

Document 1 de 1



Cahiers de droit de l'entreprise n° 5, Septembre 2015, entretien 5

## RÉFLEXIONS SUR L'AVANT-PROJET DE RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

Entretien Avec JEAN-PASCAL CHAZAL  
PROFESSEUR DES UNIVERSITÉS À SCIENCES PO, AVOCAT,

et CHRISTOPHE JAMIN  
PROFESSEUR DES UNIVERSITÉS, DIRECTEUR DE L'ÉCOLE DE DROIT DE SCIENCES PO,

et GENEVIÈVE PIGNARRE  
PROFESSEUR DES UNIVERSITÉS À L'UNIVERSITÉ DE SAVOIE,

et SÉBASTIEN PIMONT  
PROFESSEUR DES UNIVERSITÉS À SCIENCES PO

Sommaire

Le ministère de la Justice travaille actuellement sur un avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations dont une première mouture a été livrée au public en mars dernier. C'est un projet attendu depuis longtemps qui a commencé à être évoqué sérieusement au moment des fêtes du bicentenaire du Code civil, il y a déjà plus de dix ans. À l'issue du discours du Président de la République de l'époque, un certain nombre d'universitaires s'étaient mis spontanément à la tâche. Il y eut d'abord un avant-projet de réforme dû à la plume du regretté Pierre Catala et d'un certain nombre d'universitaires, puis un second projet rédigé d'une manière tout aussi collective, mais cette fois sous les auspices de l'Académie des sciences morales et politiques et la direction de François Terré. S'en sont suivis durant plusieurs années un grand nombre d'articles qui ont été publiés ici et là pour commenter tel ou tel aspect technique de ces projets, avant que la Chancellerie ne livre à deux reprises, en 2008 et 2013, le fruit de ses propres réflexions. Aujourd'hui, nous en sommes à la phase d'écriture législative. L'article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures a habilité le Gouvernement à procéder, par voie d'ordonnance, à la réforme de l'essentiel du droit des obligations... Jean-Pascal Chazal, Christophe Jamin, Geneviève Pignarre et Sébastien Pimont reviennent sur certaines dispositions de l'avant-projet d'ordonnance.

**Avant d'aborder les questions plus techniques, une question préalable se pose : elle porte sur l'opportunité de réformer le droit des contrats. Était-il vraiment opportun de se lancer dans une réforme générale du droit français des contrats ?**

### Bio Express :

[#9652] Christophe Jamin

Docteur en droit de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, il est agrégé de droit privé et sciences criminelles. Après avoir été avocat au barreau de Paris dont il a été secrétaire de la conférence, il a été pendant plus de dix ans professeur à l'Université Lille 2 avant de rejoindre Sciences Po en 2004. Membre honoraire de l'Institut universitaire de France, il est aujourd'hui directeur de l'École de Droit de Sciences Po qu'il a contribué à fonder, secrétaire général de la Revue trimestrielle de droit civil et membre de la Commission supérieure de codification. Co-directeur scientifique du "Code de l'Avocat" (Dalloz, 4e éd., 2015) et de la collection "Droit des affaires" aux éditions Lextenso, il vient de publier avec le professeur Nicolas Dissaux un ouvrage sur le "Projet de ré-

forme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - Commentaire article par article" (Dalloz, 1re éd., 2015).

Disons que le projet de réformer le droit français des contrats n'est pas nouveau. On dispose d'ailleurs, dans nos bibliothèques, d'un certain nombre de textes rédigés dans ce but : le projet de réforme franco-italien du droit des obligations (dans les années 1920) ou les travaux du Comité de réforme du Code civil (après le second conflit mondial), etc. Depuis longtemps, les insuffisances techniques des Titres III et IV du Livre III du Code civil sont pointées : le régime des obligations est traité en même temps que le droit des contrats, il n'y a pas de disposition relative à la formation du contrat, etc. Ce qui manquait, comme Christophe Jamin l'a suggéré, c'est une intention politique. Or, la nécessité *politique* d'une réforme n'est apparue que relativement récemment, articulée autour de deux idées. La première, sur laquelle sans doute il faudra revenir, est la réaffirmation d'une philosophie codificatrice : l'idée selon laquelle il faut, s'agissant du droit des obligations, modifier la forme du droit. Le droit prétorien est dans le collimateur au nom de l'impératif de lisibilité, d'intelligibilité et d'accessibilité du droit. La seconde idée est celle selon laquelle le droit français doit devenir attractif, au regard bien sûr des projets européens de réforme du droit des contrats, dont la floraison a pu inquiéter.

Précisément, au coeur de la réforme, est inscrite cette idée de concurrence des droits avec, à la clef, la difficulté de situer le modèle français du droit commun du contrat au sein de cette logique concurrentielle. D'où également l'objectif en forme de nécessité des réformateurs de stimuler la compétitivité du droit français, afin de peser dans les cercles européens et, à défaut, de pouvoir ériger le système français en parangon des autres droits, afin de lui redonner la place qui lui revient. Sébastien Pimont parlait de la philosophie codificatrice ; il est aussi possible d'évoquer une philosophie du juste milieu, entre consolidation des acquis jurisprudentiels et innovations. Le terme « innovations » ne doit pas être pris au sens littéral car, dans l'ensemble, les nouveautés, ne sont pas entièrement inédites. Il s'agit plutôt d'emprunts faits à d'autres branches du droit, ainsi qu'à certains systèmes juridiques étrangers, que de modification du droit civil *stricto sensu*. On s'est plu à dire, en ce sens, que le droit civil n'avait plus sa source dans le code, mais qu'il puisait ses règles dans le droit commercial, dans le droit de la consommation, qu'il s'abreuvait à celles du droit du travail, etc. Une certaine idée du juste milieu renvoie aussi à celle d'un juste équilibre. On retrouve à ce stade l'intention politique sus-évoquée, avec ce puissant corollaire qu'il ne s'agit pas seulement de codifier un certain nombre de mécanismes et de règles mais encore « d'injecter », au travers du voile de la technique, les présupposés et notions cadres qui les sous-tendent et leur donnent sens. Autant d'éléments qui émaillent de manière très nette l'avant-projet d'ordonnance avec, parmi les points très importants, la place laissée au juge dans le contrat.

**À vous écouter, l'avant-projet contient plusieurs intentions politiques. Il existe une première intention vis-à-vis de l'Europe. Il y a quelque chose peut-être d'assez anti-européen au fondement de cet avant-projet. Après le second conflit mondial puis dans les années 1960, à un moment où l'on réformait massivement des pans entiers du Code civil, la réforme du droit des obligations n'a pas été mise à l'ordre du jour au motif qu'elle devait se faire au niveau européen. Il existe aussi une deuxième intention politique qui est une intention codificatrice destinée à marquer le retour en force du législateur et qui consiste à dire que l'accessibilité et l'intelligibilité du droit ne peuvent se faire que par le biais d'un code. Il y a peut-être aussi une troisième intention politique qui consiste en une forme de syncrétisme entre différentes philosophies du droit des contrats qui se sont opposées tout au long du XXe siècle. Est-ce que je me trompe ?**

Non, je suis tout à fait d'accord. La question de la nécessité de la réforme peut être prise sous plusieurs angles. Il y a évidemment un angle stratégique dans la politique internationale. Au plan formel, comme cela a déjà été dit, il y a cette idée que le droit doit être exprimé avant tout dans la loi. Et puis au fond, on peut être dubitatif parce qu'à part deux ou trois innovations, c'est pour l'essentiel une codification de solutions jurisprudentielles ou d'opinions doctrinales non contestées. La réforme ne présente pas de révolution et s'inscrit dans la grande continuité à deux ou trois exceptions près ; le droit positif ne sera guère modifié par cette réforme, ce qui conduit à relativiser un peu l'importance de celle-ci.

### **Bio Express :**

[#9652] Jean-Pascal Chazal

Professeur des Universités à Sciences Po Paris, École de Droit. Il dirige la spécialité EMR (Entreprises, Marchés et Régulations). Il est par ailleurs avocat spécialisé en droit des affaires.

**Est-ce qu'au fond cette réforme n'est pas avant tout une réforme de professeurs ? Est-ce qu'elle était vraiment demandée par la pratique et est-ce que les praticiens ne se seraient pas bien plus accommodés du droit positif existant avec une jurisprudence relativement subtile et raffinée, même si elle est parfois complexe ? On a vu cet avant-projet arriver à la suite des propos du Président de la République et ce sont des universitaires qui s'en sont emparés, au motif qu'ils seraient en quelque sorte investis d'un pouvoir normatif...**

Un droit de professeurs qui, paradoxalement, va chasser beaucoup de professeurs de la confection du droit : ce droit de professeurs, comme le disait Jean-Pascal Chazal, se trouve propulsé par une intention recodificatrice. Or, une telle intention politique, qui consiste à rendre le droit plus accessible en faisant de la loi le signe du droit, pourrait mettre fin à l'emprise de la jurisprudence et donc de la doctrine sur le droit des obligations. De sorte que l'on entrevoit peut-être, avec cet avant-projet, la fin d'une période où le droit civil des contrats trouvait ses sources dans une sorte de création spontanée laissant une large part aux professeurs de droit.

**Est-ce que vous êtes d'accord avec cette analyse ?**

Je ne le suis pas tout à fait pour ma part. Je vois dans l'avant-projet d'ordonnance une forme d'hommage rendu à la jurisprudence, dans la mesure où les solutions qu'elle a édictées vont être cristallisées dans le texte, « gravées dans le marbre » en quelque sorte.

Un hommage paradoxal...

Je ne suis pas non plus tout à fait d'accord avec l'opinion de Sébastien Pimont. La rédaction de l'avant-projet d'ordonnance est très doctrinale et très classique. C'est un manuel écrit avec des numéros d'articles devant ; c'est donc véritablement la consécration du pouvoir doctrinal par le code (par exemple, les articles sur l'offre et l'acceptation). Est-ce que cela va aboutir à la suppression ou à la fin du pouvoir doctrinal ou jurisprudentiel ? Je ne le crois pas. C'était déjà ce qui s'était passé en 1804 où la commission de codification avait pour l'essentiel recopié Domat, Pothier... et ça n'a pas empêché une doctrine prestigieuse de se développer tout au long du XIX<sup>ème</sup> siècle. Effectivement la jurisprudence, sauf là aussi quelques rares exceptions comme sur l'exécution forcée de promesses unilatérales des pactes de préférence, est pour l'essentiel consacrée. Est-ce que pour autant elle va être dévitalisée ? Je ne le crois pas, pour deux raisons. La première, c'est qu'il n'existe pas de texte clair et précis ; donc ces nouvelles moutures, qui nous paraissent plus familières en raison de leur pâte doctrinale, vont dans les prétoires donner lieu à des interprétations contradictoires, surprenantes et nous allons avoir de nouvelles jurisprudences qui interprètent ces textes. La seconde raison, mais nous y reviendrons certainement lors de l'examen concret des principales propositions de l'avant-projet d'ordonnance, c'est que ces nouvelles dispositions donnent une place extraordinairement importante, et en tout cas inédite en France, au juge, laquelle se trouve renforcée.

**Si je vous comprends bien, ce travail de codification, dont tout le monde dit qu'il est fondé sur la volonté de promouvoir la sécurité juridique, une plus grande lisibilité et une plus grande accessibilité du droit, va créer de l'incertitude, puisqu'on va s'interroger sur le sens et la portée des textes. La codification du droit s'analyserait donc d'une certaine manière comme étant un « saut dans l'inconnu », au rebours de ce qu'on voulait faire ?**

Il y a en effet une forme de naïveté du projet codificateur. L'idée selon laquelle, grâce à la loi, on pourrait rendre le droit clair est relativement chimérique. C'est toujours mieux qu'un droit purement prétorien, sans doute. Je le répète, la jurisprudence est dans le collimateur. Mais la codification est aussi un « saut dans l'inconnu ». Planiol, à sa façon, le disait déjà. Dans sa contribution au Livre du centenaire du Code civil, il y a tout un passage qui peut avoir un peu vieilli, mais dans lequel il affirme qu'il a fallu de très nombreuses années pour stabiliser le sens des articles du Code civil, qu'il a fallu l'oeuvre de Aubry et Rau et celle de Demolombe. Faudra-t-il de nouveau 50 ans pour civiliser les notions qui sont employées par l'avant-projet d'ordonnance et que nous ne connaissons pas (par exemple sur la « contrepartie convenue » ou l'« exécution excessivement onéreuse ») ?

Je ne suis pas entièrement en désaccord avec les propos de Sébastien Pimont, mais je ne pense pas qu'on soit en présence d'un véritable saut dans l'inconnu. Certes, il y a de nouvelles formulations qui vont donner lieu à des incertitudes, des réflexions, des évolutions. Mais tout cela s'inscrit dans une tradition, et comme en 1804, on peut effectivement estimer qu'il aura fallu 50 ans pour stabiliser l'interprétation. Mais en réalité il y a en partie un effet de perspective, parce que les professeurs qui ont commenté le Code civil dans les premières décennies se référaient pour l'essentiel à ce qui était dit avant le Code civil. Par exemple, Delvincourt republie son cours en se contentant de mettre les numéros d'articles pour les conférer avec ses écrits antérieurs au Code civil. On peut aussi penser à Merlin de Douais qui réactualise le Répertoire de Guyot. Je pense qu'ici il y aura des questionnements très intéressants lorsque le projet d'ordonnance semblera consacrer une solution de la Cour de cassation, mais sans reprendre tout le détail de certains arrêts, comme par

exemple en matière de violence économique : comment la Cour de cassation va-t-elle se positionner ? Est-ce qu'elle va considérer que sa position est consacrée et qu'elle va continuer à garder les mêmes conditions d'application ou est-ce qu'elle va considérer que le texte est simplifié, ou ne reprend pas l'intégralité de ces conditions et donc en déduire que celles-ci sont abandonnées ? Ni saut dans l'inconnu, ni naïveté codificatrice : je pense qu'il faut abandonner définitivement l'idée qu'un jour on aura un droit certain, sécurisé ; tout cela n'existe pas et n'existera jamais. Le droit est quelque chose de compliqué, il y a une lutte d'intérêts, les textes sont d'interprétations diverses, non seulement abstraitement, mais surtout lorsqu'ils sont mis en oeuvre dans une rhétorique par les parties ; c'est une infinie évolution qu'on n'arrêtera jamais, quand bien même on essaie de la cristalliser dans une codification.

**Est-ce du marketing ou l'expression de la tradition juridique française qui croit à la pertinence de l'oeuvre législative et qui n'a jamais pris acte de ce qu'on a pu appeler le « tournant herméneutique » ?**

La tradition a sa place. Une tradition légaliste qui est attachée à une philosophie du XVIIIe siècle, à laquelle notre époque ajoute une sorte de raffinement. Le contenu du droit des contrats n'est aujourd'hui plus fondé en raison. Il provient d'une sorte de longue délibération (de consultations diverses, y compris celle du public, d'avis doctrinaux et professionnels, etc.). Cela dit, je ne pense pas que le tournant herméneutique, l'importance du fait de l'interprétation, soit véritablement pris en considération. Parlant d'interprétation, une partie de la tradition juridique française est d'ailleurs mise en cause : l'importance attachée à la jurisprudence. C'est un formidable instrument d'évolution du droit civil dont la portée semble devoir être limitée.

**Bio Express :**

[#9652] Sébastien Pimont

Professeur de droit privé à l'École de Droit de Sciences Po, il est docteur de l'Université de Poitiers et ancien doyen de la Faculté de droit de l'Université de Savoie. Il est également l'auteur de nombreuses publications en droit des contrats.

Pour répondre à la question que se posait Jean-Pascal Chazal par rapport à la violence économique et à celle de savoir si la Cour de cassation maintiendra sa position ou changera, il me semble que la volonté de rattacher l'exploitation de l'état de dépendance économique à un vice du consentement plaide dans le sens d'une continuité. Il n'y a pas de raison que la Cour change sa position. On pourrait se demander, de surcroît si la place de l'abus de faiblesse dans l'avant-projet (qui n'est pas très heureuse) ne vient pas du fait que le (futur) législateur n'a pas su précisément où codifier ce qu'avait décidé la jurisprudence, parce qu'il ne s'agit pas vraiment de la violence... D'où la question : pourquoi l'avoir rattachée à un vice du consentement ?

**Nous sommes déjà en train de déborder sur le contenu du texte... Je vous sens tout de même assez réservés sur la nécessité de codifier. Néanmoins nous avons devant nous un projet de codification, plus exactement de « recodification » du droit des contrats. Vous avez déjà commencé à dire que ce projet consistait pour l'essentiel dans une reprise de la jurisprudence et qu'il se traduisait par une philosophie qu'on pourrait qualifier du juste milieu. Si l'on abandonne maintenant les questions de méthode pour se tourner vers la substance de ce projet, peut-on dire tout de même que celui-ci contient ou traduit une philosophie particulière du droit des contrats ?**

C'est ici une philosophie codificatrice, c'en est une dans la forme.

**Mais existe-t-il aussi une philosophie politique, au plan du droit substantiel ?**

Oui, sans aucun doute, mais elle ressemble plus à un syncrétisme qu'à un système ou une idéologie. Nous ne sommes pas au lendemain d'une révolution. Le projet s'inscrit donc dans une continuité, qui recueille les fruits de l'évolution jurisprudentielle à laquelle s'ajoutent quelques propositions doctrinales. Il s'agit d'un texte fait pour une société libérale, voulant favoriser les échanges économiques, l'attractivité du droit français et qui, évidemment, ça et là, prend en considération l'idée de la protection de la partie faible. Le texte témoigne de la recherche d'un « juste milieu » comme le disait Geneviève Pignarre.

Pour continuer dans la ligne de ce que dit Sébastien Pimont, on a suggéré que le droit civil aujourd'hui n'aurait plus de droit commun que le nom et que, dans la perspective de l'avant-projet d'ordonnance, il faudrait réorganiser de manière significative la théorie générale. C'est Thierry Revet qui est à l'origine de cette proposition. Se fondant sur la distinction que fait le projet entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion, notre collègue se pose (entre autres interrogations) la question de savoir quelle pourrait être la portée d'une intégration des contrats structurellement déséquilibrés

dans le droit commun. Cette réorganisation se ferait à un double niveau d'analyse. Je le cite en substance : elle comprendrait, d'abord, un droit pleinement commun des contrats, à partir d'une notion générale de contrat ramenée à l'acte d'auto-assujettissement de deux ou plusieurs personnes à un même projet prescriptif modifiant leur situation juridique et aux éléments de régime dérivant de cette définition. La « néo-théorie générale du contrat » comprendrait ensuite les éléments de régime propres aux deux grandes sortes de contrat, au regard du rôle de la volonté dans la détermination du contenu de l'acte contractuel - les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion. Ces derniers éléments de régime s'opposeraient nettement sur le rôle du juge à l'égard du contenu du contrat : un principe maintenu de sacralisation de la loi contractuelle pour les contrats de gré à gré et un principe nouveau de relativisation de la loi contractuelle pour les contrats d'adhésion. Sous cet angle, le droit commun de 2015 se démarquerait nettement de celui porté par le Code de 1804.

### **Bio Express :**

[#9652] Geneviève Pignarre

Professeur à l'Université Savoie Mont Blanc et membre du CDPPOC, civiliste de formation, elle enseigne le droit des contrats en licence 2e année et le droit des obligations en master 2. Elle s'est très tôt spécialisée en droit du travail, discipline dans laquelle elle a élaboré sa thèse et qu'elle n'a cessé d'enseigner depuis lors. Ses recherches portent prioritairement sur la matière des obligations, au sein de laquelle elle privilégie un axe plus notionnel relatif à la théorie du contrat ainsi qu'aux éléments constitutifs de la relation de travail.

Je ne suis pas sûr qu'il y ait véritablement un programme idéologique qui ait servi de fondement à la rédaction de l'avant-projet d'ordonnance. Pour autant, je trouve que ce projet contient quelques avancées louables qu'il faut saluer. Mais c'est moins d'un juste milieu qu'il s'agit que d'un entre deux : on garde une philosophie volontariste du contrat - la définition du contrat au nouvel article 1101 est très classique et très volontariste. Donc on est dans une tradition pluri-séculaire. Mais il y a quelques points comme le contrat d'adhésion, la violence économique, les dispositions relatives à la détermination du prix, les clauses abusives, l'imprévision qui marquent véritablement une évolution vers plus de réalisme, vers l'abandon d'une conception trop abstraite des parties et de la prétendue égalité des contractants, une conception trop idéaliste de la liberté et de ce qu'est un engagement. Ces points là, même si on peut regretter qu'ils n'aillent pas suffisamment loin, même si on peut regretter qu'ils n'aient pas été l'occasion de refonder l'idéologie du contrat, me semblent intéressants. C'est vrai qu'à la lecture de l'avant-projet, on éprouve une espèce de malaise syncrétique où effectivement on voit que le Gouvernement n'a pas voulu rompre avec une tradition volontariste et libérale, mais a voulu tenir compte de manière réaliste et pragmatique d'un certain nombre de problèmes qui étaient pour l'essentiel éludés ou contestés par la doctrine.

**Je voudrais revenir un instant en arrière. En m'appuyant sur ce qu'a dit Geneviève Pignarre, peut-on encore aujourd'hui penser en termes de théorie générale du contrat, ou du moins de droit commun des contrats ? Autrement dit, cet avant-projet porte sur le droit commun des contrats, mais ce droit commun est-il encore aujourd'hui pensable ?**

Tout dépend ce qu'on l'on met sous l'étiquette de droit commun. Si l'on retient la définition de Bruno Oppetit, (à savoir que « par sa méthode », le droit commun « s'efforce d'assurer l'unité juridique » ; « par son esprit », il est « un mode de pensée » ; qu'il « exprime des valeurs » ; qu'il apparaît enfin comme la « meilleure expression de la raison naturelle » et a « vocation à l'universalité »), il semble qu'il faudrait avant tout et d'ores et déjà repenser l'agencement entre droit commun et droits spéciaux.

Au risque de passer du coq à l'âne, je souhaiterais maintenant répondre à Jean-Pascal Chazal qui voit dans le projet transparent une philosophie volontariste du contrat. Il me semble que la nouvelle définition qui est donnée du contrat fait songer, au contraire, à une conception tout à fait normativiste et objectivée du contrat. Celui-ci ne se réduit pas à la production d'obligations, mais plus largement, comme l'énonce l'article 1101 du projet, produit des effets de droit. Cette nouvelle définition ne remettrait-elle pas en cause la notion de source d'obligations identifiée traditionnellement à la production d'obligations ? On peut se le demander.

**Nous allons aborder cette question bientôt...**

La référence au droit commun, qui délimite la portée de la réécriture de la loi, a peut-être une incidence sur la modestie des avancées d'un tel projet. La prudence des rédacteurs s'explique parce que ce texte là n'est, précisément, que le droit

commun. D'autres textes se chargent de la protection de la partie faible et/ou sont chargés d'enjeux plus politiques : Code de la consommation, Code de l'environnement, Code de la construction et de l'habitation, Code des assurances, etc. S'il existe une philosophie politique du droit des contrats, elle résulte de l'addition des influences de l'ensemble de ces textes.

Par rapport à l'idée de droit commun, peut-être que l'énoncé de grands principes généraux, si ce n'est de principes directeurs, au début de l'avant-projet d'ordonnance peut plaider en ce sens et puis c'est une suggestion, on y reviendra peut-être par ailleurs. La notion d'ordre public ainsi que l'importance très grande qui lui est conférée, non seulement comme limite à la liberté contractuelle, mais encore en tant que critère d'évaluation par rapport au contenu du contrat, aurait peut-être permis de traiter de cette question dans une sorte de chapitre préliminaire (tel que cela avait été suggéré dans l'un des avant-projets du Code civil par Cambacères, mais revivifié par deux siècles d'évolution et de progrès du droit) contenant des dispositions générales énonçant des principes reflétant le droit commun.

Néanmoins ce qui est remarquable dans ce projet, c'est que certaines dispositions venant de *corpus* de droit spécial - je songe aux dispositions relatives aux clauses abusives - intègrent le Code civil. Cela fait partie des avancées assez intéressantes, vraiment notables.

**Nous venons de commencer à traiter de certaines questions de droit substantiel. Je vous propose de balayer les articles les uns après les autres, du moins ceux qui paraissent les plus intéressants, les plus novateurs, voire les plus discutables. Commençons par un article que nous avons déjà évoqué, le futur article 1101, qui donne une définition du contrat dont je vous rappelle les termes : « un contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit ». Sur cette définition vous ne semblez pas complètement d'accord : Jean-Pascal Chazal y voit une manifestation d'une philosophie volontariste, et Geneviève Pignarre une conception qui pourrait être plus normativiste du contrat dans la mesure où le texte prévoit la création d'effets de droit au sens le plus large... Les deux seraient-elles exactes ?**

Sur la définition même de l'article 1101, on peut déjà noter le changement de terminologie. Outre que le contrat n'est pas défini dans les mêmes termes que précédemment, le terme de contrat remplace celui de convention. Cela préjugerait-il d'une nouvelle conception du contrat ? Seul le contrat désormais serait susceptible de produire des obligations ? Il y a dans cette définition tout à la fois une réduction dans la notion de contrat et une extension dans l'énonciation de ses effets qui ne se réduisent pas à la production d'obligations.

**Puisque vous ne dites rien sur le normativisme et le volontarisme, j'y reviens. Le texte précise certes que le contrat produit des effets de droit, mais ne dit rien sur ce qui permet de produire de tels effets. Pour le dire autrement, cette définition me fait penser à celle donnée par Jacques Ghestin, d'inspiration normativiste, qu'on aurait amputée du dernier membre de phrase : « ... et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets ». On a l'impression que le législateur est resté dans un entre deux. Est-ce que je me trompe ?**

J'avais vu aussi implicitement une consécration de la distinction faite par Pascal Ancel entre force obligatoire et contenu obligationnel du contrat qui serait contenue dans ces effets de droit.

Tout ce qui vient d'être dit n'est pas faux, mais est-ce qu'on ne manque pas l'essentiel ? L'article 1101 fait du contrat un accord de volontés ; or le contrat c'est aussi une opération économique, c'est aussi un lien social ; les personnes vivent dans un tissu contractuel pour assurer leur existence (habitation, nourriture, travail, etc.). Le contrat est un instrument de coopération ; le contrat est aussi une arme de domination. Or tous ces aspects du contrat, toutes ces facettes du contrat sont complètement occultés derrière l'accord des volontés. Il me semble que l'opération contractuelle est beaucoup plus complexe et que la réduire à un accord de volontés, comme le faisait déjà Planiol à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, est simpliste et me semble participer d'une philosophie volontariste.

**Ce propos nous amène naturellement vers l'article 1102.**

L'article 1102 consacre dans son premier alinéa la liberté contractuelle dans les limites fixées par la loi. Ensuite, il est dit, dans le second alinéa, que la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ce qui paraît un peu redondant. On envisage la liberté comme le principe premier et les contraintes ou les limites de cette liberté sont renvoyées à la marge, alors que si on a une analyse un peu réaliste de ce qu'est le droit positif dans notre société, on s'aperçoit que les contraintes sont beaucoup plus présentes et que cette hiérarchie entre un principe de liberté et des exceptions marginales qui limitent cette liberté est une vue de l'esprit, et ne correspond pas à la réalité ; on continue à propager cette philosophie libérale pour ensuite l'atténuer à la marge. On est toujours dans ce schéma de pensée.

Une petite remarque par rapport à la redondance dont Jean-Pascal Chazal se faisait l'écho ; il me semble que l'on peut établir une distinction entre l'alinéa 1 et l'alinéa 2 du texte et qu'il n'y a pas de redondance à proprement parler. Je m'explique : pourquoi ne pas considérer que les limites fixées par la loi à l'alinéa 1er se rattachent aux lois impératives, alors que, dans l'alinéa second, il est question de l'ordre public ? On sait qu'impérativité et ordre public entretiennent des liens forts étroits, mais qu'ils ne se recoupent pas en tous points. On n'ignore pas, de surcroît, qu'il existe un ordre public supplétif auquel on peut déroger (*in favorem* ou non au demeurant). Cette nouvelle forme d'embrigadement de la liberté des parties se développe sous couvert d'un ordre public, dit de protection, lorsque celles-ci sont d'inégale puissance économique. La règle édictée pour protéger l'une, la partie faible, à l'encontre de l'autre, la partie forte, est à sens unique. On ne peut y déroger qu'au bénéfice de la première et au détriment de la seconde. En pareils cas, impérativité et ordre public, à l'évidence, ne se court-circuitent pas... Pour aller plus loin sur cette question, la rédaction du texte de l'avant-projet, telle qu'elle se présente, peut évoquer un rapport de principe à exception. Cela nous ramène d'une certaine manière à la distinction faite par l'avant-projet d'ordonnance entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion qui figurent désormais dans la typologie des différentes catégories de contrats. Au-delà de l'entrée en lice de cette nouvelle définition, perce l'idée d'un droit commun des contrats flanqué d'un régime approprié à chaque classification. Ainsi, à partir du moment où il y a atteinte à l'ordre public et limitation de la liberté contractuelle, il me semble qu'il y a une redistribution des cartes qui va se faire : dans les contrats de gré à gré, la liberté contractuelle pourra continuer à se déployer de façon importante, tandis que dans les contrats d'adhésion dans lesquels le contenu est prédéterminé, il y aura un contrôle, de plus en plus serré. Pour clore sur ce point, cela nous ramène, me semble-t-il, à la définition de l'ordre public. Comment comprendre aujourd'hui cette notion ? Quelles sont les différentes conceptions que l'on peut se faire de cette notion standard, catégorie fourre-tout où on peut mettre un peu ce qu'on veut ? Quels rapports la notion entretient-elle avec les droits fondamentaux ? On a évoqué la fondamentalisation de l'ordre public ; mais n'y-a-t-il pas plus que cela dans le texte qui nous préoccupe ? La transposition au mot près dans le futur Code civil de l'article L. 1121-1 du Code du travail, texte dont il avait été dit de façon prémonitoire (par Jean-Emmanuel Ray) voici déjà plus de 20 ans quand il fut introduit dans le Code du travail en 1992, qu'il « devrait figurer au frontispice de tous les codes », n'est pas neutre. Le nouveau texte est porteur d'une symbolique très forte. L'équilibre contractuel et, avec lui, la justice qui l'accompagne pour réguler les atteintes portées aux droits des contractants, est placé désormais sous l'égide du double principe de proportionnalité et de finalité.

Entièrement d'accord avec ce que vient de dire Geneviève Pignarre et ce que disait Jean-Pascal Chazal. Je relève dans cet alinéa 2 le fait que les droits fondamentaux apparaissent comme une limite à la liberté contractuelle. L'énoncé même de cette limite est intéressant. « À moins », dit le texte, que « l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux » portée par le contrat « soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché ». Une telle affirmation est conforme à l'évolution contemporaine de la jurisprudence. Elle suggère plusieurs choses. Premièrement, qu'il n'est pas anodin que, dans le Code civil, le législateur prenne acte de ce que certains contrats peuvent être de petits Léviathans. Deuxièmement, que ces contrats produisent des normes comme les autres, qui sont susceptibles d'être attentatoires aux droits et libertés. Troisièmement, qu'évidemment le fait que ces obligations soient consenties ne limite pas les atteintes aux droits fondamentaux. Il y a là, quand même, quelque chose de très intéressant. Et je ne parle pas du contrôle de proportionnalité prévu par ce texte qui pourrait modifier complètement l'application quotidienne du droit civil des contrats.

Effectivement la belle et grande innovation dans cet alinéa 2, c'est le contrôle de proportionnalité qui va pousser les juristes français, que ce soit les praticiens rédacteurs de contrats, les juges ou les plaideurs à entrer dans un raisonnement de balance d'intérêts qui existe déjà en droit positif, mais qui va devoir être vraiment conceptualisé et appréhendé par notre théorie du droit qui l'avait largement occulté en faveur d'une espèce d'illusion de syllogisme consistant à appliquer une norme à un cas particulier (ce qui est d'un point de vue épistémologique quelque chose d'assez ridicule et irréaliste). Là on va effectivement entrer dans la balance des intérêts grâce au test de proportionnalité. C'est une véritable avancée qu'il faut saluer.

**Est-ce que nous n'avons pas une autre avancée avec le nouvel article 1103 qui met dans les dispositions préliminaires un principe de formation et d'exécution des contrats de bonne foi ?**

Non, parce que la rédaction du projet de l'article 1134 disait que les conventions se concluent et s'exécutent de bonne foi, et dans les discussions devant le Conseil d'État, il avait été fait remarquer qu'on était dans la partie des effets et qu'il était inélégant de revenir à la conclusion du contrat ; que le dol suffisait à garantir cette bonne foi. Je ne pense pas qu'il y ait de radicale innovation.

**Est-ce que l'innovation ne vient pas d'ailleurs ? Je m'explique : jusqu'à présent, à l'article 1134, la bonne foi vient en appendice de la force obligatoire du contrat qui est affirmée dans son alinéa premier. Dans le projet, la**

**mention de la bonne foi ne figure plus au sein de l'article qui vise la force obligatoire du contrat ; elle en est déconnectée et elle se situe au tout début du texte, au titre des « dispositions préliminaires ». C'est tout à fait autre chose, me semble-t-il.**

Cela pose, d'ailleurs, la question de l'autonomie ou de l'absence d'autonomie de la bonne foi, ainsi que du devoir d'information dont on aura l'occasion de parler et qui est présenté comme une application spéciale de celle-ci.

Faire de la bonne foi une sorte de principe fondateur a une indéniable portée symbolique. Cela dit, concrètement, le fait que la bonne foi irradie la période de formation du contrat n'apportera pas grand-chose. Sauf à noter que cela témoigne d'une sorte de densification normative de la période précontractuelle. La liberté qui s'y exprime est enserrée dans un réseau de normes précontractuelles.

Si je peux me permettre de revenir sur notre débat antérieur à propos duquel nous avons des opinions légèrement différentes, cette « densification normative » dont Sébastien Pimont fait état est encore en faveur de l'idée du recul du volontarisme ; sinon, comment expliquer cet encadrement de la liberté au cours de la phase de formation du contrat ?

À suivre...