

La réforme française du droit des contrats, réussite et failles

*Blandine Mallet-Bricout**

*« Un Code n'est pas seulement corps, mais esprit, souffle et volonté ;
un Code civil suppose une réduction du complexe au simple, une
remontée vers les principes, un accord sur les valeurs, le sentiment
d'un ordre civil fondamental, un style et même une langue. »*

Ph. REMY, Regards sur le Code, *in* Le Code civil 1804–2004,
Livre du Bicentenaire (Daloz Litec, 2004) 99.

- I. Introduction
- II. La méthode d'évaluation en questions
 - 1. Temporalité et légitimité de l'évaluation
 - 2. Problématique des critères d'évaluation
- III. Les résultats de l'évaluation en suspens
 - 1. Evaluation qualitative et interne de la réforme du droit français des contrats
 - 2. Perspectives d'évaluation : l'avenir de la réforme du droit français des contrats

I. INTRODUCTION

Il peut paraître quelque peu paradoxal de poser la question de l'évaluation d'une réforme aussi récente que celle du droit français des contrats, celle-ci ayant eu lieu par une ordonnance du 10 février 2016¹ et étant entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Le recul sur cette réforme est donc faible, ce qui peut soulever la question de la possibilité même de son évaluation. Il est dès lors indispensable, à titre liminaire, de se demander quel peut être le sens d'un tel sujet, en dépit de l'obstacle temporel qui vient d'être évoqué. Le sujet invite en effet à s'interroger sur les objectifs de l'évaluation d'une réforme, peut-être aussi sur l'unité ou la diversité des évaluations, et sur une forme de gradation temporelle dans l'évaluation.

Après plus d'une décennie de réflexion doctrinale, émaillée de plusieurs avant-projets et projets de réforme (avant-projet du « groupe Catala », avant-projet du « groupe Terré », projets successifs du Ministère de la Justice), la réforme du droit français *des contrats, de la preuve et du régime*

* Professeur à l'Université de Lyon (Jean-Moulin-Lyon 3).

¹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

des obligations est donc intervenue en février 2016. La perspective d'une réforme du droit français des obligations avait été lancée à l'occasion du bicentenaire du Code civil en 2004, le Livre III du Code civil français n'ayant pas été modifié, si ce n'est à la marge, depuis son adoption en 1804. Pour reprendre une belle expression du Doyen Jean Carbonnier, ce Livre III était « le symbole du temps arrêté »²... Cette réforme est ainsi, et avant tout, le fruit des réflexions croisées et des débats juridiques – parfois puissants – qui l'ont précédée ; elle consacre dans une certaine mesure la jurisprudence de la Cour de cassation, et introduit en parallèle dans notre droit de nouvelles institutions juridiques, voire un nouveau regard sur la relation contractuelle et l'équilibre parties / juge. Face à des textes parfois désuets et dans le contexte sous-jacent d'un rapport de forces inter-étatique, la rénovation du droit français des obligations était devenue peu à peu un enjeu important pour maintenir l'influence et le prestige du droit français au sein de l'Europe.

Le domaine de la réforme est circonscrit au droit commun des contrats, au régime de la preuve et au régime de l'obligation, donc à une partie seulement du droit des obligations, l'idée du ministère de la Justice (qui a mené à bien la réforme) étant de procéder en deux temps : d'abord le droit commun du contrat, de la preuve et du régime des obligations, puis la responsabilité civile au sens large, ce qui inclut la responsabilité contractuelle.³

Ainsi que cela a été souligné par Béatrice Jaluzot,⁴ s'intéresser à l'évaluation d'une réforme présuppose sans doute de regarder ses objectifs, afin de vérifier si le résultat est en adéquation avec les buts visés. Or, le *Rapport au Président de la République* relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 met en avant deux objectifs principaux dans le cadre de cette réforme : la sécurité juridique et le renforcement de l'attractivité du droit français. On observera que ces objectifs (sécurité / attractivité ou prestige) sont aussi ceux retenus pour la réforme du droit japonais des obligations, ce qui peut laisser supposer, si l'on est un peu pessimiste, qu'il s'agirait

2 Expression citée dans le *Rapport au Président de la République* relatif à l'ordonnance du 10 février 2016.

3 Voir la contribution de S. PORCHY-SIMON, Le rôle de la doctrine dans la réforme actuelle de la responsabilité civile, dans ce même numéro, 49 *et seq.* Voir également le dossier : Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile. Observations et propositions de modifications, La Semaine juridique, édition Générale (supplément au n° 30-35, 25 juillet 2016) ; et l'ouvrage : Vers une réforme de la responsabilité civile française, Regards croisés franco-québécois (Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2018). Il faut préciser, en outre, qu'une réforme de la prescription a eu lieu en 2008 en droit français (Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008).

4 Voir B. JALUZOT, Qu'est-ce qu'une réforme juridique ? Réflexions épistémologiques inspirées de la comparaison des droits, dans ce même numéro, 1 *et seq.*

d'objectifs standard, dont tout législateur se réclame assez aisément, ou au contraire, si l'on est plus optimiste, que cela pourrait révéler une certaine uniformisation des préoccupations des législateurs en matière contractuelle, dans une perspective globale, mondialisée, préoccupation sans doute en relation directe avec la problématique de la concurrence des droits et des systèmes juridiques. On observera également que la modernisation du droit français des contrats n'est pas citée comme objectif officiel de la réforme, mais cette perspective innervé sans doute la réforme de diverses manières : réécrire les textes du Code civil de telle façon qu'ils rendent compte des évolutions jurisprudentielles intervenues depuis deux siècles, proposer des innovations techniques, voire introduire dans le droit français des contrats une nouvelle vision de la relation contractuelle, constituent d'évidence des réponses à un tel objectif. La modernité n'est-elle pas au cœur de toute réforme, dans la mesure où elle constitue, *a priori*, un pas en avant dans l'évolution du droit ? Les concepts de modernité/modernisation restent toutefois assez évanescents, toute réforme reposant également sur une tradition fondatrice, ainsi que cela a été souligné par Béatrice Jaluzot.⁵

L'évaluation de cette réforme française majeure nécessite, d'abord, de soulever d'indispensables questions préalables sur la méthode adoptée (II.), pour, ensuite, tenter une esquisse des résultats déduits de cette évaluation, mais qui devront rester en suspens (III.).

II. LA METHODE D'ÉVALUATION EN QUESTIONS

L'évaluation d'une réforme peut présenter des obstacles insurmontables, tant elle est *a priori* écartelée entre une approche contentieuse et une approche non contentieuse (beaucoup plus difficile à saisir), ce qui pose de manière sous-jacente la question des moyens techniques de l'évaluation. Mais en amont de ces questions importantes, d'autres se posent quant à la méthode d'évaluation d'une réforme, qui tiennent au moment et aux instances légitimes pour effectuer l'évaluation, d'une part (1.), et aux critères de l'évaluation, d'autre part (2.), toutes questions qui figurent au cœur même de la problématique.

1. Temporalité et légitimité de l'évaluation

a) Quel moment ?

Quant au moment de l'évaluation d'une réforme, on serait tenté de dire que celle-ci ne doit intervenir qu'*un certain temps* après l'entrée en vigueur de

5 B. JALUZOT, *supra* note 4.

la réforme⁶ ... Mais d'où vient une telle assertion si ce n'est simplement d'une intuition ? Il n'existe aucun critère temporel objectif d'évaluation ; en réalité, l'évaluation peut intervenir à plusieurs moments. La succession d'évaluations présente d'ailleurs un intérêt en ce qu'elle est susceptible de révéler des résultats différents selon le moment auquel elle a lieu. Pour prendre l'exemple du droit français, le *Livre du centenaire* du Code civil, au début du XX^e siècle, ne révèle pas les mêmes analyses et préoccupations de réformes que les études publiées à l'occasion du bicentenaire, au début du XXI^e siècle.⁷

Une évaluation de la réforme du droit des contrats à quelques mois de son entrée en vigueur n'est donc pas, en elle-même, illégitime. Simplement, on pressent qu'elle ne saurait reposer, *a priori*, sur les mêmes critères ou les mêmes moyens qu'une évaluation plus tardive de la réforme. Après quelques mois seulement d'application de la réforme, le recul est faible, mais encore faut-il s'entendre sur ce terme de « recul » : recul doctrinal ? recul de la pratique ? recul jurisprudentiel ? recul du monde économique ? Il ne peut s'agir ici que d'une évaluation biaisée par sa temporalité et son caractère nécessairement partiel : après quelques mois d'analyse et d'application, c'est essentiellement sous un prisme doctrinal que cette évaluation peut avoir lieu, les appréciations des praticiens étant moins connues et plus difficiles à croiser. D'un point de vue doctrinal, l'on peut effectivement identifier une forme de recul sur la réforme, qui trouve ses fondements dans les nombreux travaux et analyses qui l'ont précédée ou qui l'ont immédiatement suivie. Ainsi, une évaluation doctrinale à court terme, voire anticipée, est possible dans le cadre d'une réforme longuement préparée.

La doctrine française s'est en effet largement prononcée sur les avant-projets et projets de réforme, et a ainsi participé à l'évolution des futures dispositions du Code civil jusqu'au texte final de l'ordonnance rédigé par la Chancellerie. Elle était donc en mesure, dès la parution de l'ordonnance de réforme, de commenter celle-ci, d'en percevoir ses potentielles implications

6 Voir l'opinion de H. BARBIER, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, *Revue trimestrielle de droit civil* (avril 2016) 247, 248 : « toute réforme législative, orpheline de jurisprudence, ouvre per se une période d'insécurité dans l'attente de l'application des nouveaux textes ».

7 Voir Le Code civil 1804–1904, *Livre du Centenaire* (réédition par la Société d'études législatives, Librissimo, Phoenix éditions, 2013) ; Le Code civil 1804–2004, *Livre du Bicentenaire* (Daloz Litec, 2004). En 1904, l'heure était plutôt à la critique du Code, jugé pas assez « social » face à la montée en puissance de la classe ouvrière, outre que la jurisprudence avait commencé son œuvre de construction prétorienne (théorie de l'abus de droit, affinement de la responsabilité civile ...), soutenue par de grands auteurs de l'époque (Saleilles, Gény). La concurrence née de l'entrée en vigueur en Allemagne du *BGB* n'en était que plus forte.

théoriques et pratiques. A cet égard, la temporalité de l'évaluation d'une réforme longuement préparée par rapport à celle d'une réforme brutale présente des implications différentes : bien que l'expression puisse paraître à première vue un peu paradoxale, l'évaluation du premier type de réforme repose sur un « recul anticipé », qui confère aux analyses doctrinales leur légitimité.

b) Quelles instances d'évaluation ?

Quant aux instances d'évaluation d'une réforme juridique, on pense immédiatement aux praticiens du droit, aux juges, à la doctrine déjà évoquée, et plus largement à l'évaluation réalisée par la société envisagée globalement, dans la mesure où le droit produit toujours, d'une manière ou d'une autre, des effets économiques et sociaux.

Quant aux praticiens, plongés immédiatement et sans répit dans la réforme du droit des contrats, ils procèdent sans doute à une évaluation très pragmatique de la réforme, au jour le jour. Certains ont porté un regard anticipé sur les textes de l'ordonnance ou des avant-projets et projets, mais ils sont rares et ce regard reste individualisé, sans grande portée au-delà de l'opinion de leurs auteurs. Peu de voix institutionnelles se sont publiquement prononcées sur la réforme, telles que le Conseil National des Barreaux, le Conseil Supérieur du Notariat, ou encore l'Association française des juristes en entreprise, alors même que ces instances ont pu participer aux consultations (officieuses ou officielles) lancées par le ministère de la Justice lors de l'élaboration du projet d'ordonnance. Néanmoins, le Haut comité juridique de la place financière de Paris, a rendu public un document, ensuite commenté par la Chancellerie, dans lequel il demande la modification de certains textes nouveaux du Code civil.⁸ Le dialogue se poursuit donc, post réforme, entre les praticiens du droit et le ministère de la Justice, alors même que la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 est toujours en discussion.⁹

8 Propositions d'améliorations de la rédaction des dispositions régissant le droit commun des contrats, 10 mai 2017 (document disponible sur le site internet www.hcjp.fr).

9 Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (disponible sur le site internet www.legifrance-gouv.fr).

En droit français, le gouvernement peut être habilité par le Parlement à légiférer par voie d'ordonnance, c'est-à-dire sans aucune discussion devant le Parlement ; toutefois, une loi dite « de ratification », discutée au Parlement cette fois, doit venir confirmer l'ordonnance dans un certain délai, et peut apporter au texte de l'ordonnance des modifications. A l'heure où sont écrites ces lignes, la loi de ratification de

Quant aux juges, acteurs de la réforme, leur devoir de réserve leur impose de ne pas diffuser leur appréciation personnelle, d'autant plus que la réforme du droit des contrats leur confère un rôle d'ores et déjà souligné comme étant significatif.¹⁰ L'évaluation de la réforme par les juges passe en réalité par une évaluation du contentieux post réforme et des solutions apportées par la Cour de cassation à de nombreuses questions qui se posent à la lecture des nouveaux textes. Il s'agira ainsi d'un autre temps d'évaluation de la réforme. L'*open data* devrait faciliter les choses, les études statistiques réalisées à partir de logiciels dédiés se développant à grande vitesse, et posant par ailleurs la question sensible d'une justice prédictive.¹¹

Il faudra également attendre quelques années avant que la réforme donne lieu à une évaluation par la société envisagée globalement ... si tant est que celle-ci s'intéresse un tant soit peu à une telle réforme, à caractère technique et dont le citoyen ne perçoit pas facilement les enjeux.¹² Car il faut sans doute admettre que toutes les réformes juridiques ne suscitent pas la même nécessité d'une évaluation par la société, à court ou plus long terme : autant la réforme du « mariage pour tous », en 2013,¹³ a entraîné des évaluations croisées (juridiques, sociologiques, anthropologiques...), anticipées ou immédiates après son entrée en vigueur, autant la réforme du droit des contrats n'a suscité aucune manifestation populaire et n'en suscitera sans doute jamais, en dépit de son importance.

On en revient donc, pour l'heure, à la doctrine, instance légitime d'évaluation de la réforme à ce stade de son application ; en effet, la diffusion des évaluations concerne pour l'essentiel les écrits doctrinaux.¹⁴

l'ordonnance du 10 février 2016 est en discussion au Sénat et à l'Assemblée nationale ; les parlementaires ont proposé diverses modifications du texte de la réforme.

10 Voir *infra*, II.2.a.

11 Voir notamment, A. GARAPON, Les enjeux de la justice prédictive, La Semaine juridique, édition Générale (2017 – n° 1) 47 ; M-C. LASSERRE, L'intelligence artificielle au service du droit : la justice prédictive, la justice du futur ?, Les Petites affiches (30 juin 2017 – n° 130) 6.

12 A moins que l'indifférence ne soit pas celle du grand public, mais plutôt « celle de la classe juridique au grand public, une certaine répugnance à voir dans les lois, au-delà d'un métier, une culture », selon les termes de Jean CARBONNIER (Le Code civil, in : Les lieux de mémoire, T.2, vol. 2 (Bibliothèque illustrée des histoires, Gallimard, 1986), article reproduit in : Le livre du Bicentenaire (note 7), 17.

13 Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

14 De très nombreux articles et ouvrages ont été publiés sur la réforme du droit des obligations ; pour ne citer que les ouvrages collectifs commentant la réforme, voir en particulier : Pratiques contractuelles – ce que change la réforme du droit des obligations (Ed. Législatives, 2016) ; P. CHAUVIRE (dir.), La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance, Association H. Capitant, Journée nationale de

2. *Problématique des critères d'évaluation*

Il faut alors entrer dans le vif du sujet et se demander sur la base de quels critères a pu se faire cette évaluation à court terme. Qu'est-ce qu'une réforme réussie ? Convient-il d'évaluer cette réforme sous une perspective juridique et/ou économique ?

a) *Qu'est-ce qu'une réforme réussie ?*

La question posée nécessite de se demander sur la base de quels critères il convient d'évaluer le texte adopté. Ces critères peuvent-ils être objectifs ou présentent-ils une part de subjectivité ? Sont-ils tous évaluables sur la même période de temps ? Chaque instance d'évaluation définit-elle ses propres critères ? La question, on le voit, est complexe, au-delà de la seule problématique soulevée précédemment, celle de l'adéquation des résultats de la réforme aux objectifs annoncés du législateur.

Il existe, en effet, une multiplicité de critères d'évaluation : sécurité juridique, modernité, attractivité, innovations, simplicité des règles, technicité, réponses aux enjeux économiques etc. De même, la variabilité des critères ne fait *a priori* aucun doute selon l'instance évaluatrice. Par exemple, la sécurité juridique sera probablement le premier critère d'évaluation de la réforme du droit des contrats pour les professionnels du droit (juristes, notaires ...), tandis que le caractère innovant du texte sera davantage mis en avant par la doctrine ; quant aux juges, ils seront probablement satisfaits si la réforme autorise une certaine souplesse d'appréciation, tout en ne reportant pas pour autant sur eux l'entière charge d'une interprétation nécessaire des nouveaux textes.

Ainsi, les critères d'évaluation de la réforme du droit des contrats ne sont pas uniformes, et à court terme, celle-ci peut être potentiellement biaisée. Par exemple, il faut se garder de croire que les failles potentielles ou d'ores et déjà avérées de la réforme sont toutes identifiées, voire qu'elles sont toutes réalistes : c'est le rôle de la doctrine de commenter le texte de la réforme, d'imaginer les interprétations possibles de telle ou telle disposition, de sensibiliser les praticiens à tel ou tel piège, mais il y a aussi une part d'incertitude dans cette première approche de la réforme... on peut

Nancy, T. XX (éd. Dalloz, 2016) ; M. GRIMALDI/C. VERNIERES (coord.), Un an d'application de la réforme des contrats. Quel impact sur la pratique notariale ? (éd. Defrénois Lextenso, 2017) ; La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires, avant-propos F. Barrière (éd. LexisNexis, 2017) ; S. BROS (dir.), Les innovations de la réforme du droit des contrats (Fondation Varenne, Collection Colloques et Essais, 2018) ; L. ANDREU/M. MIGNOT (dir.), Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations (éd. Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, 2017).

jouer à se faire peur ! Il faut donc admettre que seule la pratique du nouveau droit des contrats et l'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation dans les années à venir, permettront d'avoir une vision plus sûre de la réussite de cette réforme : permettra-t-elle de sécuriser le droit des contrats ou créera-t-elle des îlots d'insécurité contractuelle ? Le juge se saisira-t-il pleinement de son pouvoir d'appréciation ? Quelle sera la part de liberté contractuelle, et réciproquement la place accordée à l'ordre public ?

b) Evaluation juridique ou évaluation économique ?

En outre, la problématique des critères renvoie à une question fondamentale, celle de savoir si ces critères doivent permettre une évaluation juridique de la réforme, ou aussi une évaluation extra-juridique, en l'occurrence principalement économique. Le droit n'a en effet aucune véritable consistance dans une perspective isolée ; il n'a de sens qu'en tant qu'élément interactif avec la société et le monde économique. On ne peut donc se passer d'une évaluation économique des règles contractuelles, c'est-à-dire d'une évaluation de leur impact économique (potentiel ou avéré). C'est alors le rôle des économistes, non des juristes, d'évaluer la réforme, tant la tâche est sans doute périlleuse et complexe. L'analyse économique du droit perce néanmoins depuis quelques années dans certains écrits doctrinaux, laquelle favorise un nouveau regard croisé économie-droit, qui a notamment pour objectif d'élargir les techniques d'évaluation au-delà de la seule perspective juridique.¹⁵ Ainsi par exemple, un économiste a-t-il récemment évalué l'une des nouvelles règles-phare de la réforme du droit des contrats, le vice de violence par abus de dépendance (art. 1143 c. civ.),¹⁶ sous son propre prisme.

III. LES RESULTATS DE L'EVALUATION EN SUSPENS

La détermination des résultats, réussite ou échec, lacunes ou failles, n'est bien sûr par neutre : dire qu'une réforme est une réussite ou un échec constitue une responsabilité, plus ou moins forte selon la qualité de l'« évaluateur » et la portée de son jugement. L'impact politique peut être important, car il s'agit d'un signal lancé non seulement à l'endroit des milieux juridiques, mais aussi au monde économique. Et l'on sait à quel point une réforme juri-

15 Voir notamment, E. MACKAAY, *L'analyse économique du droit* (éd. Thémis Bruylant, Montréal 2000) ; B. DEFFAINS/E. LANGLAIS (dir.), *Analyse économique du droit : principes, méthodes, résultats* (Bruxelles 2009) ; *Civil law perspective on law and economics* (éd. Dalloz Lextenso, 2009).

16 Voir L. BENZONI, *Violence économique, dépendance économique et enjeux de la juste mesure du pouvoir d'achat. Le point de vue de l'économiste*, *Actualité Juridique Contrat* (oct. 2016) 424.

dique, dans certains domaines du droit, peut avoir des répercussions économiques importantes. Il en est ainsi, notamment, du droit de l'entreprise, du droit du travail et du droit des contrats, l'instrument-contrat se situant au cœur de l'activité civile mais aussi économique, manifestation sans doute primordiale de l'interaction droit-économie. Il faut se souvenir, par exemple, des rapports successifs *Doing Business*, qui ont évalué le droit applicable, et plus particulièrement les législations, dans un grand nombre de systèmes juridiques dispersés sur les cinq continents, tout en suscitant de vives controverses sur la pertinence des critères retenus et sur leur caractère éventuellement biaisé : il n'est pas si facile d'évaluer le droit, ni d'évaluer une réforme qui n'est finalement que l'émanation d'un système juridique dans un contexte spécifique, avec sa part de tradition comme on l'a vu,¹⁷ sa pratique propre,¹⁸ tout en ayant potentiellement une applicabilité très étendue.¹⁹

Si l'on reprend les critères mis au jour dans le cadre de notre réflexion sur la méthode d'évaluation d'une réforme, peut-on dire que la réforme du droit commun des contrats, de la preuve et du régime de l'obligation est une réussite, ou bien faut-il nuancer un peu le jugement ? On l'aura compris des propos qui précèdent, ces résultats relèvent plutôt d'une « évaluation prédictive », si tant est qu'elle ne se confonde pas avec une prédiction plutôt qu'une évaluation. Quels éléments peut-on, à ce stade précoce de l'évaluation, mettre en avant ? Il faut sans doute admettre qu'une telle évaluation qualitative de la réforme est pour l'heure d'ordre interne (1.), dans l'attente d'une évaluation plus définitive et réaliste, qui découlera de la confrontation de la réforme du droit français des contrats à son avenir, temporel et spatial (2.).

1. *Evaluation qualitative et interne de la réforme du droit français des contrats*²⁰

a) *Multiplicité des regards et divergence des critères*

Le regard porté sur la réforme du droit des contrats peut diverger selon l'interlocuteur en cause : au regard pragmatique des praticiens du droit s'oppose le regard plus analytique de la doctrine, davantage tourné vers une prise de hauteur qui rend compte des lignes force de la réforme plutôt que

17 Voir *supra*, B. JALUZOT, *supra* n. 4.

18 La seule lecture des textes applicables ne rend certainement pas compte du droit applicable dans un Etat donné ; la façon dont les praticiens les mettent en œuvre et dont les juges les interprètent est bien sûr essentielle pour évaluer avec justesse un système juridique.

19 Voir *infra*, II.2.b.

de ses impacts et dangers concrets. Encore qu'il faille bien sûr nuancer ce constat, mais quelques exemples permettent de l'illustrer.

Le regard pragmatique des praticiens du droit

Les critères de la sécurité des actes juridiques et de la facilitation des opérations économiques sont sans doute les premiers visés par les praticiens du droit. Il existe peu de commentaires de praticiens diffusés dans les revues juridiques ; quant aux sites internet des cabinets d'avocats, ils ont parfois diffusé une information sur la réforme, mais le plus souvent neutre (informatif).

Les praticiens sont, depuis l'ordonnance de réforme, plutôt en situation d'attente et d'interrogation. Il leur faut assimiler les changements, comprendre les nouveautés, s'interroger sur les moyens de prévenir contractuellement les potentielles difficultés nées des textes de la réforme. De plus, ils doivent gérer tout à la fois la rédaction de nouveaux contrats sous l'empire du nouveau droit et la gestion de contentieux ou la mise en œuvre de contrats rédigés sous l'ancien droit des contrats. La problématique de l'application de la réforme dans le temps est également un sujet de préoccupation.²¹

Néanmoins, dans le cadre des commentaires ayant précédé la réforme, certains praticiens du droit ont pu prendre ouvertement position, dans un sens souvent inquiet à l'égard de telle ou telle innovation. L'évaluation des projets de réforme s'est faite surtout à l'aune de la sécurité juridique et de la crainte d'une mise en cause facilitée de leur responsabilité professionnelle. Par exemple, un avocat, en 2015,²² a ouvertement critiqué l'introduc-

20 Afin de simplifier la référence complète à la réforme réalisée par l'ordonnance du 10 février 2016, il est souvent d'usage d'évoquer « la réforme du droit des contrats », bien que cette formulation soit réductrice du contenu de ce texte. Nous la retenons ici et dans les propos qui suivront, d'autant plus que les exemples cités renverront plus spécialement au droit commun des contrats, sans insister sur la preuve ou le régime de l'obligation.

21 Sur laquelle, voir notamment, G. CHANTEPIE, L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats, *AJCA*, (oct. 2016) 4 ; C. FRANÇOIS, Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, *Recueil Dalloz* (2016) 506 ; S. GAUDEMET, Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016, *La Semaine Juridique*, édition Générale (9 mai 2016 – n° 19) 559 ; D. MAINGUY, Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats, *Recueil Dalloz* (2016) 1762 ; J-B. SEUBE, Dispositions transitoires : l'ordonnance du 10 février 2016 a-t-elle tout prévu ?, in « Pratiques contractuelles » (Editions Législatives, 2016) 285.

22 P. MORELON, Quels sont les dangers de la réforme annoncée du droit des contrats pour les professionnels du conseil et de la rédaction d'acte ?, *Droit et patrimoine* (mai 2015 – n° 247) 52.

tion dans la réforme d'un nouveau vice du consentement, la violence reposant sur l'abus de l'état de dépendance dans lequel se trouve l'une des parties au contrat,²³ au motif que cette cause de nullité du contrat serait très large, porterait atteinte à un pilier du droit civil des contrats – l'autonomie de la volonté, et que le juge serait désormais érigé en protecteur de la partie faible, ce qui risquerait d'entraîner une multiplication des actions en justice.

Le regard analytique de la doctrine

Face à une telle fronde, la doctrine a répondu de manière plus nuancée et plus abstraite : certes il convient d'encadrer les conditions de mise en œuvre de ce nouveau vice du consentement (et des propositions ont été faites en ce sens)²⁴, mais son introduction dans la réforme révèle un positionnement politique, conforme à la volonté exprimée par le Parlement de prévoir « des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre ». ²⁵ De plus, l'autonomie de la volonté, qui fonde notamment la force obligatoire des conventions, ne saurait reposer que sur un consentement éclairé et non contraint.²⁶ Ainsi, ce que le Parlement veut, la réforme le consacre. Et en élevant ses observations au rang de grandes idées ou de grands principes, la doctrine confère à la réforme sa légitimité, laissant aux praticiens la mission de la mettre en œuvre concrètement, avec son cortège de potentiels questions et dangers. Encore qu'il soit indispensable de souligner les efforts de certains auteurs pour évaluer les textes nouveaux à l'aide de mises en situations concrètes.

Par ailleurs, la doctrine peut aussi lire, potentiellement dans les textes nouveaux, ce qu'elle souhaite y voir : lorsqu'une disposition autorise plusieurs interprétations, des auteurs peuvent ainsi s'opposer, afin de défendre un positionnement idéologique, par exemple plus ou moins tourné vers la

23 Voir le nouvel article 1143 c. civ. Le commentaire portait sur la version précédente de la disposition, dans l'avant-projet de réforme puis le projet de réforme du droit des contrats de février 2015 (art. 1142).

24 Voir notamment, J-P. CHAZAL, Violence économique ou abus de faiblesse ?, Droit et patrimoine (oct. 2014) 47 ; G. LOISEAU, La consécration de la violence économique, in : Stoffel-Munck (dir.), Réforme du droit des contrats et pratique des affaires (Dalloz, 2015) 33.

25 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 (laquelle contient l'habilitation du gouvernement à réformer le droit des obligations par voie d'ordonnance).

26 Voir notamment les observations de P. DUPICHOT, Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats, Droit et patrimoine (mai 2015 – n° 247) 45.

défense de la liberté contractuelle, ou au contraire vers la nécessité de protéger l'une des parties, ou encore en faveur de l'interventionnisme du juge au nom de l'efficacité économique des relations contractuelles. Ainsi par exemple, une discussion doctrinale a-t-elle eu lieu sur le sens de l'article 1216 nouveau du Code civil, relatif à la cession de contrat : celui-ci prévoit en effet « l'accord du cédé » pour parfaire la cession ; or la nature juridique de cet « accord » suscite le débat, entre ceux qui considèrent qu'il s'agit d'une simple autorisation donnée par le cédé, que le juge pourrait alors accorder en cas de refus abusif par le cédé d'autoriser la cession,²⁷ et ceux qui y voient plutôt un consentement du cédé, lequel ne pourrait dès lors être forcé par le juge.²⁸

En définitive, sous une perspective doctrinale, l'évaluation de la réforme ne peut qu'être individuelle et dès lors être plus ou moins affirmative selon le commentateur : tel auteur pourra affirmer que telle interprétation d'une disposition ne fait aucun doute (ce qui tend à la réussite de la réforme au regard de sa stabilité), tandis qu'un autre insistera au contraire sur le caractère incertain de la même disposition, ce qui crée une instabilité pour l'avenir (et constitue alors plutôt une faille).

b) Tentative d'évaluation objective de la réforme

Consensus doctrinal sur une réussite globale de la réforme

Si l'on veut néanmoins, en dépit de ces écueils, tenter une évaluation objective de la réforme, peut-être peut-on tout d'abord relever qu'il existe un consensus doctrinal dans le sens d'une réussite globale de cette réforme. Sur des critères objectifs, tels que la lisibilité du Code civil (quant à sa

27 Voir M. MIGNOT, Les Petites affiches (30 mars 2016) 7, Section 4 ; L. AYNES, La cession de contrat, Droit et patrimoine (juil.-août 2016 – n° 260) 65-66 ; L. GRATTON, La cession de contrat – Rapport français, in : Behar-Touchais (dir.), Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain, Vol. 2 (éd. IRJS, 2017) ; J. KLEIN, Cession de contrats, in : La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires, avant-propos F. Barrière (LexisNexis, 2017) 45.

28 Voir R. BOFFA, Les opérations translatives, La Semaine juridique, édition Immobilière et Notariale (2015) 1215, spéc. n° 11 ; C. JAMIN/N. DISSAUX, Commentaire de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire des articles 1101 à 1386-1 du Code civil (éd. Dalloz, 2016) 118 s. (« le cédé n'est pas un tiers à la cession ») ; G. CHANTEPIE/M. LATINA, La réforme du droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil (éd. Dalloz, 2016), n° 599 et n° 606 ; B. MALLET-BRICOUT, La cession de contrat dans l'Ordonnance de réforme du droit des obligations, in : Bros, *supra* note 14, Les innovations de la réforme du droit des contrats (Fondation Varenne, Collection Colloques et Essais, 2018).

structure et au style de rédaction), l'appréhension pédagogique des différentes phases contractuelles – de la négociation à l'extinction –, l'intégration de jurisprudences fondatrices et incontestées, la modernisation globale du droit commun des contrats, à l'aide d'innovations diverses et d'un regard davantage « affairiste » sur le contrat et les règles qui lui sont applicables,²⁹ la doctrine semble s'accorder.³⁰ Mais il s'agit là de grandes qualités plutôt abstraites de la réforme.³¹ Dès lors que l'on entre dans les détails techniques de la réforme, des divergences de points de vue peuvent apparaître, parfois caricaturaux, comme sur le maintien ou non de la cause comme condition de validité du contrat.³² Le consensus sur les failles de la réforme – car il y en a – est donc, dans une certaine mesure, relatif.

Consensus relatif sur les failles de la réforme

Certains regrets semblent unanimement partagés, qui portent sur des imprécisions, des omissions, ou encore la critique de certaines définitions. Ainsi, la définition du contrat d'adhésion est-elle questionnée (art. 1110),³³ tout comme la nouvelle notion de “contenu” du contrat suscite quant à elle la perplexité : le terme apparaît dans l'intitulé d'une sous-section du Code civil et vient remplacer, dans les conditions de validité du contrat (art. 1128), l'objet et la cause. Il faut désormais « un contenu licite et certain », aux côtés du consentement des parties et de leur capacité. Le « contenu » du contrat constitue-t-il un nouveau concept juridique ? Cela est discuté, surtout au regard du détail de la sous-section en question, un

29 L'introduction du contrat cadre, la reconnaissance des conditions générales, la gestion de certaines problématiques relevant des contrats spéciaux (prix des prestations de service, prix dans un contrat cadre ...) ou des relations d'affaires (confidentialité, imprévision, avant-contrats, contrat d'adhésion, violence économique ...).

30 Voir nos observations : 2016 ou l'année de la réforme du droit des contrats, chronique Législation française, Revue trimestrielle de droit civil (avril 2016), 463–470.

31 Ainsi le Professeur Laurent AYNES souligne-t-il, par exemple, que « le projet améliore l'accessibilité et l'efficacité économique du droit des contrats », in *La réforme projetée du droit des contrats : synthèse*, Droit et patrimoine (mai 2015 – n° 247) 56.

32 Finalement, le législateur français a opté pour un abandon des notions de cause et d'objet du contrat, au profit d'un nouveau concept, le contenu du contrat. Sur le sujet, voir L. AYNES, *La cause inutile et dangereuse*, Droit et patrimoine (2014 – n° 240) 40 ; M. FABRE-MAGNAN, *Critique de la notion de contenu du contrat*, *Revue des contrats* (2015-3) 639 ; T. GENICON, *Défense et illustration de la cause en droit des contrats*, *Recueil Dalloz* (2015) 1551 ; F. CHENEDE, *La cause est morte ... vive la cause ?*, *Contrats concurrence consommation* (2016) 4.

33 V. notamment F. CHENEDE, *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil*, *La Semaine juridique*, édition Générale (2016) 1334 ; T. REVET, *Les critères du contrat d'adhésion – Article 1110 nouveau du code civil*, *Recueil Dalloz* (2016) 1771.

étrange *melting pot* difficilement lisible (v. art. 1162 à 1171). La question présente pourtant des enjeux pratiques, car plusieurs articles du Code civil renvoient expressément au « contenu » du contrat (v. art. 1102, 1112-1, 1214),³⁴ ce qui impose de le définir. La doctrine s'interroge également sur la rédaction du nouveau devoir général d'information (art. 1112-1), ainsi que sur le nouveau régime de l'imprévision (art. 1195), ou encore sur l'omission dans la réforme de la promesse synallagmatique.

D'autres appréciations sur certaines dispositions de la réforme peuvent au contraire diverger selon les auteurs. L'article 1195 du Code civil, par exemple, ne résout pas clairement la question de savoir dans quelle mesure les parties peuvent ou non écarter ou aménager contractuellement le processus mis en place par le législateur pour parvenir à une révision du contrat, et notamment diriger contractuellement la potentielle et remarquable intervention du juge dans ce processus.³⁵ Ces divergences révèlent indéniablement des failles de la réforme et créent une insécurité regrettable. Certaines pourront peut-être être levées dans le cadre de la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, attendue pour le semestre 2018 et susceptible de modifier ou clarifier certains textes. En outre, le constat de possibles lectures différenciées de la réforme suscite un questionnement sur la pertinence des résultats d'une telle évaluation à ce stade. Qui a raison ? Qui a tort ? Seul l'avenir permettra sans doute de répondre à ces interrogations.

2. Perspectives d'évaluation : l'avenir de la réforme du droit français des contrats

L'avenir de la réforme est sans doute la clef de son évaluation : son avenir temporel, d'une part, lequel renvoie à sa postérité, et son avenir spatial, d'autre part, lequel renvoie à son rayonnement au-delà de nos frontières.

34 L'article 1112-1 alinéa 3, relatif au nouveau devoir général d'information précontractuelle (« Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties »), l'article 1214, relatif au renouvellement d'un contrat à durée déterminée (« Le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties. Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée. »), et l'article 1102 (« Chacun est libre (...) de déterminer le contenu (...) du contrat dans les limites fixées par la loi »).

35 Voir notamment les opinions de : N. MOLFESSIS, Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, *La Semaine juridique*, édition Générale (2015) 2390 ; P. STOFFEL-MUNCK, L'imprévision et la réforme des effets du contrat, *Revue des contrats* (2016, Hors série) 30 ; F. CHENEDE, Le nouveau droit des obligations et des contrats – consolidations – innovations – perspectives (éd. Dalloz, 2016) n° 25.81.

a) *Quelle postérité ?*

Seul l'avenir, en effet, permettra d'évaluer si l'objectif de sécurité juridique visé par le législateur, s'est vérifié ou non. Cela suppose, en premier lieu, l'absence de changements incessants de la loi nouvelle, sa stabilité, ce qui n'est pas toujours le cas dans le cadre de nos réformes françaises. Que l'on songe, par exemple, à la Loi du 19 février 2007 *instituant la fiducie*, qui a donné lieu dans les deux ans qui ont suivi l'introduction de cette institution en droit français à plusieurs évolutions législatives, signe, sans doute, d'une imperfection de la première mouture. Pour ce qui concerne la réforme du droit des obligations, l'hypothèse d'une loi de ratification par le Parlement venant modifier le texte applicable semble devenir une réalité.³⁶ Mais l'on n'imagine pas une réforme de la réforme à cette occasion ! Il s'agira plus probablement (et raisonnablement) de correctifs mineurs.³⁷

Mais c'est surtout sur le long terme que pourra être mesurée la postérité de cette réforme : est-ce une réforme pour un siècle ? On peut penser que l'absence de précipitation dans son élaboration serait un gage de sa longévité. Mais il reste beaucoup d'inconnues, notamment quant aux nouveautés introduites dans le Code civil : la nouvelle demande interpellative aura-t-elle du succès³⁸ ? Le vice de violence par abus de dépendance sera-t-il fréquemment admis en justice³⁹ ? Comment le déséquilibre manifeste dans le cadre des contrats d'adhésion s'articulera-t-il avec les dispositions d'autres codes qui sanctionnent également ce type d'abus⁴⁰ ? Les possibilités de sanctions unilatérales en cas d'inexécution du contrat seront-elles mises en œuvre⁴¹ ? Plus généralement, la montée en puissance de l'unilatéralisme,⁴² soulignée par tous les observateurs, se vérifiera-t-elle dans la pratique juridique ? Ces questions, et bien d'autres, renvoient toutes à une probléma-

36 Les versions successives du texte de la loi de ratification peuvent être consultées sur le site www.legifrance-gouv.fr.

37 Pour l'heure et en l'état des discussions, il est notamment envisagé de modifier la définition du contrat d'adhésion, celle des conditions générales, ou encore celle du dol, et de modifier les articles 1165 (abus dans la fixation du prix) et 1223 (réduction du prix par le créancier).

38 Voir les articles 1123, 1158 et 1183 c. civ.

39 Art. 1143 c. civ.

40 Voir l'article 1171 c. civ. ; comparer, art. L. 442-6 c. com. et art. L. 212-1 c. consom.

41 V. notamment A. AYNES, Les remèdes unilatéraux (résolution unilatérale, réduction du prix), in : Stoffel-Munck, *supra* note 24, 113 ; O. GOUT, La place de l'unilatéralisme dans les sanctions de l'inexécution du contrat, in : Pignarre (dir.), *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre, Dialogues autour de la réforme du titre III du Livre III du Code civil*, (Institut Universitaire Varenne, collection Colloques et Essais, 2016) 213.

42 Voir par exemple, les dispositions contenues aux articles 1195, 1164, 1165, 1223.

tique centrale de la réforme, la grande inconnue sans doute : le renouvellement des rôles respectifs des parties et du juge, et corrélativement, le renouvellement de la place accordée au juge dans la relation contractuelle. Sera-t-il le promoteur d'un nouvel équilibre contractuel (il possède désormais certains instruments juridiques à cet effet)⁴³, ou bien restera-t-il au maximum en retrait, afin de préserver la liberté contractuelle⁴⁴ ? En arrière-plan de cette interrogation figure un débat doctrinal puissant entre les promoteurs du « solidarisme contractuel »⁴⁵ et les auteurs qui n'adhèrent pas à une telle philosophie de la relation contractuelle. Le législateur français, de toute évidence, n'a pas souhaité trancher entre ces deux positionnements, recherchant un équilibre entre protection de la partie faible et efficacité économique dans une perspective affairiste.

b) *Quel rayonnement ?*

Outre cette future évaluation, qui nécessite de 'laisser du temps au temps', une évaluation complémentaire pourra avoir lieu, élargissant les critères au-delà de nos frontières. Lorsque le *Rapport sur l'ordonnance au Président de la République* vise comme objectif l'attractivité du droit français des contrats, il ne la cantonne pas à l'attractivité du nouveau droit à l'égard des acteurs économiques français. Il évoque « une forte attente en dehors de nos frontières », la facilitation de l'application du droit des contrats « dans des contrats de droit international », le rapprochement « de la législation de nombreux droits étrangers » (à propos de l'abandon de la cause comme condition de validité du contrat), et le contexte d'une « économie mondialisée et en perpétuelle évolution ». Le Rapport n'évoque pas spécifiquement l'Europe, mais les enjeux portés par le droit européen sont aussi dans l'ombre de la réforme : une évaluation favorable de ce nouveau droit des contrats par nos partenaires européens ne peut que renforcer le rôle poli-

43 On observe notamment dans les nouveaux textes du Code civil, une multiplication des standards (le raisonnable, l'attente légitime, la disproportion, la bonne foi...) ; le juge peut également intervenir pour sanctionner l'abus dans la fixation du prix (art. 1164, art. 1165 c. civ.), ou encore décider du sort du contrat en cas d'imprévision (art. 1195 c. civ.), parmi bien d'autres illustrations.

44 Celle-ci est désormais élevée au rang de principe dans le nouvel article 1102 du Code civil.

45 V. en particulier les écrits de C. JAMIN, en particulier : Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in : Mélanges Jacques Ghestin (éd. LGDJ, 2001) 441, et ceux de D. MAZEAUD : Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in : Mélanges François Terré (éd. Dalloz-Puf-JurisClasseur, 1999) 603 ; La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises ... , in : Mélanges Jean Hauser (éd. LexisNexis & Dalloz, 2013) 905.

tique de la France dans les débats sur la législation européenne ou sur un droit harmonisé des contrats.

Ainsi, en Europe et bien au-delà, la réforme du droit français des contrats suscite de l'intérêt, ne serait-ce que dans la perspective du choix de la loi applicable à un contrat présentant des éléments d'extranéité. De ce point de vue, une réforme de droit interne des contrats, quelle qu'elle soit, ne saurait être proprement « interniste », refermée sur elle-même ; d'un point de vue économique, celle-ci est forcément ouverte sur le monde, et son évaluation se fera nécessairement, à moyen et à long terme, par les praticiens étrangers. Le rayonnement de la réforme du droit français des contrats au-delà de nos frontières entraînera l'inévitable évaluation de celle-ci par nos partenaires économiques étrangers. Où l'on voit que l'économie croise le droit, que la mondialisation des échanges démultiplie les évaluations. Car il faut garder à l'esprit que la sanction de l'évaluation peut, certes, venir de réactions internes, mais également de réactions externes : si nos partenaires étrangers tendent à se détourner du droit français en choisissant un autre droit des contrats applicable à leurs conventions, ou au contraire s'ils ne rechignent pas à la désignation de la loi française, voire y sont franchement favorables, ce sera le signe d'un échec ou d'une réussite. C'est sans doute là que réside la véritable évaluation de notre réforme du droit des contrats : dans ces futures réactions pragmatiques et dans ces regards étrangers sur le droit français des contrats rénové, au-delà de nos discussions doctrinales internes.

Lyon, le 12 janvier 2018