

Livre I

LE CONTRAT

Prolégomènes

§ I – De 1804 à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016

A – L’aura du Code civil de 1804

1. **L’aura du Code civil français de 1804 notamment pour le droit des contrats.** Par la loi du 30 ventôse an XII est publié le premier code que le droit français ait connu : le Code civil. À l’époque, il prend le nom de celui qui l’a voulu et qui a participé, de manière active, à divers travaux préparatoires : le Code Napoléon. Au sein de cette œuvre publiée donc le 22 mars 1804, la partie consacrée au droit des contrats tient une place particulière : elle représente sans doute l’un des principaux pans ayant inspiré nombre de législations étrangères, tout au moins les premières décennies suivantes. Avec le temps, certes, son influence diminuera. L’Allemagne participera à ce début de désaffection puisque, un siècle plus tard, celle-ci manifeste de la manière la plus claire sa volonté d’indépendance en ne souhaitant pas adopter notre Code civil mais en élaborant le sien propre, cependant pas toujours éloigné du nôtre : le BGB, sauf sur la théorie de la cause.

2. **Le rayonnement du Code civil français de 1804 au-delà de nos frontières.** Néanmoins, le rayonnement du Code civil français dans d’autres pays européens était connu. Sans doute s’agissait-il de pays où les campagnes militaires de Napoléon permirent de laisser cette empreinte, sans choix total. La remarque valait pour le constat effectué dans divers pays d’Afrique notamment de la moitié nord du continent. Toutefois, les reproches

de colonialisme et de contraintes exercées ne s'appliquent pas en Amérique centrale et du sud où, pourtant, l'influence du droit contractuel français ressortait encore voici peu d'années que ce soit par exemple en Équateur, en Colombie ou encore en Argentine.

3. La quasi impensable atteinte substantielle au Code civil par les juristes français. Par conséquent, pendant des décennies, porter atteinte de manière significative au droit des contrats dans le Code civil, en France, apparaissait inconcevable. Néanmoins, au fil des ans, ce sentiment de bon nombre de juristes s'est estompé même s'il demeurait prégnant. Au sortir de la Seconde Guerre mondiale, la nécessité de proposer une évolution et un projet de réforme s'est fait sentir. Une volonté politique existait. Une commission de réforme du Code civil fut constituée. Elle œuvrera jusqu'en 1962, laissant de véritables propositions telle celle en faveur d'une réglementation de l'acte juridique plutôt que de la convention ou du contrat¹ : orientation qui semble avoir influencé les débats de plusieurs propositions récentes de refonte du droit des contrats. Toutefois, aucune réforme générale ne sera décidée en droit des obligations. Fallait-il déduire de cet immobilisme du moment un refus de changement ? Nullement.

4. Urgence de la réforme du droit des contrats ? Œuvrer pour l'adoption non seulement de nouvelles dispositions mais plus encore d'un nouveau corpus global ne manquait pas de justifications. Pour autant prétendre qu'une vaste et profonde réforme s'avérait indispensable appelait tout à la fois des nuances et relevait de l'évidence. Des nuances s'imposaient tout d'abord en l'absence d'urgence au sens exact. En revanche, de nombreuses raisons invitaient, à l'évidence, à y procéder sans plus tarder, au-delà même de la volonté d'un code européen destiné à poursuivre la construction d'une Europe juridique. En toute objectivité, tous les pans de notre Code civil ne correspondaient plus à une approche dynamique, simplifiée et participant de la célérité accrue des besoins de la vie moderne.

B – Les diverses raisons justifiant une réforme

5. Du simple et classique contrat synallagmatique à des constructions contractuelles complexes. En 1804, dans une France non industrielle mais agricole, ignorant encore nombre des découvertes techniques de la fin du XIX^e siècle, le contrat le plus usité s'entendait du contrat synallagmatique, de vente, entre deux cocontractants, ne comportant pas toujours des clauses contractuelles, lesquelles, dans ce cas ne dépassaient guère quelques lignes. Le droit contractuel était unitaire, n'imaginant pas l'explosion que produiraient le droit du travail, le droit des baux, le droit des assurances² et tant d'autres encore. À la fin du XX^e siècle, il est davantage question de constructions contractuelles complexes,

1. Witz Cl., « *Contrat ou acte juridique* » in « Pour une réforme du droit des contrats » sous la direction de François Terré, Dalloz 2009, p. 62.

2. Nicolas V., *Droit des contrats d'assurance*, Economica, 2012.

d'opérations juridiques à trois personnes ou encore de connexité entre divers contrats pourtant distincts.

6. Avec le temps va, tout s'en va. Le temps et ses révolutions techniques comme sociales d'une rapidité inconnue autrefois, commençaient à avoir fait leur œuvre, surtout au cours de ces trois ou quatre dernières décennies où des conceptions différentes de celles du passé prenaient le pas: que l'on songe ainsi, sans exhaustivité, au poids désormais acquis du droit de la consommation ou au recul d'une conception très individualiste des contrats au profit du souci des droits accordés aux associations, aux syndicats et autres groupements. Comment ignorer ceux-ci à l'heure où les actions de groupe sont admises? Un décalage croissant de diverses dispositions textuelles émergeait de l'examen de la réalité pratique quotidienne. Parmi les diverses raisons de la nécessité d'une réforme figurent, à tout le moins: la pression européenne et internationale (1°), comme l'évolution de notre société (2°) et l'inadéquation de dispositions ancestrales aux besoins récents, sans compter l'abondance de la jurisprudence (3°).

1 – Le souhait européen officiel d'un Code civil européen et les imperfections du Code de 1804

7. Les réticences au projet d'un Code civil européen, contrats compris. Le projet d'un Code civil européen n'avait pas suscité l'enthousiasme de toute la doctrine française soucieuse de préserver les spécificités du droit français. Pour autant, elle reconnaissait volontiers la nécessité de faire évoluer celui-ci¹ en matière contractuelle², en raison d'une forme d'obsolescence de certaines dispositions de 1804. En revanche, il convenait de préserver les spécificités du droit français. Or des rapports internationaux – dont les «Doing business» publiés par la Banque mondiale – faisaient surtout la part belle à la Common Law, en donnant l'image d'un droit français complexe, imprévisible, et peu attractif qui n'attirait plus les investisseurs étrangers et les opérateurs souhaitant rattacher leurs contrats au droit français³: était-ce en raison d'une jurisprudence trop abondante?

2 – Un droit trop jurisprudentiel?

8. L'extraordinaire travail jurisprudentiel réalisé surtout ce dernier siècle. Les créations prétoriennes de nos tribunaux – ne se limitant pas à leur rôle consistant seulement à dire le droit et non le faire – légitimaient aussi une prise en compte de cette lame juridique

1. Mazeaud D., *Droit des contrats: réforme à l'horizon!*, D. 2014.291.

2. Mazeaud D., *Droit des contrats: réforme à l'horizon!*, D. 2014.291.

3. Selon les termes du rapport présenté au président de la République le 10 février 2016.

de fond. Le droit des contrats mutait¹. En effet, depuis la fin du XIX^e siècle, la jurisprudence se révèle d'une abondance considérable, certes justifiée par l'augmentation des actions de nos concitoyens en raison d'une démocratisation croissante du droit. Néanmoins, nos plus hauts magistrats devaient de plus en plus faire preuve d'une imagination débordante pour réussir à adapter nos dispositions ancestrales aux exigences pratiques actuelles : on songe par exemple à la stipulation pour autrui.

9. L'accroissement des « contorsions » jurisprudentielles. Une partie de la doctrine use même d'une formule imagée non dénuée de justesse, en évoquant : « l'essoufflement d'une jurisprudence qui ne peut pas tout et dont les arabesques donnaient parfois le tournis² ». Or, l'histoire du XX^e siècle, en droit, fut celle de l'octroi implicite par le législateur moderne d'une latitude accrue accordée aux magistrats par rapport aux intentions des rédacteurs du Code civil de 1804, sans même évoquer les volontés révolutionnaires antérieures, pour modeler les textes de manière à les faire coïncider avec les besoins de la pratique. C'est donc un renversement de cette politique qui ressort de la lecture de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 puisque ses rédacteurs avaient déploré une jurisprudence trop interprétative par analogie, *a contrario*, voire *contra legem*.

§ II – La gestation de la réforme des contrats

A – Une multiplication de projets après une période d'hésitations

10. Les divers projets de réforme successifs du Code civil. Ces dernières années s'était faite insistante la pression européenne pour l'adoption d'un Code civil commun avec notamment les suggestions doctrinales de code européen des contrats ou projet de Pavie, les Principes du droit des contrats, les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international publiés en 1994 et complétés en 2004 mais aussi au travers des principes européens du droit des contrats (PDEC) proches des précédents et élaborés par la commission dite Lando³ et officialisés entre 1995 et 2003. Il convient d'y ajouter le projet de code européen des contrats ou Code Gandolfi publié en 2000, ainsi que le

1. Les travaux sur cette mutation s'étaient multipliés :

Cadiet L. (sous la dir.), *Le droit des contrats contemporains*.

Fages B., *Le comportement du contractant*. Thèse, 1997.

Goldie-Genicon Ch., *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*. LGDJ 2009.

Pancrazi-Tian M-E, *La protection judiciaire du lien contractuel*. Thèse 1996.

Peres C., La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat, *RDC* 2010, p. 539.

Association Capitant, *Le renouveau du droit des contrats*.

2. Molfessis N., « Droit des contrats : que vive la réforme », *JCP* éd. G, n° 7, p. 321.

3. Nom d'un professeur danois : Ole Lando.

projet de cadre commun de référence (DCFR) qui couvre tout le droit privé et avait été remis au Parlement européen le 21 janvier 2008.

11. La décision finale de la France. La France a finalement tenu, après un certain laps de temps d'hésitations politiques, à apporter sa propre pierre à l'édifice. C'est ainsi que naquit le tout premier : l'avant-projet dit Catala, du nom de l'éminent professeur Pierre Catala, président du groupe de travail, ainsi que les travaux menés par la société de législation comparée et l'association Henri Capitant des amis de la pensée juridique française qui ont abouti à la rédaction de principes contractuels communs (PCC) publiés en février 2008. Il faut y ajouter le projet de l'Académie des sciences morales et politiques dont la direction avait été confiée au non moins éminent professeur François Terré, membre de l'Académie des sciences morales et politiques, où là encore les idées ne manquèrent pas.

12. Le choix de rédaction de la réforme des contrats du Code civil. Pourtant, la Chancellerie estima utile d'élaborer à son tour, en 2009, puis en 2013 un projet spécifique en s'adjoignant des avis de divers professeurs d'université lors d'auditions, certes seulement ponctuelles mais en tenant sûrement compte aussi de l'ensemble du travail publié de la doctrine depuis de longues années¹. Néanmoins, une partie de celle-ci ne croyait pas totalement à la publication en 2016 de cette ordonnance². Quoi qu'il en soit, la réforme est là et, le résultat global présente des qualités même si des critiques s'avèrent inévitables³. Le projet ne pouvait que laisser un goût d'insatisfaction aux tenants d'une refonte en profondeur, comme à ceux désireux d'un simple toilettage.

-
1. Par une équipe des affaires civiles du ministère de la justice, dirigée par Guillaume Meunier. Meunier Guillaume, « Droit des contrats : les enjeux d'une réforme », *D.* 2016, p. 416. Thibierge-Guelfucci C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTDCiv.* 1997.357.
 2. Mekki M., L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire, *D.* 2016, p. 494.
 3. Cabrillac R., « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », *JCP* 2008.I.190. Catala P., « Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats », *JCP* 2005.I.170. Chantepie O. et Latina M., *Le réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz 2016. Deshayes O., Genicon Th. et Laithier Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*. Lexisnexis 2016. Dissaux C. et Jamin Ch., *Commentaire du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rendu public le 25 février 2015*. Dalloz 2015. Ghestin J., « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats », *LPA* n° 3 &, 12 février 2009, numéro spécial ; *JCP* 2009.I.138. Ghozi A. et Lequette Y., « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie », *D.* 2009, Étude 28. Le Tourneau Ph., « Brefs propos critiques sur la responsabilité contractuelle ans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *D.* 2007. Chro. 2180. Mainguy D. (Dir.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, UMR-CNRS, diffusion électronique, 2016. Mazeaud D., « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D.* 2009, chro. 1364. Mercadal B., *Réforme du droit des contrats*, Francis Lefebvre, Ouvrages, 2016.

13. Le choix final d'une large intégration par la loi d'une jurisprudence acquise. Sur certains aspects le législateur adopte une position différente de celle de la jurisprudence en vigueur¹. Néanmoins, pour l'essentiel le choix effectué par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations² fut celui de l'intégration de l'évolution réalisée notamment au cours de ces dernières décennies. La volonté de redonner ainsi le pouvoir au législateur par rapport au pouvoir judiciaire n'échappe à personne. Au-delà de ce constat global, l'ampleur des changements apportés par le législateur dépasse ce qu'un examen sommaire pourrait laisser croire. Le résultat ne se limite pas à une simple intégration de la jurisprudence, des définitions et suggestions doctrinales. Même si le texte final ne s'avère pas révolutionnaire³, il constitue un événement en raison de la multitude de précisions, d'ajouts, de changements *a priori* mineurs mais non négligeables. En revanche, le choix du processus formel retenu ne constitue donc qu'un aspect accessoire.

B – Le choix du processus formel et les objectifs officiels de l'ordonnance

1 – Le choix du processus formel

14. Un processus par voie d'ordonnance pour adopter la réforme du droit des contrats. Un temps, il fut permis de croire que la réforme élaborée par les techniciens et spécialistes du droit emprunterait le chemin parlementaire classique. Cependant, 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, article 8, avait autorisé à procéder par voie d'ordonnance, conformément à l'article 38 de la Constitution, sachant également que le Conseil constitutionnel avait déclaré conforme cet article⁴ par une décision en date du 12 février 2015. Aucun obstacle juridique ne subsistait et ce fut l'option retenue.

Simler Ph., Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations, Lexisnexis, Actualités, 2016. Terré Fr., *La réforme du droit des obligations, L'ordonnance du 10 février 2016 commentée article par article*. Dalloz hors collection. 2016.

1. Larribau-Terneyre V., Quel renouveau pour le droit des contrats? Une réforme entre tradition et modernité : actes du colloque du 20 mai 2016 Presses de l'université fr Pau et des pays de l'Adour, 2016, p. 29. L'auteur reprend la formule de Portalis lors de son discours préliminaire du Code civil: « On a versé du vin nouveau dans de vieilles outres ».
2. D. Mazeaud, Droit des contrats : réforme à l'horizon!, *D.* 2014.291 ; J.-B. Seube, La réforme du droit des contrats vaut bien une ordonnance!, *Journ. sociétés avr.* 2014.8 ; N. Molfessis, Droit des contrats : l'heure de la réforme, *JCP* 2015.199 ; P. Dupichot, Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats, *Dr. et patr.* mai 2015.32, spéc. p. 40 s.
3. Dupichot P., Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats, *Dr. et patrim.* mai 2015.32.
4. Molfessis N., « Droit des contrats : l'heure de la réforme », *JCP* 2015.199.
Molfessis N., « Le Conseil constitutionnel a validé la Loi d'habilitation par une décision du 12 février 2015 », *D.* 2015.377.

15. L'absence d'incidence du départ de la garde des Sceaux fin janvier 2016. Pourtant le départ fin janvier 2016 de Madame Christiane Taubira, garde des Sceaux, avait aussi fait penser à certains auteurs que la réforme serait repoussée; or, elle ne pouvait l'être davantage en raison de l'arrivée de la date butoir d'une année pour y procéder, selon la loi n° 2015-177 du 16 février 2015. C'est donc par cette voie que le gouvernement de Manuel Valls a procédé, facilitant ainsi une application rapide que les dépôts plus que probables de centaines et milliers d'amendements n'auraient sans doute pas permis. En l'état, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a dû encore être validée par une loi de ratification pour ne pas devenir caduque¹ et a pris effet², comme prévu, le 1^{er} octobre 2016.

2 – Les objectifs officiels de l'ordonnance

16. L'objectif premier de simplification de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations³ est précédée d'un rapport au président de la République exposant les orientations adoptées⁴. De cet exposé, il ressort que l'objectif fut « non pas de refondre totalement le droit des contrats et des obligations, mais de le moderniser, pour faciliter son accessibilité et sa lisibilité, tout en conservant l'esprit du Code civil, à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles ». L'ambition consistait également dans la simplification du droit des contrats et une garantie de sécurité juridique comme d'efficacité de la norme. Vaste programme que les premiers commentateurs n'estiment pas toujours satisfaisant⁵.

17. Appréciation de l'objectif de simplification de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Sans dévoiler d'ores et déjà les points forts et faibles de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, la recherche de simplification semble acquise. Plusieurs institutions connaissent désormais une réglementation générale et relativement complète. On pense notamment à la représentation et à la cession de contrat ou de dette. Pour le reste, s'agissant de la précision ou de la clarification, la loi nouvelle pâtit d'un manque

1. Grimaldi M., « En attendant la Loi de ratification », *D.* 2016.606.

2. François J., « Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance sur la réforme du droit des contrats », *D.* 2016.606.

3. D. Mazeaud, *Droit des contrats: réforme à l'horizon!*, *D.* 2014.291; J.-B. Seube, *La réforme du droit des contrats vaut bien une ordonnance!*, *Journ. sociétés avr.* 2014.8; N. Molfessis, *Droit des contrats: l'heure de la réforme*, *JCP* 2015.199; P. Dupichot, *Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats*, *Dr. et patr.* mai 2015.32, spéc. p. 40 s.

4. Pour un exposé de l'ensemble de la réforme, voir:

Aynès L. et Benabent A., « Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu général », *D.* 2016.608. Travaux du colloque du 16 février 2016, *RDC Hors série*, avril 2016.

5. Mignot Marc, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (II) », *Les petites affiches*, février 2016.

global de systématisation, d'une indifférence très marquée à l'égard de la jurisprudence antérieure et de très nombreuses imprécisions de rédaction. Dans un certain nombre de cas, sa portée pratique est difficile à percevoir. L'interprétation future des textes sera d'autant plus délicate qu'ils ne sont pas accompagnés de longs travaux préparatoires.

18. **Sur la lisibilité de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.** Au nom d'une sécurité juridique accrue, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a estimé devoir simplifier le langage d'origine qui « ne reflète plus, dans sa lettre, l'état du droit. Le style du Code civil, dont l'élégance n'est pas contestable, n'est toutefois plus facilement compréhensible pour l'ensemble des citoyens, et certaines formulations sont aujourd'hui désuètes. L'ordonnance rend ces dispositions plus accessibles, par l'usage d'un vocabulaire contemporain, et des formulations plus simples, plus explicites, tout en conservant la concision et la précision qui caractérisent le Code civil. Ensuite, l'ordonnance propose de simplifier le plan du livre III du Code civil en adoptant un plan plus pédagogique ». Qu'il soit cependant permis de déplorer certaines suppressions...

19. **Le souci de renforcer l'attractivité du droit français au plan politique, culturel, et économique.** Le souci de renforcer l'attractivité du droit français au plan politique, culturel, et économique justifie, selon les rédacteurs, l'abandon de la notion de cause. Sur ce point, le débat doctrinal demeure vif. Chassez la cause par la porte, elle reviendra par la fenêtre. Il passe aussi par une restructuration complète des titres concernés qui permet l'instauration d'un régime général des obligations et de règles probatoires dédiées ou encore la sanction de l'abus de dépendance assimilé à la violence comme des clauses abusives dans les contrats d'adhésion. Ces seuls énoncés attestent au moins d'un constat actuel : l'extrême variété des contrats.

§ III – La nécessité de prendre en considération l'extrême variété des contrats modernes

20. **Multiplicité et variété de contenu d'un contrat.** Un contrat peut se révéler une relation simple voire simpliste, à un instant donné, aussitôt dénoué après avoir été conclu, sans formalisme, par unique échange d'un consentement entre ses membres que l'on nomme des parties. Toutefois, certains autres contrats présentent aussi une infinie richesse, une densité voire une complexité en raison d'un enchevêtrement d'objets et d'objectifs souhaités par les cocontractants¹. Ce constat n'est certes pas nouveau ; néanmoins, ces dernières décennies se caractérisent sans doute par l'amplification de ce phénomène en ces temps où vitesse se confond parfois avec précipitation, avec l'accélération de la

1. Bros S., *L'interdépendance contractuelle*, Thèse Paris II, 2001.