

LIBRES PROPOS SUR L'ORDONNANCE PORTANT RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS, DU RÉGIME GÉNÉRAL ET DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS



JEAN-PIERRE BORNET

Ancien directeur de la conformité et de la déontologie
BPCE

La réforme du droit des obligations est importante. Elle appréhende les relations entre les parties sous un angle économique jusqu'alors seulement et progressivement reconnu par la jurisprudence. Elle insère également la relation contractuelle dans une dimension temporelle qui ne la cantonne plus au seul temps de la contractualisation. Les relations bancaires et financières incluaient déjà ces aspects, mais leur insertion dans le Code civil ne pourrait-elle pas les faire évoluer ?



PATRICIA LE BESNERAIS

Juriste conseil
Direction juridique Groupe
Groupe BPCE

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 été publiée au JORF du 11 février 2016. L'entrée en vigueur de ces dispositions est prévue pour le 1^{er} octobre 2016 (article 9 de l'ordonnance). Les contrats conclus avant cette date demeureront soumis à la loi ancienne. Toutefois, les dispositions relatives aux troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 (dispositions relatives au pacte de préférence), celles des articles 1158 (disposition, dite « action interrogatoire », relative à la possibilité pour un tiers doutant de l'étendue du pouvoir d'un représentant conventionnel de demander au représenté de lui confirmer les pouvoirs du représentant) et 1183 (disposition autorisant une partie à demander par écrit à une partie pouvant se prévaloir d'une nullité soit de confirmer le contrat, soit d'en demander la nullité) seront applicables au 1^{er} octobre 2016, indépendamment de la date de signature du contrat. Il est enfin précisé que lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne rendant indispensable la conservation des dispositions de l'ancien Code civil.

Pourquoi aujourd'hui une réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ? Les dispositions du Code civil sur ce sujet remontent pour la plupart au Code Napoléon de 1804. Il s'avérait donc nécessaire de revoir le droit des contrats et des obligations pour l'adapter aux enjeux économiques et judiciaires actuels, notamment par la prise en compte des nouvelles technologies et des nouveaux comportements des acteurs économiques. Le caractère accru des relations internationales justifiait également une meilleure lisibilité de notre droit pour le rendre accessible et compréhensible aux différentes parties¹. Cette exigence de réforme était également partagée par plusieurs auteurs qui ont tenté, à plusieurs reprises par le passé, d'engager des projets de réforme².

Selon le ministère de la Justice lors du lancement de la consultation publique sur ce sujet en avril 2015, « cette réforme est attendue et nécessaire. Le fondement des échanges économiques qu'est le droit commun des contrats est en effet pour l'essentiel issu du Code Napoléon de 1804. Or cet instrument, utilisé au quotidien par les citoyens et les acteurs économiques, n'est plus adapté à la réalité des échanges, ni à la réalité de l'activité sociale et économique. Sa seule lecture ne permet plus de donner une vision claire et précise de l'état du droit positif ». De plus, conformément au plan d'action « Justice du XXI^e siècle », « la réforme permettra de répondre à l'objectif constitutionnel d'intelligibilité de la loi, de renforcer la prévisibilité du droit et

1. Ces vingt dernières années ont vu apparaître de nombreux projets européens et internationaux d'harmonisation du droit des contrats : les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international publiés en 1994 et complétés en 2004 ; les principes du droit européen des contrats (PDEC) élaborés par la Commission Lando et publiés entre 1995 et 2003 ; le projet de code européen des contrats ou code Gandolfi en 2000 ; les travaux menés par la société de législation comparée et l'association Henri Capitant des amis de la pensée juridique française, publiés en février 2008.
2. Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription Catala, remis au Garde des Sceaux en 2005 et consultable sur le site du ministère de la Justice ; avant-projet Terré 2008 pour le droit des contrats et 2011 pour le régime général et la preuve des obligations, consultable sur le site Internet du ministère de la Justice, rubrique « projets de réforme » ; François Terré, « La réforme du droit des contrats », Recueil Dalloz 2008, p. 2992.

la sécurité juridique, tout en contribuant au rayonnement et à l'attractivité du système juridique français. »

La loi n° 2015-177 du 16 février 2015³ relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures a donc autorisé le Gouvernement, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, à prendre par voie d'ordonnance les mesures nécessaires pour modifier la structure et le contenu de la partie III du Code civil. Dans le rapport au président de la République relatif à cette ordonnance⁴, les deux objectifs poursuivis sont la sécurité juridique en vue de rendre plus lisible et plus accessible le droit des contrats, le régime général et la preuve des obligations mais aussi le renforcement de l'attractivité du droit français au plan politique, culturel et économique afin d'en faciliter son application dans des contrats de droit international.

Au-delà de l'affirmation de ces principes, on relèvera que ce texte s'inscrit au sein de deux courants dominants. Le premier a trait à la recherche de l'équilibre contractuel que les auteurs du Rapport au président de la République relatif à cette ordonnance intitulent la « justice contractuelle », à savoir la nécessité d'équilibrer la situation des parties contractantes. Ce concept, qui sous-tend le droit de la consommation, a pour objet d'éviter qu'un des contractants abuse de la situation de faiblesse de l'autre. Étendu au Code civil, ce concept modifie sensiblement la lecture d'un code écrit à une période où les contractants étaient considérés comme égaux. La deuxième observation préliminaire porte sur l'insertion du contrat et de son exécution dans le temps. Ce texte entend aller au-delà « du temps arrêté du contrat » pour reprendre l'expression du Doyen Carbonnier cité par les auteurs du Rapport. C'est ainsi que plusieurs dispositions, parfois issues de la jurisprudence, permettent aux parties ou à la justice d'adapter le contrat primitivement signé à son nouvel environnement soit pour en adapter l'équilibre économique, soit encore pour en modifier sa durée voire pour le résilier.

L'on peut, en outre, s'interroger sur le processus adopté. L'ampleur de cette réforme aurait sans doute été enrichie d'une discussion parlementaire qui, au-delà des seules consultations des professionnels appréciées par les seuls magistrats de la Chancellerie, aurait conforté la compréhension et les interprétations du texte. Au surplus, les rapports des commissions des lois de nos deux chambres auraient fourni aux professionnels un support autorisé de lecture et de compréhension des nouveaux textes auxquels ne pourront se substituer, d'une part, le rapport au président de la République relatif à cette ordonnance et, d'autre part, les seuls commentaires à venir de la doctrine qui vont éclore après la parution de l'ordonnance. Il serait sans doute opportun d'étudier par la voie d'une modification constitutionnelle la possibilité pour les commissions parlementaires, ou leur Président, intéressées par un projet d'ordonnance de

publier leurs observations après la phase de consultation des professionnels sans que cela ne déclenche pour autant une discussion parlementaire. Il nous semble que le processus d'adoption de ces textes serait alors enrichi en facilitant en définitive leur compréhension et leur application.

Au travers de cette chronique dont l'objectif n'est pas de présenter l'ensemble des modifications apportées par l'ordonnance, nous avons souhaité attirer rapidement l'attention des praticiens bancaires et financiers sur ses incidences sur la négociation et la contractualisation des relations avec la clientèle (I.) et la place du juge comme arbitre de l'économie du contrat (II.).

I. LES INCIDENCES DE L'ORDONNANCE SUR LA NÉGOCIATION ET LA CONTRACTUALISATION DES RELATIONS AVEC LA CLIENTÈLE

1. Liberté contractuelle, bonne foi et devoir d'information

Parmi les grandes nouveautés de cette réforme, citons tout d'abord l'introduction dans le Code civil d'un chapitre I^{er} intitulé « Dispositions liminaires » dont l'objectif n'est pas de constituer des règles de niveau supérieur aux autres mais de consacrer les principes directeurs du droit des contrats que sont notamment la liberté contractuelle (article 1102) et la bonne foi (article 1104). Le Code civil étant totalement muet sur la période précontractuelle, un ensemble de dispositions relatives à la période précédant la signature du contrat, jusqu'alors issues de la jurisprudence, a été défini dans une sous-section 1 intitulée « les négociations » au niveau d'un chapitre II « formation du contrat ».

Conformément à l'article 1113 du Code civil, la formation du contrat requiert la rencontre d'une offre et d'une acceptation, manifestant la volonté de s'engager de chacune des parties, cette volonté résultant d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur.

L'offre est définie à l'article 1114 du Code civil et comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Elle peut être faite à une personne déterminée ou indéterminée. À défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation.

Les professionnels devront être extrêmement attentifs au formalisme et au contenu des documents adressés à la clientèle durant cette période précontractuelle afin que ceux-ci ne soient pas qualifiés de contrat alors que la partie proposante ne pensait pas encore être liée. Rappelons à ce sujet les décisions du TGI Nanterre concernant la société Dexia Crédit Local⁵ en matière de TEG où les fax de confirmation ont été considérés comme des contrats de prêt. Citons encore l'habitude de cer-

3. JORF n° 0040 du 17 février 2015, p. 2961.

4. Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF 11 février 2016.

5. TGI Nanterre, 6^e chambre, 7 mars 2014, RG 12/06737, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés c/ Société DEXIA Crédit Local*; TGI Nanterre, 6^e chambre, 8 février 2013, RG 11/03780, *Département de la Seine-Saint-Denis c/ Société DEXIA Crédit Local Dual*.

taines sociétés de crédit envoyant régulièrement des mailings d'offres de crédit à la consommation par voie postale sans demande expresse et préalable du candidat à l'emprunt.

Comme nous l'avons précédemment indiqué, l'ordonnance définit les grands principes du contrat au travers de la liberté contractuelle (article 1102) et la bonne foi (article 1103). L'article 1102 dispose que « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. »

Si le terme de « règles » a remplacé ceux de « lois » et « de bonnes mœurs », il conviendra d'être vigilant à l'interprétation des juges sur cette nouvelle terminologie. Le terme « règles » plus vaste que celui de loi englobe-t-il ce qui a été appelé la *soft law*? Nous pensons ici aux normes professionnelles, aux positions des Régulateurs notamment l'AMF ou l'ACPR, voire aux accords conclus entre associations professionnelles et consommateurs. Ce point n'est certes pas nouveau car les tribunaux ont déjà reconnu le caractère de texte devant être respecté à certains d'entre eux, notamment le règlement général de l'AMF. Mais en utilisant le terme « règle », ne risque-t-on pas d'ouvrir trop largement le champ à des accords qui s'étendraient à l'ensemble des justiciables alors que cela n'avait pas été leur domaine à l'origine? Il sera sans doute nécessaire que les tribunaux interviennent pour préciser le champ de la notion de règles intéressant l'ordre public, l'ordre public étant la clef de voûte de cette définition. Plus généralement, ces dispositions renforcent la régulation civile qui compléterait ainsi celle des autorités administratives indépendantes.

Selon l'article 1104 du Code civil, « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». On retrouve également cette notion de bonne foi à l'article 1112 en matière de rupture des négociations précontractuelles c'est-à-dire les pourparlers. Ainsi, la bonne foi s'apprécie dès la phase de négociation du contrat jusque dans la phase d'exécution. Si ces principes étaient déjà présents de façon diffuse, ils n'avaient jusqu'alors pas été mis en avant au titre de dispositions préliminaires ou relatives à la formation du contrat. Nous sommes curieux de savoir si cette insertion influencera la jurisprudence actuelle sur ces sujets. En tout état de cause, cela aura certainement une incidence dans les contrats où l'intuitu personae est fort et où des engagements sont pris par exemple en matière de coopération réciproque. Cette reprise par le texte de cette notion de bonne foi s'inscrit dans un courant jurisprudentiel qui au-delà de la loyauté reconnaît la nécessité de la bonne foi comme critère gouvernant les relations des parties. La reconnaissance de cette notion aura nécessairement des conséquences sur l'appréciation par les juges du dol qui on le sait s'agissant du « *dolus bonus* » était admis alors que la notion de bonne foi en limitera certainement le domaine d'application.

Par ailleurs, la notion de conflits d'intérêts est sous-jacente à la notion de bonne foi. Elle est évoquée de manière très indirecte à l'article 1161 qui mentionne « qu'un représentant ne peut agir pour le compte des deux par-

ties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le repré-senté ». Cette notion, au cœur du monde des affaires d'aujourd'hui, n'est pas nouvelle. S'agissant du mandat, l'article 1596, al. 3, de l'actuel Code civil interdit à un mandataire de se porter contrepartie et acquéreur d'un bien qu'il est chargé de vendre. Ces dispositions relatives aux conflits d'intérêts sont simples ; elles obéissent au principe ancien souligné par la doctrine et de nombreux théologiens selon lequel on ne sert pas deux maîtres à la fois. Reprises sous diverses formes dans de nombreux codes de déontologie professionnels, ces dispositions répondent au besoin de moralisation de la vie publique constaté depuis ces deux dernières décennies. Les dispositions de l'ordonnance consacrent ce besoin d'éthique ; leur inscription leur confère une lisibilité bienvenue sans bouleverser si elle est appliquée avec prudence notre équilibre juridique.

Enfin, l'article 1112-1 introduit un devoir d'information, élément qui concourt à la bonne foi de l'article 1104. Il stipule que « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ». Le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extra-contractuelle de celui qui en était tenu voire l'annulation du contrat s'il est à l'origine d'un vice de consentement – erreur ou dol.

Pour les professionnels du domaine bancaire et financier, ce devoir d'information préalable n'est pas nouveau. Il concerne les non professionnels, voire les professionnels, et demeure cantonné aux produits financiers spéculatifs ou complexes. Plus généralement, il est déjà inséré dans le Code monétaire et financier et précisé dans le Règlement général de l'AMF et ses Positions. Une abondante jurisprudence en décline les contours.

S'agissant du domaine bancaire, ce devoir d'information s'inspire de nombreuses décisions de jurisprudence notamment en matière de crédit à la consommation et plus particulièrement en matière d'assurance des emprunteurs. Dès 2001, par un arrêt du 17 juillet 2001⁶, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que le prêteur s'acquittait de son obligation d'information par l'annexion de la notice d'assurance au contrat de prêt, sans être tenu de reproduire les mentions figurant à l'intérieur de la notice dans le contrat de prêt. Mais encore faut-il que le prêteur remette bien la notice à l'adhérent, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il remet des documents « équivalant à une notice au sens du Code des assurances »⁷. En outre, la remise de la notice ne dispense pas le prêteur d'une obligation d'information sur l'étendue des garanties contractuelles compte tenu

6. Cass. 1^{re} civ., 17 juill. 2001, n° 98-18.242 et 98-19.127, Bull. civ. I, n° 229, RGDA 2001, n° 4, p. 993.

7. Cass. 2^e civ., 25 janv. 2007, n° 05-19.700, Bull. civ. II, n° 17.

de la situation personnelle de l'assuré⁸. L'article 14 « Informations précontractuelles » de la directive sur le crédit hypothécaire n° 2014/17/UE impose au prêteur ou, le cas échéant, à l'intermédiaire de crédit de fournir au consommateur les informations personnalisées dont il a besoin pour comparer les crédits disponibles sur le marché, évaluer leurs implications et prendre une décision en connaissance de cause quant à l'opportunité de conclure un contrat de crédit par la remise d'une Fiche européenne d'information standardisée (FISE) dont le modèle figure en annexe de la directive.

Si ce devoir d'information s'entend pour un consommateur, personne physique profane ou non averti, ce devoir d'information est-il nécessaire pour un professionnel et devrait-il être un des éléments du consentement dans la mesure où la signature d'un contrat entre les parties repose sur la confiance réciproque ? Ne risque-t-on pas au contraire de voir un manquement au devoir d'information être systématiquement mis en avant par l'une des parties dès lors que les relations deviennent plus difficiles en cours d'exécution du contrat ? Les règles actuellement en place ont-elles été jugées insuffisantes pour assurer la sécurité des transactions, le bon équilibre des relations contractuelles entre les parties ?

Le rapport au président de la République tend à rassurer les professionnels en indiquant « qu'il est apparu opportun de consacrer dans le Code civil de manière autonome, indépendamment du devoir de bonne foi, ce principe essentiel à l'équilibre des relations contractuelles et d'en fixer un cadre général [...] Afin de ne pas susciter une insécurité juridique et de répondre aux inquiétudes des entreprises, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation et est subordonné à plusieurs conditions : l'importance déterminante de l'information pour le consentement de l'autre partie, la connaissance de l'information par le créancier, l'ignorance de l'information par l'autre partie, cette ignorance devant être légitime et pouvant tenir aux relations de confiance entre les cocontractants (ainsi le devoir de s'informer fixe-t-il la limite de l'obligation précontractuelle d'information) ». Si l'on comprend l'insertion de ce devoir d'information au sein d'une disposition dédiée du Code civil qui satisfait au souci d'équilibre des relations contractuelles, on aimerait être certain que cet article du Code civil ne servira pas de support au développement d'une jurisprudence où l'ignorance présumée légitime du contractant serait entendue de manière extensive ; l'exigence d'information pouvant devenir à terme une prime au contractant indélicat ne respectant pas sa parole.

2. Contenu du contrat et clauses abusives

Cette ordonnance introduit la notion de contenu du contrat dans une sous-section 3 « le contenu du contrat » de la section 2 « la validité du contrat » du chapitre II « la formation du contrat » au travers des articles 1162 à 1171. Pour mémoire, quatre conditions essentielles étaient exigées pour la validité d'une convention : le

consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation. Désormais, « sont nécessaires à la validité d'un contrat le consentement des parties, leur capacité de contracter et un contenu licite et certain » (article 1128 du Code civil). À sa lecture, on voit que cet article supprime la cause licite dans l'obligation, notion la plus célèbre du droit français des obligations. Si la disparition de cette notion a largement été commentée⁹, cette disparition est justifiée par la Chancellerie par le fait que « face à la difficulté de donner à la notion de cause une définition précise, qui en engloberait tous les aspects, face aux critiques dont elle est l'objet tant de la part d'une partie de la doctrine que de la pratique qui la perçoit comme un facteur d'insécurité juridique, il a été fait le choix de ne pas recourir à cette notion, pour la remplacer par des règles aux contours mieux définis, permettant au juge de parvenir aux mêmes effets, tout en évitant le contentieux abondant que suscite cette notion ». On note que certaines nouvelles dispositions tels que l'article 1162 sur l'absence d'illicéité, l'article 1169 sur l'absence de contrepartie ou l'article 1168 sur l'absence de cohérence s'inspirent de solutions jurisprudentielles et conservent ainsi la fonction de cause de l'obligation. Cependant, la cause avait un intérêt qui pourrait ne pas être couvert par cette notion de contenu licite et certain. Pour le doyen Carbonnier, la cause « est un pourquoi, un but, une raison ; elle est, pourrait-on dire encore, l'intérêt du contractant au contrat »¹⁰. C'est l'intérêt que chaque partie a lors de la signature d'un contrat qui justifie son engagement et donc le cause. Par exemple, en matière de garantie à première demande, la Cour de cassation a indiqué que « l'engagement d'un garant à première demande est causé dès lors que le donneur d'ordre a un intérêt économique à la conclusion du contrat, peu important qu'il n'y soit pas partie »¹¹. Citons encore en matière de clause d'inaliénabilité dans les contrats de prêt immobilier, la position de Cour de cassation qui indique que « dès lors qu'elle est limitée dans le temps et qu'elle est justifiée par un intérêt sérieux et légitime, une clause d'inaliénabilité peut être stipulée dans un acte à titre onéreux »¹² alors que le principe de libre disposition des biens est un principe reconnu par l'article 544 du Code civil et que les contentieux sont nombreux pour requalifier ces clauses en clause illicite. Nous pensons cependant qu'il faut raison garder et que ces jurisprudences assises sur la notion de cause ne seront pas affectées par la disparition du concept dont ses déclinaisons lui survivront.

Parmi les principales innovations de cette ordonnance, la notion de clause abusive est introduite dans le Code civil. L'article 1171 la définit comme « une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ». Face aux nombreuses inquiétudes des professionnels lors notamment de la consultation publique du projet d'ordonnance, ceux-ci craignant une atteinte

9. Th. Genicon, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », D. 2015. 1551.

10. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4 « Les obligations », PUF, coll. « Thémis », § 58.

11. Cass. com. 3 juin 2014, n° 13-17643.

12. Cass. civ., 1^{re} civ., 31 octobre 2007, n° 05-14238.

8. Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, Bull. civ. ass. plén., n° 4.

à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux, le champ des clauses abusives est dorénavant circonscrit aux contrats d'adhésion dont les contours sont délimités par la définition donnée à l'article 1110 du Code civil. Là encore, cette notion n'est pas nouvelle et l'on ne peut que s'interroger sur sa généralisation à travers les nouvelles dispositions du Code civil. La Chancellerie considère que cette extension n'a pour but que de renforcer la cohérence de l'ensemble du dispositif en matière de droit des contrats. Cette explication nous laisse perplexe dans la mesure où l'interdiction des clauses abusives figure déjà dans le Code de la consommation à l'article L. 132-1 qui stipule « sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer [...] un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. [...] Les clauses abusives sont réputées non écrites [...] » ou dans le Code de commerce au travers de l'article L. 442-6, I, 2° qui mentionne « qu'engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait [...] de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties [...] »

Les professionnels devront entreprendre une analyse de leurs contrats d'adhésion et veiller à une rédaction équilibrée, claire et lisible afin d'éviter le déséquilibre significatif et de cantonner l'intervention éventuelle du juge. Rappelons, à cet égard, que ce dispositif ne peut justifier une demande d'une partie si elle porte sur l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation du prix à la prestation. S'agissant de dernier point, l'ordonnance prévoit plusieurs mesures dont la révision du prix en cas d'exécution imparfaite (article 1223 du nouveau Code civil). À ce propos, nous soulignerons la subtilité de notre dispositif juridique quant à la sanction des clauses abusives. Pour des clauses constatées au titre du Code de la consommation ou du Code civil, qui on l'a vu limite son champ d'application aux contrats d'adhésion, la clause est réputée non écrite. S'agissant de clauses sanctionnées au titre du Code de commerce, la sanction consiste à allouer des dommages et intérêts à la victime ou de rendre la clause sans effet.

Si l'ordonnance a exclu de son champ l'objet principal du contrat ou l'adéquation du prix à la prestation, il existe bien d'autres articles dans les contrats d'adhésion susceptibles de nourrir un contentieux abondant (exclusions de garantie dans les contrats d'assurance construction, clause exonératoire de responsabilité, clause de non-concurrence...). Si l'on comprend la pertinence et le champ d'application distinct de ces deux dispositions, clause abusive et abus de dépendance, force est de constater l'existence de cas complexes qui seront à l'origine de contentieux qui permettront d'en fixer les limites respectives.

Un dernier point suscite une interrogation, celui de la violence économique considérée comme un vice du consentement. Le nouvel article 1143 du Code civil précise qu'« il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

3. Introduction de certaines pratiques contractuelles et place des nouvelles technologies

Inspirée par la pratique et la jurisprudence, l'ordonnance introduit pour la première fois dans la classification des contrats le contrat-cadre et le contrat d'adhésion. L'article 1110 stipule que « le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». Le texte l'oppose ainsi au contrat de gré à gré dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat-cadre est quant à lui défini à l'article 1111 comme « un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution ».

Les nouvelles technologies figurent dans un chapitre relatif à la formation du contrat et dans une section portant sur la conclusion du contrat par voie électronique (articles 1125 à 1127-6 puis articles 1174 à 1177). On ne peut que regretter que cette ordonnance ne fasse qu'une recodification à droit constant mot à mot des actuels articles 1369-1 à 1369-9 du Code civil et des articles 1108-1 et 1108-2 du Code civil relatif à la validité de l'écrit électronique puis les articles 1369-10 et 1369-11 concernant l'équivalence des formalités lors de la conclusion des contrats sous forme électronique alors que ces dernières années sont marquées par un bouleversement des modes de contractualisation à distance notamment au travers d'internet puis plus récemment au travers des téléphones portables.

4. Cession de créances et de dettes

L'ordonnance simplifie le régime des cessions de créances en allégeant ses formalités (signification par huissier non requise). Ce point pourrait à l'avenir poser des problèmes s'agissant de la date à laquelle la cession est intervenue et où elle a acquis une date certaine. Les professionnels, en présence de cessions de créances conclues dans un contexte délicat, auront sans doute intérêt à conserver l'étape de la signification par huissier.

Les cessions de dettes sont, à l'instar de nombreux droits étrangers, reconnues facilitant leur soumission au droit français lorsqu'elles interviennent dans un contexte international.

L'accord auprès du créancier en cas de cession de dettes est naturellement requis. Si le créancier n'admet pas la cession de dettes, celle-ci n'est pas nulle, le débiteur originaire est tenu solidairement de la dette et les sûretés subsistent.

II. LA PLACE DU JUGE COMME ARBITRE DE L'ÉCONOMIE DU CONTRAT : UN RÔLE RENOUVELÉ ?

Le projet d'ordonnance fait une place importante au juge. Cette dernière a été soulignée et pourrait apparaître comme une nouveauté dont les professionnels pourraient s'inquiéter. Or nous pensons qu'il n'en est rien, que ce texte loin de constituer le bouleversement annoncé s'inscrit simplement dans le fil de l'évolution contemporaine

de notre droit et du rôle déjà reconnu du juge comme arbitre des conflits judiciaires.

Ainsi l'article 1195 du nouveau Code civil prévoit que « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

Cet article ne reconnaît pas l'imprévision et ne confie pas au juge le pouvoir de fixer arbitrairement les nouvelles conditions économiques du contrat comme cela a été rapidement repris par la presse non spécialisée. Cet article s'inspire des clauses dites de « *hardship* » insérées dans les contrats dont l'exécution s'étale sur un espace de plusieurs années ou sur une période d'une durée indéterminée. Ces clauses permettent à l'une comme à l'autre des parties signataires d'exiger que s'ouvre une nouvelle négociation lorsque la survenance d'un événement de nature économique ou technologique, bouleverse gravement l'équilibre des prestations prévues au contrat¹³. Ce dispositif nouveau confié au juge sera-t-il utilisé? Nous ne le croyons pas. En effet, si les parties s'entendent sur des nouvelles conditions de négociations, le juge demeurera étranger au litige. Il en sera de même si les parties ne s'entendent pas, les cas où leur désaccord se transformera en accord pour confier au juge la mission de déterminer à leur place les nouvelles conditions économiques seront exceptionnels. Les parties préféreront certainement confier l'évolution de leur différend à un expert qui, le cas échéant, pourra déterminer, en éclairant le juge, les nouvelles conditions économiques du contrat ainsi prolongé.

Certes, au final, l'une des parties pourra toujours demander au juge de mettre fin au contrat. Mais s'agit-il d'une reconnaissance de l'imprévision par le juge? Certainement pas, le juge statuera, le plus souvent, sur la résiliation d'un contrat à la suite de la défaillance d'une des parties, défaillance justifiée par des circonstances imprévisibles. En définitive, le juge se situera dans le cadre déjà connu et non discuté de l'exception d'inexécution reconnue par ailleurs par l'ordonnance. Et dans ce cadre, la liberté confiée au juge ne fait pas débat.

S'agissant du droit financier, on rappellera que les conventions cadre sur instruments financiers, notamment celles de l'ISDA et de la FBF, comportent un dispositif voisin prenant en considération les évolutions économiques ou réglementaires imprévues qui restreindront la mise en œuvre du dispositif issu de l'ordonnance.

On observera enfin que l'article 1223 du nouveau Code civil, n'a pas confié au juge la nouvelle possibilité offerte au créancier en cas d'inexécution du contrat de procéder à la réduction du prix. En effet, cet article édicte que « le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais ». En cas de contestation dans l'exécution du contrat, il était d'usage que la partie s'estimant lésée saisisse le juge pour le voir statuer sur le litige et lui octroyer des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi sur le fondement de l'article 1147 de l'actuel Code civil. Grâce à ce nouvel article du Code civil, le créancier aura la possibilité de solliciter la réduction du prix s'il accepte une exécution imparfaite du contrat. Cet article ne mentionne pas les modalités de cette réduction de prix si ce n'est qu'elle doit être proportionnelle. En conséquence, il appartiendra au juge de se prononcer non plus sur l'allocation de dommages et intérêts mais sur les éléments qui ont amené les créanciers à procéder à cette réduction de prix et à déterminer son calcul. Les professionnels qui appliqueront cette disposition devront veiller à expliciter les critères qui justifieront cette réduction pour éviter toute intervention du juge qui pourrait d'ailleurs s'adjoindre les compétences d'un expert.

Au final, cette réforme ne bouleverse pas de manière conséquente l'activité financière et bancaire déjà soumise à des règles spécifiques.

Au-delà d'une mesure au contenu emblématique comme la suppression de la notion de cause du contrat, elle consacre au sein du Code civil des notions développées en jurisprudence ou au sein de codes spécifiques. C'est là que se situe la question que doivent se poser les professionnels. En conférant un caractère général à certaines dispositions spécifiques, comme par exemple les clauses conférant un déséquilibre significatif, ne va-t-elle pas étendre le champ d'application de ces dispositifs spécifiques? Plus généralement, cette ordonnance renforce le pouvoir du juge civil confirmant ainsi une évolution en faveur d'une régulation civile couvrant tous les domaines du droit. Face à ce constat et aux inquiétudes qui se font jour, deux réponses seront apportées. La première est entre les mains des professionnels qui devront veiller au contenu de leurs contrats en y apportant les précisions nécessaires pour répondre et anticiper ce risque. Le deuxième ressort de la sagesse des juges. Cette réforme n'accroît pas les pouvoirs des juges; ils sont déjà les arbitres des conflits et savent que le symbole de la justice, la balance, doit les conduire à une appréciation équilibrée des textes et des situations qui leur sont soumis. Il n'en demeure pas moins que cette réforme multipliera certainement les contentieux au cours des prochaines années car les parties chercheront vraisemblablement à tester le champ d'application de ces nouveaux dispositifs. L'objectif recherché d'une plus grande prévisibilité juridique en sera pour un temps altéré, prix à payer pour une adaptation lisible de notre droit. ■

13. Ph. Fouchard, « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », *Rev. arb.* 1979. 67; R. Fabre, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTC*, 1983. 1.; M. Fontaine, « Les dispositions relatives au *hardship* et à la force » in Bonelli / Bonelli (eds), *Contratti Commerciali Internazionali e Principi*, UNIDROIT, Milan : Giuffrè (1997), pp. 183-191. B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *Journal de droit international*, 1974, p. 794 et s.