère porteuse, ou d'importation de produits frappés d'embargo. L'impossibilité matérielle doit faire l'objet d'une interprétation restrictive. Il faut en effet se garder de confondre impossible et difficile ou onéreux. *Impossibilium nulla obligatio est*, enseigne l'adage. Mais tel n'est pas le cas de l'exécution rendue excessivement onéreuse ou difficile. Le juge n'a pas le droit de refuser l'exécution forcée. Il peut néanmoins être tenté de déplacer le débat de l'article 1221 vers l'article 1195, si les conditions en sont réunies.

La deuxième limite au droit à l'exécution forcée est moins incontestable. Les pères de l'ordonnance de 2016 s'étaient montrés réceptifs à ceux qui craignaient l'abus du créancier. Il avait été suggéré de refuser l'exécution forcée lorsque celle-ci serait d'un coût manifestement excessif pour le débiteur. La proposition peut surprendre. Le débiteur qui s'est engagé à exécuter une obligation serait admis à se libérer sous forme de dommages-intérêts au motif que l'exécution en nature lui serait trop coûteuse ? Voilà qui malmène la force obligatoire des conventions.

L'ordonnance de 2016 avait amendé la proposition. Plutôt que de refuser l'exécution forcée au seul motif qu'elle serait trop onéreuse pour le débiteur, le texte de 2016 avait opéré une balance entre deux intérêts antagonistes. L'exécution forcée était refusée par le juge « s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ». Le texte prétendait ainsi prendre en compte les intérêts des deux parties. Il ne permettait pas au débiteur d'échapper à l'exécution forcée au seul motif tiré de son onérosité, pour peu que l'intérêt du créancier à obtenir l'exécution forcée soit aussi important. La tâche du juge était ardue, et ne va pas sans rappeler la balance des intérêts qu'il doit opérer en matière de clauses d'inaliénabilité¹⁹. En pratique, l'article 1221 permettait essentiellement de priver le créancier de son droit à l'exécution forcée lorsqu'il n'avait pas d'intérêt à l'exiger, pas d'intérêt autre que de punir son débiteur. On songe à l'exemple topique du maître de l'ouvrage qui fait raser et reconstruire la maison dont les dimensions initiales ne respectaient celles convenues avec l'entrepreneur. Mais, à la réflexion, notre créancier abuse-t-il véritablement de son droit au seul motif que la reconstruction est excessivement coûteuse ? Est-il bien logique de le contraindre à accepter

L'impossibilité juridique se rencontre lorsque l'exécution de l'obligation serait contraire à l'ordre public. On imagine bien volontiers que le juge ne prête pas main-forte à une convention contraire aux valeurs républicaines. Ainsi refusera-t-il l'exécution forcée d'une convention de *strip-tease*, de mère porteuse, ou d'importation de produits frappés d'embargo

(16) Civ. 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, D. 1994. 507, note F. Bénac-Schmidt ; *ibid.* 230, obs. O. Tournafond ; *ibid.* 1995. 87, obs. L. Aynès.

(17) La trilogie de l'article 1121 ancien ayant disparu, il n'y a plus lieu de distinguer ici entre les obligations de faire, de ne pas faire et de donner : toutes sont assujetties au même régime.

(18) Les bonnes mœurs sont-elles mortes ? Si elles subsistent à l'article 6 du code civil, l'article 1102 nouveau ne pose comme limite à la liberté contractuelle que l'ordre public.

(19) C. civ., art. 900-1.

une indemnité et à vivre dans un appartement auquel il manque 30 cm de hauteur sous plafond ?

La loi de ratification a modifié l'article 1221 du code civil. Désormais, le droit du créancier prévaut, nonobstant la disproportion entre le coût d'exécution et l'intérêt du créancier, si le débiteur est de mauvaise foi. Le texte nouveau dispose ainsi : « 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 de bonne foi et son intérêt pour le créancier ».

Reste à déterminer ce qu'est un débiteur de bonne foi. Certainement pas celui qui a tenté de tromper son cocontractant en lui dissimulant l'inexécution. Pas davantage celui qui s'est rendu coupable d'une faute dolosive. Mais doit-on déduire la mauvaise foi de la faute lourde, laquelle n'est après tout qu'une négligence d'une exceptionnelle gravité ? Cela n'est pas totalement acquis, car la faute lourde ne suppose pas d'élément intentionnel. La restriction de l'exception ou, dit plus simplement, l'extension du droit à l'exécution forcée en nature aura-t-elle une portée pratique significative ? Il nous faudra attendre quelques mois pour le savoir. Quelques mois seulement, car la modification de l'article 1221, pour significative qu'elle soit, est qualifiée par le législateur de purement « interprétative ». Il en résulte que le texte nouveau s'applique immédiatement (on n'ose dire rétroactivement), à tous les contrats conclus depuis le 1^{er} octobre 2016.

Au sortir de cette étude, que retenir de cette brève présentation des effets du contrat ? Une dialectique incessante, un pas de deux entre la liberté et la justice, entre l'unilatéralisme et l'interventionnisme judiciaire. Aucun n'a vocation à prévaloir. L'objectif était de rendre notre droit plus attractif, plus efficace. Cet objectif paraît atteint, sans pour autant remettre en cause les exigences de la justice contractuelle. Ceci dit, s'il faut terminer sur moins d'angélisme, la place réservée à l'interventionnisme judiciaire peut amener à douter de l'objectif de prévisibilité de notre droit. Convaincrons-nous un opérateur international de choisir le droit français comme *lex contractus* en lui vantant les nouveaux remèdes unilatéraux, quand il nous opposera que le juge peut remettre en cause ses prévisions ? Cela n'est pas certain.

Décidément, notre « nouveau droit des contrats » n'est pas figé par la loi du 20 avril 2018.

Scripta manent ?

La forme orale de la contribution a été conservée.

