HAL
open science

Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations

Clément Cousin, Hélène Guiziou, Benjamin Moron-Puech, Marie Leveneur-Azémar, Anne Stévignon

To cite this version:

Clément Cousin, Hélène Guiziou, Benjamin Moron-Puech, Marie Leveneur-Azémar, Anne Stévignon. Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations. Recueil Dalloz, 2015. halshs-01457355

HAL Id: halshs-01457355

https://shs.hal.science/halshs-01457355

Submitted on 6 Feb 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations [1]

par Clément Cousin, *ATER à l'Université Panthéon-Assas, Membre de l'Institut de l'Ouest: Droit Europe (IODE), UMR CNRS Rennes 1 n° 6262*
Hélène Guiziou, *ATER à l'Université Panthéon-Assas*
Marie Leveneur-Azémar, *Doctorante à l'Université Panthéon-Assas*
Benjamin Moron-Puech, *ATER à l'Université Panthéon-Assas*
et Anne Stévignon, *Doctorante contractuelle à l'Université Panthéon-Assas*

L'essentiel > À l'heure où les débats s'intensifient sur le projet de réforme du droit des obligations, il peut être utile d'interroger des juristes étrangers pour recueillir leurs commentaires sur les points les plus discutés de la réforme, à savoir la suppression de la cause et l'accroissement des pouvoirs du juge. Ces opinions peuvent nous permettre de relativiser en partie l'idée selon laquelle la cause serait un obstacle au rayonnement du droit français. Ensuite, ils peuvent nous instruire sur les notions et concepts qui pourraient remplacer la cause et s'approprier les fonctions que celle-ci joue actuellement en droit français. Enfin, ils peuvent nous permettre d'anticiper les conséquences qu'induirait l'attribution au juge de nouveaux pouvoirs, tant dans l'hypothèse de l'interventionnisme justifié par le changement de circonstances, que dans l'hypothèse du contrôle des clauses abusives.

Introduction

Dans le cadre des débats entourant la réforme en cours du droit des obligations, des arguments tirés du droit comparé sont souvent mobilisés pour soutenir ou s'opposer à la réforme, en particulier sur deux questions : la cause du contrat et la place du juge dans le contrat.

Désireux d'en savoir plus sur la pertinence de ces arguments, cinq jeunes chercheurs de l'Université Panthéon-Assas, encadrés par le professeur Bénédicte Fauvarque-Cosson, ont organisé un atelier pour recueillir l'avis de juristes étrangers sur ce projet.

Les quelques lignes qui suivent sont le résultat de cet atelier, qui s'est tenu le 23 janvier dernier, à Leiden, aux Pays-Bas, lors d'un congrès international sur les interactions entre les systèmes juridiques [2].

Il n'était pas souhaitable d'aborder toutes les facettes de ce qui est devenu le projet d'ordonnance. Le choix s'est donc porté sur deux des éléments les plus controversés, gageant qu'une analyse comparatiste les éclairerait. C'est donc naturellement sur le sujet de la cause (I), puis de la place du juge dans le contrat (II), que les débats avec nos collègues étrangers se sont concentrés.

I - La disparition de la cause : un vrai problème ?

Dans la mesure où la notion de cause, « carte d'identité » du droit français, occupe de nombreuses fonctions, il n'était pas possible lors de cet atelier de droit comparé d'étudier comment chacune des fonctions de la cause était appréhendée par l'avant-projet. La réflexion a donc été limitée à deux fonctions de la cause : la fonction de contrôle de la licéité des buts poursuivis et la fonction de contrôle de l'existence d'une contrepartie.

Nous allons voir que le projet de réforme maintient ces deux fonctions, mais qu'il ne les rattache plus à la notion « fourre-tout » [3] de cause. Cela semble s'expliquer par deux raisons, qui figurent toutes deux dans l'article de loi habilitant le gouvernement à réformer le droit français par voie d'ordonnance [4]. La première serait de rendre le droit français plus accessible, tant aux citoyens français qu'aux étrangers. La seconde raison serait de renforcer la sécurité juridique, en ôtant au juge un instrument qui a pu apparaître comme source d'insécurité. Examinons tour à tour si ces objectifs sont atteints lorsque l'on

(1) Les auteurs remercient chaleureusement B. Fauvarque-Cosson, ainsi que tous les membres de l'École de droit de l'Université de Leiden qui ont permis à cette chronique de voir le jour. (2) *Interactions between legal system conference : « Room for reflection »*, 21-23 janv. 2015, www.research.leiden.edu. (3) Trad. de l'expression « *container concept* », employée par A. G. Castermans pour désigner la cause. (4) Art. 3 L. n° 2015-177, 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

scrute les deux principales fonctions de la cause : le contrôle de licéité (A) et le contrôle de l'existence de la cause (B).

A - De l'illicéité de la cause à l'ordre public

1 - Les solutions actuelles et celles du projet

Le deuxième volet jurisprudentiel de l'exposition *Our Body, à corps ouvert* [5] témoigne de ce que la fonction de contrôle de licéité des motifs, exprimée par l'article 1131 actuel du code civil, demeure utilisée par les juridictions. Dans cette affaire, la Cour de cassation a retenu l'illicéité de la cause du contrat d'assurance assurant cette exposition. Cela a conduit la Cour à approuver une décision d'un juge des référés qui avait refusé d'indemniser les pertes subies par la société organisatrice de l'exposition.

Cette décision confirme non seulement l'actualité de la notion de cause, mais aussi sa vigueur. Annuler le contrat d'assurance, alors même que seul l'intérêt assuré - et non le contrat d'assurance à proprement parler - est contraire à l'ordre public, montre l'audace de la Cour de cassation.

Le projet de réforme rédigé par la Chancellerie, bien qu'il fasse table rase de la notion de cause, reprend cette fonction de la cause, puisque l'article 1161 du projet dispose : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, *ni par son but*, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties [6] ».

À la lecture de cette disposition, deux observations peuvent être faites. D'une part, la référence aux bonnes mœurs disparaît, laissant l'ordre public pour seule référence. La largeur de la notion d'ordre public permet toutefois de ne pas craindre que le contrôle opéré par le juge s'en trouve moins rigoureux. D'autre part, le régime dégagé par la jurisprudence sur la licéité de la cause n'est qu'imparfaitement repris. Si l'on retrouve la règle suivant laquelle il n'est pas exigé que l'illicéité du but ait été connue de toutes les parties, n'est en revanche pas reprise la règle suivant laquelle la cause illicite doit avoir été un motif déterminant, ce qui pourrait laisser croire qu'elle a été abandonnée, conformément aux souhaits d'une partie de la doctrine [7].

2 - Les perspectives comparatistes

L'exposition *Our Body* ayant eu lieu dans nombre de pays européens, la question de son autorisation s'est également posée aux droits étrangers. Il est intéressant de constater, par exemple, qu'elle fut autorisée aux Pays-Bas, tandis qu'elle fut déprogrammée [8] en Belgique et interdite en Italie.

Plus instructive encore, est la discussion sur les moyens juridiques employés à l'étranger, pour trancher la question de savoir si le contrat d'assurance de l'exposition pouvait ou non être annulé.

Tout d'abord, en droit néerlandais, bien que la cause ait été supprimée en 1992, il existe toujours un contrôle de conformité du contrat à l'ordre public [9]. Pour procéder à un tel contrôle, la Cour suprême néerlandaise insiste notamment sur le but du contrat et sur les motivations des parties. Plus encore, elle invite les juges à s'interroger sur le point de savoir si les parties avaient connaissance de ce que le contrat violait l'ordre public. Dès lors, dans l'affaire *Our Body*, le juge néerlandais aurait pu, même en l'absence de la notion de cause, envisager avec sévérité le contrôle de conformité du contrat à l'ordre public. En effet, en l'espèce, l'assureur avait connaissance de la nature de l'exposition, de sorte qu'il aurait pu en déduire que son contrat méconnaissait potentiellement l'ordre public. Quand bien même une contrariété à l'ordre public aurait été retenue, le juge néerlandais n'aurait pas forcément prononcé la nullité du contrat. En effet, depuis quelques années, les juges néerlandais se montrent réticents à l'égard de la nullité : ils préfèrent plutôt mettre un terme au contrat, sans rétroactivité. Il n'est pas impossible que la suppression de la cause ait eu une influence dans cette évolution.

En droit belge, où la cause existe toujours, si des juges avaient été saisis de la question de la validité du contrat d'assurance, ils auraient peut-être hésité à annuler le contrat d'assurance. En effet, par le passé, la Cour de cassation belge a censuré un arrêt de cour d'appel qui avait annulé un contrat d'assurance d'une maison construite sans permis [10]. Pour cette Cour de cassation, le contrat était licite dès lors qu'il ne créait ni ne maintenait une situation illégale. Il semble néanmoins que cet arrêt soit justifié par le fait que le contrat d'assurance de la maison était postérieur à l'acte illicite, à savoir la construction de la maison. Or tel ne serait pas le cas dans l'hypothèse de l'exposition *Our Body*, où le contrat d'assurance est bien antérieur et concourt même à la réalisation du fait illicite : l'exposition. Le droit belge permet donc de révéler une condition supplémentaire de la cause illicite, à savoir l'exigence que le contrat affecté d'une cause illicite soit antérieur à l'événement illicite lui-même. Il y a là une utile précision, qui gagnerait sans doute à être mentionnée dans le projet ou à tout le moins dans ses futurs commentaires.

Conclusion sur l'illicéité de la cause. Les enseignements du droit néerlandais quant au contrôle de la conformité du contrat à l'ordre public offrent une perspective encourageante à l'article 1161. Le projet semble proposer un outil approprié remplaçant le contrôle de licéité de la cause.

(5) Civ. 1re, 29 oct. 2014, n° 13-19.729, D. 2015. 242, note A.-S. Epstein, 246, note D. Mainguy, et 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; RTD civ. 2015. 102, obs. J. Hauser, et 121, obs. H. Barbier. (6) Nous soulignons. (7) J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Sérinet, La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause - Les nullités, 4e éd., LGDJ-Lextenso, Paris, 2013. (8) L'exposition de corps humains « *The human body* » annulée à Bruxelles, www.lesoir.be. (9) Art. 3:40, 1°, BW. (10) Cass. Belgique, 8 avr. 1999, n° C980042F, disponible sur http://jure.juridat.just.fgov.be.

Au regard des différents exemples européens, trois évolutions pourraient naître de cette nouvelle formulation.

Tout d'abord, un contrôle plus large pourrait être opéré par le juge. La modernité et la largeur de la notion d'ordre public permettraient *a priori* de ne pas restreindre l'étendue du contrôle, surtout si l'exigence du caractère déterminant de l'illicéité était effectivement abandonnée. Malgré la suppression de toute référence aux bonnes mœurs, il demeurera possible au juge de contrôler la conformité d'un contrat à l'ensemble des dispositions impératives.

Ensuite, une jurisprudence nouvelle pourrait naître, l'article 1161 donnant au juge un outil suffisamment malléable pour permettre d'envisager de nouvelles situations, de résoudre de nouvelles interrogations qui ne peuvent aujourd'hui être envisagées. La disposition, ainsi rédigée et mise en œuvre par le juge, permettrait une adaptation de la loi aux évolutions sociales, dans l'esprit de la codification voulue par Portalis.

Enfin, si le juge venait à envisager avec prudence la sanction de la nullité, de nouvelles issues pourraient être trouvées, le cas échéant, pour un contrat qui ne serait pas conforme à l'ordre public.

Après avoir présenté cette première fonction de la cause au travers de l'affaire *Our Body*, c'est l'inénarrable affaire *Chronopost* qui peut être utilisée pour présenter une autre fonction de la cause, à savoir le contrôle de l'existence d'une contrepartie.

B - De l'absence de cause à la bonne foi ?

1 - Les solutions actuelles et celles du projet

À partir de l'affaire *Chronopost* [11], la Cour de cassation est venue dégager - peut-être un peu maladroitement dans un premier temps [12] - la règle selon laquelle la clause qui contredit l'obligation essentielle du contrat doit être réputée non écrite.

S'inscrivant dans une optique de codification à droit constant, le projet d'ordonnance reprend cette règle destinée à lutter contre des situations jugées particulièrement injustes. L'article 1168 nouveau du code civil serait ainsi formulé : « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». À la lecture de ce texte, on observe que cette règle se trouve déconnectée du fondement qui avait permis son éclosion dans l'affaire *Chronopost* : la cause. Est-ce un problème ? Pas forcément pour qui observe les droits étrangers.

2 - Les perspectives comparatistes

D'abord, les droits étrangers nous rappellent que permettre au juge d'écarter une clause privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur n'est pas une conséquence naturelle de la cause. Ainsi, en droit italien, la cause n'a pas été utilisée pour générer une telle obligation. Le législateur s'est contenté d'introduire, dans le code de la consommation, une disposition réputant abusive la clause ayant pour effet « d'exclure ou limiter les actions [en justice] ou les droits des consommateurs envers le professionnel ou une autre partie [du rapport contractuel], dans le cas d'inexécution totale ou partielle ou d'exécution inexacte de la part du professionnel [13] ».

Ensuite, en droit néerlandais, où la notion de cause a disparu, il existe une règle proche de celle dégagée dans l'arrêt *Chronopost*. En effet, l'article 6:248-2 du code civil néerlandais dispose : « *a rule* (…) *is not applicable insofar this*, *given the circumstances*, *would be unacceptable to standards of reasonableness and fairness* [14] ». Cette phrase n'est guère aisée à traduire à cause de l'expression « *standards of resonablesness and fairness* ». Les mots composant cette expression sont-ils des synonymes de la bonne foi ou bien ont-ils une consistance propre ? Être raisonnable et honnête - ou juste - c'est agir en homme prudent et franc, or il semble que ce soit là la même substance que la bonne foi. Considérés sous cet angle, les deux standards du raisonnable et de l'honnêteté formeraient une version détaillée et précisée de la bonne foi, ils en seraient deux des composantes. Dès lors, nous serions autorisés à traduire cette disposition comme suit : « Une clause est réputée non écrite si, compte tenu des circonstances, son application ne serait pas acceptable au regard du standard de bonne foi ». Dans ces conditions, l'on peut conclure qu'il semble possible d'obtenir aux Pays-Bas le même effet que celui atteint avec la jurisprudence *Chronopost*, non pas sur le fondement de la cause, mais sur celui de la bonne foi.

Tel est également le cas du droit chinois, dans lequel la notion de cause n'existe pas, mais qui utilise pourtant la bonne foi pour parvenir à un effet équivalent à celui de la jurisprudence *Chronopost*. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 54 du code de droit des contrats de la République populaire de Chine dispose : « les parties au contrat ont la possibilité de demander au Tribunal ou à une cour d'arbitrage de modifier ou d'annuler les contrats suivants (…) 2° tout contrat dont la mise en œuvre manque évidemment de bonne foi [15] ». Dès lors, l'article 114 du même code autorise le juge à limiter l'indemnisation lorsque celle-ci, comparée au dommage réel, est disproportionnée.

(11) V., entre autres, Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, D. 1997. 121, note A. Sériaux, 145, chron. C. Larroumet, et 175, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 1997. 418, obs. J. Mestre, et 1998. 213, obs. N. Molfessis ; RTD com. 1997. 319, obs. B. Bouloc. Cet arrêt a été l'origine de notre réflexion lors du colloque. (12) La règle ne se trouvait intégralement énoncée que dans la mineure du syllogisme et non dans la majeure servant d'attendu de principe. (13) Nous remercions pour sa trad. I. Alogna, doctorant à l'Université de Milan et à l'Université Panthéon-Assas (Paris II). (14) La trad. anglaise est issue du site www.dutchcivillaw.com. Le texte néerlandais est le suivant : « *Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn* ». On retrouve la raison (*redelijkheid*) et l'équité ou l'honnêteté (*billijkheid*). (15) Nous remercions J. Zhang, doctorant à l'Universiteit Leiden, pour sa trad. anglaise de cet article.

Conclusion sur l'absence de cause. Le projet actuel choisit de codifier à droit constant la solution de la jurisprudence *Chronopost* [16]. Dès lors, la théorie qui expliquera le futur article 1168 du code civil sera évidemment la cause. Elle n'aura donc pas complètement disparu, puisqu'elle demeurera l'explication historique d'un article du futur code civil. Cela est d'autant plus vrai que le projet a codifié la plupart des autres règles actuellement rattachées à la cause [17].

Se pose alors la question de savoir si cette disposition répond aux objectifs que le gouvernement s'était fixés en supprimant la cause. La suppression de la cause permet-elle le renforcement de l'attractivité du droit français [18] ? Il est possible de penser que oui, surtout pour les pays n'ayant jamais connu la cause. Cette suppression renforce-t-elle la sécurité juridique ? Cela n'est pas certain, eu égard aux droits étrangers. Ceux-ci accréditent, en effet, la thèse selon laquelle rien n'empêcherait le juge français d'utiliser désormais la notion élastique de bonne foi comme substitut de la cause. Une notion élastique en cacherait-elle une autre ?

Conclusion générale sur la cause

La suppression de la cause semble poursuivre deux objectifs : rendre le droit français plus compréhensible à l'étranger et limiter les pouvoirs du juge. Sur le premier point, le projet va rendre effectivement notre droit plus clair à l'étranger, ou du moins dans certains pays étrangers. En effet, certains droits étrangers utilisent toujours la cause, soit dans leur droit positif (Italie, Belgique), soit dans leur doctrine pour expliquer le droit positif des contrats (Pays-Bas). Pour ces pays, l'abandon de la cause sera, au mieux, un non-événement et, au pire, une rupture culturelle qui rendra notre droit moins compréhensible pour eux. Pour les autres pays, il s'agira d'une sorte d'alignement par un gommage de la spécificité qu'était la théorie causaliste. L'idée selon laquelle la suppression de la cause apporterait la clarté est donc à relativiser.

Quant à l'autre but de la réforme, qu'est le meilleur contrôle de l'usage par le juge de notions floues, si la suppression de la cause vient effectivement restreindre le contenu de la boîte à outils interventionniste dont disposent les magistrats, il ne faut pas oublier qu'existent d'autres outils, en particulier la bonne foi. Dès lors, l'on pourrait imaginer que cette restriction des outils soit compensée par une utilisation accrue de la bonne foi.

Dans ces conditions, *il faut conclure, à la lumière des droits étrangers, que la suppression de la cause ne satisfait qu'imparfaitement les deux objectifs qui motivaient sa suppression*.

Après avoir présenté les utiles éclaircissements des droits étrangers sur l'abandon de la notion de cause, examinons à présent par leur prisme la question des pouvoirs du juge sur le contrat.

II - Le juge, troisième partie au contrat ?

Réforme purement technique selon certains, réforme politique pour d'autres ; s'il est une chose certaine, c'est que le projet d'ordonnance n'est pas neutre quant à la place laissée au juge dans le contrat. Le juge deviendrait-il, du fait de la généralisation du contrôle des clauses abusives (A) et de l'admission de la révision du contrat pour changement de circonstances (B), une troisième partie au contrat ?

A - Le juge, empereur des clauses abusives ?

1 - Les solutions actuelles et celles du projet

Le droit positif français comporte deux dispositifs de lutte contre les clauses abusives. D'une part, le code de la consommation, qui interdit la stipulation de telles clauses dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ; d'autre part, le droit de la concurrence, qui prévoit qu'est engagée la responsabilité du professionnel, qui tenterait de soumettre son cocontractant à une clause causant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations du contrat.

La réforme propose d'ajouter un article 1169 qui permettrait au juge de supprimer les clauses abusives contenues dans tous les contrats, même entre professionnels, même négociés.

2 - Les perspectives comparatistes

Les droits des pays voisins ont tous, depuis la directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993, une protection du consommateur contre les clauses abusives. En outre, certains pays ont étendu la protection à tous les contrats d'adhésion, sans égard à la nature des contractants [19]. Enfin, certains pays du nord de l'Europe vont même jusqu'à prévoir la suppression des clauses qui seraient injustes dans tous les types de contrats [20]. Au regard de ces différents systèmes étrangers, que penser de notre réforme, tant d'un point de vue théorique que pratique ?

Approche théorique. Sur un terrain théorique, les juristes néerlandais présents, lors de l'atelier, ont indiqué qu'il était sans doute discutable d'étendre la protection de la partie faible à tous les contrats, en particulier les contrats négociés entre professionnels, quand bien même cette disposition aurait le but louable d'assurer une meilleure justice contractuelle. En

(16) Cela est l'une des techniques affichées par le projet : Réforme du droit des contrats. Lancement solennel de la consultation publique, www.justice.gouv.fr. (17) Nous notons la confirmation de l'abandon de la solution de l'arrêt *Point Club vidéo* (Civ. 1re, 3 juill. 1996, n° 94-14.800, D. 1997. 500, note P. Reigné ; RTD civ. 1996. 901, obs. J. Mestre ; RTD com. 1997. 308, obs. B. Bouloc). Par ailleurs, pour des abandons plus discrets de fonctions de la cause, V. R. Boffa, Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats, D. 2015. 335, nos 12 s. (18) Réformer le droit des contrats. Présentation en conseil des ministres le 25 février 2015. Lancement d'une grande consultation, www.justice.gouv.fr, p. 3. (19) Par ex., au Pays-Bas : art. 6:233 BW ; en Allemagne : sect. 308 BGB. (20) Art. 36 des *Contract Act* danois et finnois.

effet, les clauses abusives ne sont pas si injustes dans les relations entre professionnels car, la plupart du temps, un même professionnel sera tour à tour victime, puis bénéficiaire d'une clause prétendument abusive. Ne faut-il pas, dès lors, laisser les professionnels négocier et conclure des contrats sans s'inquiéter d'une intervention judiciaire ultérieure ? Si le droit privé laisse ses citoyens autonomes conclure librement des conventions, il ne peut pas ensuite permettre au juge de s'immiscer dans le contrat, au risque sinon de porter une véritable atteinte à la sécurité juridique.

Approche pratique. Sur le terrain pratique, a tout d'abord surgi, au cours des débats, la question du risque d'arbitraire du juge. En effet, l'expression « déséquilibre significatif », qui est empruntée au droit de la consommation, est une notion vague et non définie, dont l'interprétation peut varier d'un juge à l'autre.

Néanmoins, les expériences étrangères permettent de nuancer le propos. Par exemple, les juges chinois ont une appréciation très stricte du caractère abusif de la clause, et prennent en compte le contexte dans lequel a été conclue la convention (qualité de professionnel, connaissances juridiques). L'outil offert au juge est donc utilisé avec parcimonie.

Dans le projet d'ordonnance, la reprise du qualificatif « significatif », laisse à penser que le rôle du juge sera limité à des contrats extrêmement déséquilibrés. Le juge se tiendra-t-il dans ce rôle restrictif qu'on semble lui fixer ? Une réponse affirmative pourrait être donnée à partir du droit de la concurrence, où les magistrats semblent faire preuve d'une « auto-restriction » lors du contrôle des clauses. À l'inverse, la jurisprudence consumériste française du début des années 1990 plaiderait pour une réponse négative. En effet, les magistrats de cette époque ont fait preuve d'une véritable audace afin d'invalider des clauses abusives dans des contrats de consommation, en dehors du champ d'action prévu par la loi. Dans ces conditions, il est très difficile de prédire l'attitude qu'adopteront les tribunaux français à l'égard de cette nouvelle disposition.

Ensuite, autre problématique d'ordre pratique, s'est posée la question de savoir si cet important changement du droit français ne risquait pas de nuire à l'attractivité de notre droit sur la scène internationale.

L'exemple du droit allemand nous donne un élément de réponse. Le *Bügerliches Gesetzbuch* (BGB) permet la suppression des clauses abusives dans les contrats d'adhésion conclus entre professionnels. Or il semblerait que désormais, compte tenu de cette disposition, les grandes entreprises allemandes optent très souvent pour la loi suisse afin d'éviter de tomber sous le coup de cette disposition.

On peut dès lors se demander si la réforme ne pourrait pas engendrer une semblable réaction des grandes entreprises françaises qui, pour échapper à cette législation, choisiraient une loi étrangère. Le gouvernement français est-il prêt à risquer une telle perte d'influence et à voir notre droit décliner à l'international ?

Conclusion sur les clauses abusives. Les échanges avec les différents juristes étrangers nous montrent que les juges ont tendance à évaluer le caractère abusif des clauses de manière plutôt restrictive, en tenant compte de la situation des parties, et notamment de leur degré de connaissances juridiques. Dès lors, l'insertion d'un outil de lutte contre les clauses abusives ne paraît pas si dangereuse. Cependant, nous ne pouvons pas savoir si la jurisprudence française adoptera la même attitude.

En outre, si cette disposition est strictement interprétée et donc peu appliquée, on peut se demander si son adoption est vraiment bienvenue. En effet, une telle « disposition-épouvantail » pourrait à elle seule conduire au rejet de la loi française comme loi applicable aux contrats internationaux. Un tel résultat serait contreproductif, compte tenu de l'un des objectifs de la réforme : le rayonnement du droit français au-delà de nos frontières.

B - L'admission de l'imprévision ?

1 - Les solutions actuelles et celles du projet

Des circonstances imprévues lors de la conclusion du contrat peuvent en affecter l'exécution et bouleverser l'équilibre contractuel. Depuis le célèbre arrêt *Canal de Craponne* de 1876 [21], la Cour de cassation a toujours refusé d'admettre la révision pour imprévision par le juge, lorsque les parties n'ont pas prévu de clause d'adaptation du contrat, même si certains assouplissements ont été ponctuellement relevés par la doctrine [22]. Quant au législateur, il a toujours reculé devant la réforme. Si de nombreux auteurs se sont prononcés en faveur d'une telle réforme, les praticiens s'opposent généralement à l'intervention du juge dans le contrat en cas de changement de circonstances.

Le projet d'ordonnance propose d'introduire un nouvel article 1196 qui permettrait aux parties à un contrat, en cas de changement de circonstances, et, si leur renégociation préalable a échoué, de saisir d'un commun accord le juge afin qu'il procède à l'adaptation du contrat. Ainsi, cet article permettrait

(21) Civ. 6 mars 1876, GAJC, 12e éd., 2008, p. 183. (22) V. les arrêts abondamment commentés : Com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, Bull. civ. IV, n° 338 ; D. 1995. 85, obs. D. Ferrier ; RTD civ. 1993. 124, obs. J. Mestre ; 24 nov. 1998, n° 96-18.357, Bull. civ. IV, n° 277 ; D. 1999. 9 ; RTD civ. 1999. 98, obs. J. Mestre, et 646, obs. P.-Y. Gautier ; 29 juin 2010, n° 09-11.841, Bull. civ. IV, n° 115 ; D. 2010. 1707, obs. X. Delpech, 1832, note D. Mazeaud, 1697, édito. F. Rome, 2011. 35, obs. O. Gout, et 472, obs. B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2010. 555, obs. B. Fages ; Nancy, 2e ch. com., 26 sept. 2007, n° 06/02221, D. 2008. 1120, note M. Boutonnet, et 2965, obs. S. Amrani-Mekki ; RTD civ. 2008. 295, obs. B. Fages, et 2010. 719, Variété B. Deffains et S. Ferey.

certes au juge de modifier l'équilibre contractuel au stade de l'exécution du contrat, mais de manière tout à fait subsidiaire : il ne sera saisi que si l'une des parties refuse de renégocier le contrat ou si elles échouent à s'accorder. En outre, les pouvoirs du juge seraient limités : à moins que les parties ne l'autorisent à adapter certaines clauses du contrat, il ne pourrait que mettre fin à celui-ci.

Il est notable de constater que l'article 104 du projet de loi n'envisage que le changement de circonstances ayant un impact négatif sur le contrat, ce qui laisse ouverte la question d'un changement de circonstances positif, lequel recouvre la situation où une partie bénéficie d'un profit exceptionnel, imprévu au moment de la conclusion du contrat.

2 - Les perspectives comparatistes

Une articulation entre imprévision et force majeure à envisager. Bien que l'imprévision et la force majeure soient traditionnellement bien distinctes en droit français, puisque les tribunaux considèrent que la théorie de la force majeure ne joue pas pour les obligations pécuniaires, la distinction entre les situations d'imprévision et de force majeure semble résulter plus d'une différence de degré que d'une différence de nature [23].

Le droit belge en atteste puisque celui-ci a résolu la difficulté posée par l'imprévision à l'aide de la force majeure. Si, d'un système à l'autre, ce type de problème est résolu tantôt à l'aide de la force majeure, tantôt à l'aide de la révision pour imprévision, c'est bien que la frontière entre ces deux théories est mouvante.

Il aurait donc été souhaitable que le projet clarifie l'articulation entre la révision pour imprévision et la force majeure.

Un champ d'application réduit. Le nouvel article 1196 n'aurait vocation à s'appliquer que si les parties n'avaient pas contractuellement envisagé la survenance d'un changement de circonstances au cours de l'exécution du contrat, ce qui n'est pas une hypothèse si fréquente, du moins dans les contrats d'une certaine ampleur, à en croire certains auteurs [24]. Dès lors, le champ d'application de la nouvelle disposition serait nécessairement réduit.

Il le serait encore davantage si, comme aux Pays-Bas, le silence des parties à ce sujet était interprété par le juge comme étant révélateur de l'intention d'exclure la révision pour imprévision dans le contrat. Mais un tel silence ne serait sans doute pas interprété ainsi par les magistrats français.

Le rôle restreint du juge. Comme cela a été évoqué plus haut, si le projet était adopté, le juge ne pourrait en aucun cas adapter le contrat si les parties ne le souhaitent pas. L'article 1196 différerait alors fondamentalement de la disposition générale du droit néerlandais (art. 6:258 BW [25]) qui permet au juge, saisi par une partie, de modifier ou de mettre fin au contrat en cas de changement de circonstances. Il convient cependant de relativiser cette différence entre les droits français et néerlandais. Il ressort de nos débats que les magistrats néerlandais n'appliquent que très rarement cette disposition générale [26]. Les pouvoirs prétendument donnés au juge français sont donc, en réalité, singulièrement restreints dans l'hypothèse d'un changement de circonstances affectant le contrat, et ce, d'autant plus qu'il est peu probable que les parties, qui ont échoué dans la renégociation amiable de leur contrat, s'accordent à donner tout pouvoir au juge pour l'adapter. Néanmoins, c'est peut-être la crainte de voir le juge mettre fin au contrat qui conduira à un tel accord dans des hypothèses où les parties désirent réellement la poursuite des relations contractuelles, comme cela peut être le cas dans des contrats ayant pour objet d'assurer des approvisionnements en matières premières. En tout état de cause, les inquiétudes de voir le juge devenir la troisième partie du contrat paraissent tout à fait infondées.

Conclusion sur le changement de circonstances. Malgré l'effet d'annonce, le projet d'ordonnance innove donc peu ou pas du tout en matière de révision pour imprévision, puisque les parties peuvent déjà, par avenant, modifier leur contrat. Le rôle du juge est, en réalité, très subsidiaire, il sert davantage d'épouvantail pour inciter les parties à renégocier leur contrat en amont de toute procédure judiciaire. D'ailleurs, quand bien même la disposition aurait accordé un rôle plus important au juge, dans une hypothèse de changement de circonstances en cours d'exécution contractuelle, l'exemple du droit néerlandais invite à relativiser les craintes de voir le juge abuser de ses pouvoirs sur le contrat.

Conclusion générale sur les nouveaux pouvoirs du juge

Un regard général sur le projet de réforme révèle qu'avec celle-ci, le juge va gagner davantage de pouvoir en droit des contrats, même s'il est probable, à l'exception peut-être des

(23) Civ. 4 août 1915, DP 1916. I. 22 ; S. 1916. I. 17 ; L. Thibierge, L'imprévu dans le contrat, th. Paris I, préf. L. Aynès, Economica, 2011, n° 901, p. 506 : l'irrésistibilité trace en principe la « ligne de démarcation » entre force majeure et imprévision. (24) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 10e éd., 2009, nos 471 et 472, p. 488 s. (25) Cet article a pu être ainsi traduit : « Le juge peut, à la demande de l'une des parties, modifier les effets du contrat ou le résilier en tout ou en partie en raison de circonstances imprévues d'une nature telle que, d'après les critères de la raison et de l'équité, l'autre partie ne peut s'attendre au maintien intégral du contrat » (V. J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, Traité de droit civil, Les effets du contrat, 3e éd., LGDJ, 2001, n° 348, p. 414). (26) V. aussi, à propos du droit néerlandais, J. Hijma, *The role of the court and of the parties in adapting a contract to unforeseen circumstances, in Foreseen and unforeseen circumstances*, BWKJ 27, Kluwer, 2012, p. 17-27. Plus généralement, V. B. Fauvarque-Cosson, Le changement de circonstances, RDC 2004. 67 ; J.-L. Mouralis, Rép. civ., 2003, nos 107 s. ; D. Tallon, La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé, Mélanges Sayag, Litec, 1997, p. 403 s.

clauses abusives, qu'il usera modérément de ces nouvelles prérogatives.

*
* *

Dans la première partie de cette chronique, nous avons indiqué que la disparition de la notion de cause pourrait effectivement rendre le droit français plus compréhensible dans tous les pays étrangers qui ne connaissent pas la cause et utilisent d'autres outils tels la bonne foi ou l'ordre public. Nous avons, en revanche, souligné que c'était une illusion que de croire que cette suppression pourrait réduire les pouvoirs conférés au juge.

Les nouveaux pouvoirs que nous avons identifiés dans la seconde partie (suppression des clauses abusives dans *tous* les contrats et faculté d'anéantir des contrats dans certains changements de circonstances) doivent être diversement appréciés. D'un côté, s'agissant du changement de circonstances, les pouvoirs donnés au juge ne semblent guère dangereux, car ils sont actuellement limités et, en outre, les expériences étrangères nous montrent une tendance à un usage modéré de tels pouvoirs. D'un autre côté, s'agissant des clauses abusives, il paraît fort délicat de prédire le comportement des juges. Cette incertitude ne sera dissipée que dans quelques années, avec l'appropriation par la jurisprudence de ces nouveaux textes.

NOUVEAU **Votre revue est maintenant consultable sur l'appli Dalloz pour iPad.**

Désormais :
- Profitez d'un **confort d'utilisation inégalé** grâce à l'alliance du papier et du numérique ;
- Téléchargez un numéro puis consultez-le librement, **même hors connexion** ;
- Votre revue vous accompagne **dans tous vos déplacements**.

Téléchargez sur votre iPad l'application gratuite Dalloz
et connectez-vous à l'aide des identifiants qui vous ont été communiqués
lors de votre abonnement ou de vos réabonnements.

Pour toute question, notre service Relations clientèle se tient à votre disposition au N° Indigo 0 820 800 017 0,12 € TTC/MN