



HAL
open science

Introduction historique. L'art de réformer le droit des contrats en France

Frédéric Charlin

► **To cite this version:**

Frédéric Charlin. Introduction historique. L'art de réformer le droit des contrats en France. Clotilde Jourdain-Fortier, Marc Mignot. Analyse comparée du droit français réformé des contrats et des règles matérielles du commerce international, LexisNexis, 2016, 978-2711026555. hal-01938469

HAL Id: hal-01938469

<https://hal.science/hal-01938469v1>

Submitted on 28 Nov 2018

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.

Introduction historique.

L'art de réformer le droit des contrats en France

Frédéric CHARLIN
Université de Bourgogne

« Qui réforme souvent déforme », dit un proverbe allemand. L'appréciation d'une réforme du Code civil dépend de plusieurs facteurs. Le seul choix du terme prête à discussion : réforme, refonte ou révision ? La perception générale du projet de réforme du droit des contrats initié en 2013 par la Chancellerie est celle d'une révision ponctuelle, voire d'une mise à jour de la matière inspirée de la jurisprudence et du droit comparé¹. Le projet était initialement animé d'une volonté d'adaptation du Code civil à son environnement économique et social, sans remise en cause des grands principes du droit français des contrats. La rapidité souhaitée de la réforme répond d'un choix de méthode pour favoriser la synthèse dans l'innovation, sur la base de nombreux travaux antérieurs. Celle-ci suit un processus bureaucratique, au sens wébérien de forme d'organisation du travail².

Replacée dans le « temps long », depuis la codification de 1804, la dernière réforme du droit des contrats présente de grandes différences avec les précédentes, mais également des convergences sur la manière de penser le contrat. Ce questionnement exige de délimiter les critères pertinents de comparaison, moins par esprit d'érudition que pour comprendre l'esprit des nouveaux articles du Code. La comparaison dans le temps prime la comparaison dans l'espace, même si le contexte international a son importance. Les réformes opérées traversent les systèmes juridiques au regard des pays concernés (Québec, Brésil, Allemagne, Pays-Bas, membres de l'OHADA³), dont la situation contraste avec d'autres, comme la France. Dans une matière où la loi encadre plus qu'elle ne commande (contrairement au droit du travail), l'analyse de la réforme demande plus de recul. Les commentateurs en relativisent parfois l'enjeu, tant il est difficile d'attendre une révolution en la matière. La contractualisation de la société dans toutes ses acceptions⁴, loin de restreindre le rôle principal de la loi, l'accrédite d'autant plus dans cette partie du Code civil qui sert à guider le choix des acteurs économiques. La dernière réforme du droit des contrats peut paraître timorée en raison d'un attentisme plus ou moins assumé, justifié par la nécessité d'assimiler doucement les apports de la jurisprudence et de la pratique juridique. Le droit des contrats est généralement le dernier à être réformé dans notre système juridique.

¹ Nos points de comparaison sont essentiellement le droit français, le droit allemand et le *common law*.

² Cette bureaucratie apparaît comme la plus conforme au modèle de la rationalité légale, dans la mesure où elle s'appuie sur des règles juridiques, favorise la prévisibilité et repose sur un savoir précis.

³ L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) est une expérience d'intégration juridique de la fin du XX^{ème} siècle. Créée par le Traité de Port-Louis de 1993 (révisé le 17 octobre 2008 à Québec), l'OHADA est une organisation internationale de plein exercice qui poursuit une œuvre d'intégration juridique. L'OHADA regroupe 17 États (Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée-Bissau, Guinée, Guinée équatoriale, Mali, Niger, République centrafricaine, République démocratique du Congo, Sénégal, Tchad, Togo). Son objectif est de faciliter les échanges et les investissements et de garantir la sécurité juridique des activités des entreprises. Le droit de l'OHADA sert à propulser le développement économique et créer un vaste marché intégré en Afrique. L'organisation comporte un organe spécialisé : la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA (CCJA), expérience unique de transfert de souveraineté judiciaire dans le monde.

⁴ A. SUPIOT, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale », in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, coll. Droit et Société, n°16, LGDJ, 2007, p. 19-44 ; M. XIFARAS, G. LEWKOWICZ (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, spécial. : J. Rochfeld, « La contractualisation des obligations légales : la figure du « contrat pédagogique » », p. 294-308 ; L. Hennebel, G. Lewkowicz, « La contractualisation des droits de l'homme : de la pratique à la théorie du pluralisme juridique et politique », p. 221-246.

Cette temporisation explique en grande partie le choix d'une réforme par ordonnance, réputée plus directive. La procédure n'empêche pas de consulter tous les acteurs directs ou indirects du droit : parlementaires, praticiens, universitaires, chefs d'entreprise, citoyens... La méthode consultative évacue les inconvénients réels ou supposés de la délibération, comme le très redouté mauvais compromis, incompatible avec la demande accrue de sécurité juridique. En amont, la validation par le Conseil constitutionnel de la loi du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures a reconnu l'« impérieuse nécessité » et l'« urgence » de la réforme. Le 25 février 2015, quelques jours après la publication de cette loi d'habilitation du Gouvernement pour douze mois, la Chancellerie a publié son projet d'ordonnance et ouvert une consultation publique jusqu'au 30 avril 2015. Le projet d'ordonnance reprenait le contenu de l'avant-projet du 23 octobre 2013 du Bureau du droit des obligations de la place Vendôme. Cette mouture émane des juristes de la direction des affaires civiles et du Sceau⁵, essentiellement des magistrats spécialistes du droit des contrats. Pendant la phase de finalisation du texte, des colloques ont été organisés et des études doctrinales publiées afin d'anticiper les incidences pratiques de la réforme. Aucun avis ou source de réflexion ne semble avoir été négligé, alors que l'efficacité souhaitée de la réforme en était le fil conducteur. Le texte final a été remanié sur plusieurs points, aboutissant 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 », signée du nouveau garde des Sceaux Jean-Jacques Urvoas. L'entrée en vigueur des 353 nouveaux articles est fixée au 1^{er} octobre 2016⁶.

Cette ordonnance part d'une analyse experte aspirant à l'efficacité dans un champ d'action large. La « précipitation » de la réforme est à relativiser au regard du temps consacré à recueillir l'ensemble des avis, critiques et propositions. Trois titres du Livre III du Code civil sont remplacés et leurs articles modifiés, parfois avec une certaine parcimonie⁷. Sur le fond, l'innovation porte essentiellement sur la bonne foi, la violence économique, l'abus de droit et l'imprévision. La bonne foi, réputée à tort ou à raison trop vague dans sa définition héritée de l'ancien droit, régit désormais la formation du contrat autant que sa période d'exécution, ce qui n'est pas une révolution mais un prolongement de la conception romano-germanique du contrat. La violence économique acceptée comme vice du consentement est par ailleurs généralisée. La notion d'abus de droit permettra désormais de prévenir les abus de la puissance économique dans la phase de négociation contractuelle. Enfin, l'imprévision est reconnue dans le Code civil pour faciliter la modification ou la résiliation du contrat en cas de « changement de

⁵ La direction élabore les projets de réforme législative et réglementaire en droit privé. Elle exerce la tutelle des professions judiciaires et juridiques soumises au contrôle de la Chancellerie. Le Bureau du droit des obligations est composé de magistrats et dirigé actuellement par un ancien magistrat, Carole Champalaune.

⁶ L'article 9 de l'ordonnance prévoit que les nouvelles dispositions entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2016, ce qui ne signifie pas qu'elles deviendront toutes applicables aux contrats à cette date, des distinctions restant à faire. Tous les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle sont régis par la loi en vigueur au moment de leur conclusion, tant en ce qui concerne leurs conditions de formation que leurs effets passés et futurs. Seuls les contrats conclus après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle sont en principe régis par celle-ci. L'article 9 dispose que « les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance ».

⁷ La réforme remet à plat la numérotation des articles du Code civil. La définition du contrat, modifiée, demeure à l'article 1101. Le principe de la force obligatoire du contrat se retrouve à l'article 1194. L'alinéa 1^{er} du célèbre article 1134 fait un bon en avant jusqu'au titre III (article 1103). Le droit des obligations est désormais composé de trois titres distincts. Le titre I^{er} s'ouvre sur un chapitre intitulé « Dispositions préliminaires » réaffirmant les grands principes (liberté contractuelle, bonne foi dans la formation et l'exécution du contrat) et contenant les principales définitions. Le régime de la responsabilité délictuelle, qui demeure inchangé, est déplacé vers les dispositions relatives au contrat, avant celles relatives aux quasi-contrats et au régime général des obligations. Le nouveau titre III du Livre III du Code civil est intitulé « Des sources des obligations » et est subdivisé en trois sous-titres : « Le contrat », « La responsabilité extra-contractuelle » et « Les autres sources d'obligations ».

circonstances imprévisible »⁸. La réforme voulait que les cocontractants puissent renégocier le contrat avec ou sans le juge, avec une faculté de résiliation judiciaire en dernier recours. Le juge interviendrait alors plus pour homologuer la renégociation du contrat que pour en sanctionner les défauts d'exécution. Le consensualisme invite les parties, en cas de mauvaise exécution du contrat, à discuter au lieu de demander l'annulation et/ou une indemnisation. Ce changement s'inspire de la notion juridique anglo-saxonne de *remedies*, qui vise à améliorer l'exécution du contrat pour mieux le sauvegarder. Un nouveau cas de résiliation unilatérale est consacré, tenant compte des fautes respectives des parties dans la période d'exécution. L'objet et la cause du contrat sont textuellement abandonnés au bénéfice de son « contenu ». La cession de créance est rénovée, tandis que la cession de dette est admise. La réforme organise par ailleurs la cession de contrat. L'offre et l'acceptation, envisagées jusque-là par la jurisprudence, sont enfin reconnues dans le Code civil.

La méthode globalement suivie au cours de la présente réforme s'explique à la fois par une ambition de départ limitée sur le changement apporté au droit des contrats dans le Code civil (I) et par une volonté d'adaptation prudente à l'environnement socio-économique et aux innovations pratiques, qui traduit une certaine résistance du droit continental (II).

I- La modestie de la dernière réforme du droit des contrats

Le Code civil français véhicule un symbole généralement positif, même lorsqu'il a été imposé par Napoléon au-delà de l'Hexagone, avant d'inspirer d'autres nations. Le Code civil est une sculpture que l'on craint d'altérer, et si la statue a changé de physionomie, le socle a tenu bon. Le droit des contrats a ainsi survécu à d'importants changements de société : une nouvelle révolution industrielle, l'intervention croissante de l'État-providence, le développement progressif de l'économie tertiaire dans un monde globalisé. La survivance d'un droit commun des contrats est néanmoins difficile à évaluer, tant elle apparaît au second degré à travers le développement de droits spéciaux – par excroissance du droit civil – offrant plus de protection (droit du travail) ou plus de souplesse (droit commercial). Les réformes antérieures ont été assimilées sans altérer la substance du Code Napoléon.

L'esprit des grandes réformes du Code civil, comme celles de 1904 et de 1945, offre un point de comparaison intéressant. Le rôle du Parlement a suscité une méfiance continue, plus pour des raisons pratiques (volonté d'éviter de longues discussions et de mauvais compromis) que par réflexe idéologique. La révision de 1904 avait été effectuée par une commission extraparlamentaire comptant soixante-et-un membres (dont seize parlementaires). La commission de 1904 était importante par le nombre de ses membres, contrastant avec l'effectif d'un bureau ministériel. Elle était assez peu ouverte à la société civile et très savante dans son fonctionnement, d'où sa collaboration avec la Société d'études législatives, dont le bulletin servait d'organe de diffusion officielle des travaux. La révision de 1904 avait insufflé une importante discussion scientifique voyant s'affronter le courant solidariste (défendant par exemple l'idée d'un divorce comme « remède », non conflictuel) à la vision individualiste libérale. Confier la discussion d'une réforme au Parlement n'implique pas une volonté de révision

⁸ Article 1195, alinéa 1^{er} : « 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. ».

complète. Aussi l'enjeu du choix de la procédure constitutionnelle ne doit-il pas être surestimé : réformer par ordonnance ne traduit pas une absence d'ambition ou un besoin d'expédier le projet. Sous le Consulat, le projet de Code civil répondait d'une volonté politique de refonte, dont la rapidité d'exécution s'imposait tant par la nature du régime politique en place que par la personnalité de son chef, méfiant envers l'esprit de système des assemblées et préférant conjuguer un travail d'observation pratique à son objectif de concilier les acquis de la Révolution avec l'ancien droit⁹. Si la méthode de travail dépend en partie de la procédure choisie, elles tendent à devenir indépendantes l'une de l'autre.

Les pays de droit continental proches du modèle romano-germanique des contrats ont réformé cette partie de leur droit, contrastant avec le « bel endormi » (Denis Mazeaud) qu'était notre Code civil. La nécessité de réformer le droit des contrats, ressentie depuis longtemps, ne s'était exprimée nettement qu'après le bicentenaire du Code civil, notamment dans un discours de Guy Canivet à la Cour de cassation le 7 janvier 2005¹⁰. Les dix années suivantes ont concentré un ensemble de discussions et propositions sur la matière à réformer. Si la réforme actuelle n'apparaît pas suffisamment « pensée », c'est parce qu'elle synthétise en partie des travaux antérieurs. Son appréciation s'inscrit dans le cadre d'un processus global de réflexion sur le droit des contrats, en cours depuis une dizaine d'années. Le droit des contrats est difficile à réformer, tant pour des raisons économiques (conséquences en jeu) que politiques (priorité affichée de réformer d'autres matières comme le droit de la famille). Généralement, l'idée théorique d'une refonte ne séduit que peu de monde, face à la nécessité de rajeunir un vieux texte en raccordant sa lettre aux évolutions de la jurisprudence et de la pratique. Au fond, il s'agit d'une simple rénovation, même si l'expression relève plutôt de l'oxymore, tant le droit des contrats est sensible à toute velléité de réécriture. Mais peut-être est-ce le terme le plus juste pour résumer la teneur de la réforme : une volonté d'assimilation de la jurisprudence en droit des contrats par l'adaptation des parties concernées du Code civil, à la lumière des avis d'universitaires et de praticiens. Il faut s'entendre sur ce que l'on considère par « Code civil », dont l'esprit évolue indépendamment de la lettre. Les différentes lectures du Code ont déjà renouvelé la vision du texte initial, l'évolution de ses interprétations (par la doctrine comme par les praticiens) intégrant elle-même le Code civil qu'on ne prend plus la peine de dater. Ainsi, dès la monarchie de Juillet le Code Napoléon cristallisait dans ses interprétations possibles le jeu de facteurs politiques et idéologiques¹¹. La culture juridique française connaissait une transition au milieu d'un siècle légaliste, visible dans la relecture de certaines notions sous l'angle de la philosophie des Lumières et du droit naturel moderne. Un exemple en est l'universalisation de la personnalité juridique après l'abolition de l'esclavage colonial (1848) puis de la mort civile (1854).

Ce qui hier était vrai de l'influence du juge l'est encore plus aujourd'hui, au regard de la crédibilité acquise par la jurisprudence civile, reconnue comme source indirecte de

⁹ Le 14 août 1800, le Premier consul désigne une commission de quatre éminents juristes, Tronchet, Bigot de Préameneu, Portalis (tous les trois avocats) et Malleville (magistrat) pour rédiger le projet de « Code civil des Français », sous la direction de Cambacérès. Chacun reflète l'esprit du droit en vigueur : Bigot de Préameneu est un fin connaisseur de la coutume de Bretagne, plutôt rurale ; Tronchet, président de la commission, est un spécialiste de la coutume de Paris ; Maleville, secrétaire général, connaît bien la coutume du Nord ; Portalis, originaire d'Aix-en-Provence, est un praticien du droit écrit.

¹⁰ Discours prononcé par Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation, lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le 7 janvier 2005 : « Le défi vient d'abord de l'Europe ; c'est désormais dans le contexte de l'Union que se pose la question de la recodification du droit civil. Depuis plusieurs années, le Parlement et la Commission invoquent la nécessité d'unifier le droit civil et spécialement celui des contrats. Comme on s'en doute, le programme destiné à y conduire provoque, tout spécialement en France, d'intenses discussions. ».

¹¹ J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code civil français*, PUAM, coll. HIIP, 2004, p. 254-311.

droit. Un tel schéma était encore difficile à concevoir lors de la révision du Code civil en 1904, l'autorité du juge suscitant la méfiance des gouvernants et des parlementaires, malgré des apports indiscutables en droit des contrats et en matière de responsabilité civile. La révision de 1904 se heurtait à cette difficulté politique et juridique qu'était le poids du conservatisme et du corporatisme, en plein centenaire du Code Napoléon dans un contexte nationaliste¹². Le climat germanophobe du début du XX^e siècle paraît bien éloigné de l'intégration européenne actuelle, mais le poids d'un contexte politique tendu demeure. Le nationalisme d'hier pouvait freiner les innovations défendues par Saleilles, défenseur du BGB allemand, par exemple sur l'abus de droit. Le modèle incarné aujourd'hui par le droit anglo-saxon dans les contrats internationaux est un facteur légitimant de la réforme. La jurisprudence n'était considérée que pour anticiper de nouveaux problèmes de droit comme autant de cas d'application et d'extension de la loi, sans la volonté de rénover les principes fondamentaux de la matière. La jurisprudence n'est pas toutefois une source à opposer systématiquement à la législation. L'inventivité du juge qui fonde ses décisions sur l'interprétation plus ou moins fidèle de la loi a permis au droit commun des contrats de survivre. Cette fameuse « jurisprudence législative » (Frédéric Zénati) a su combler les angles morts du Code civil, sous l'œil attentif et critique de la doctrine et des praticiens. La jurisprudence a repris les marques d'une tradition savante – un peu oubliée –, devançant la légitimité démocratique du législateur et l'approche bureaucratique de la Chancellerie.

De la codification napoléonienne à la réforme actuelle du droit des contrats subsiste une volonté de faire œuvre d'autorité, au sens noble du terme. La loi civile doit continuellement servir de guide, faute de quoi le juge risque de s'y substituer. La lisibilité et la prévisibilité qu'appelle le principe moderne de sécurité juridique sont les conditions minimales pour que le Code civil reste « la source des mœurs, le palladium de la propriété, et la garantie de toute paix publique et particulière » (discours préliminaire de Portalis en 1801). L'objectif politique du Code civil de 1804 était d'en finir avec l'héritage d'un ancien droit fragmenté. La réforme actuelle, au nom d'enjeux économiques transnationaux, tend à rattraper un droit commun *prétorien* des contrats généré au rythme de la pratique par la jurisprudence qui n'a que l'autorité relative de la chose jugée. Hier dans un rôle avant-gardiste, le législateur est aujourd'hui le « récepteur » qui, entre le temps de la réflexion et celui de l'application, peut cristalliser les enjeux d'une réforme contre les excès de théorisation ou de casuistique engendrés par la complexification du droit des contrats.

Le défi à relever tenait donc aux exigences de transparence qui font parfois défaut en la matière. La mondialisation accentuée des échanges fait du droit des contrats un enjeu d'attractivité économique parmi d'autres. À travers la liberté relative qu'il offre, les parties recherchent toujours plus de souplesse et de sécurité à la fois. D'apparence moins technique, l'« accessibilité » subsume les autres objectifs assignés à la réforme¹³. La Chancellerie disposait de nombreux instruments de travail tels que la jurisprudence, les projets antérieurs de réforme (projet Gandolfi, projet Catala, projets Terré)¹⁴, les

¹² *Ibid.*, p. 447-467, p. 535-542.

¹³ Les « bonnes lois civiles » chères à Portalis exigent de problématiser le droit en vigueur en recueillant un ensemble de solutions, mais aussi en anticipant l'applicabilité du droit nouveau. En 1804, l'enjeu de la codification était l'unification du droit civil français, trop fragmenté. L'accessibilité du droit, non encore affirmée comme principe démocratique, était sous-jacente car elle supposait l'unité de la jeune République, principe aujourd'hui gravé dans le marbre du droit public.

¹⁴ Le projet Gandolfi de 2004 pour un code européen des contrats résultait d'un travail de droit comparé, appelant parfois un rapprochement de notions juridiques étrangères, par exemple pour envisager les conséquences d'une inexécution contractuelle. *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, rédigé par le groupe animé par Pierre Catala (regroupant Gérard Cornu, Philippe Delebecque, Denis Mazeaud et Yves Lequette) avait été présenté en 2005. Sur le fond, le projet était plutôt conservateur. D'autres propositions avaient été faites dans

propositions des praticiens (contrats-cadres) et la doctrine. La méthode utilisée dans la réforme s'éclaircit à la lumière de ses sources, dont il faut expliciter l'utilisation. Les projets antérieurs sont peut-être la source de comparaison la plus pertinente, tant par la reprise que le rejet de certaines propositions. L'apport des praticiens se manifeste par la reconnaissance du contrat de longue durée dans le Code civil, comme nouveau support de relations d'affaires.

La loi civile comme guide doit traduire le plus simplement et justement possible un ensemble d'évolutions pour mieux les articuler. L'accumulation de la jurisprudence civile avait enrichi mais compliqué les niveaux de lecture possibles du droit des contrats par les praticiens, faisant perdre son autorité au Code civil. L'interaction entre le droit et l'économie alimentait la revendication d'une nécessaire mise à jour du code. L'heure n'était plus au choix des principes directeurs, mais à l'orientation du droit positif des contrats suggérée par l'évolution de ses modes d'utilisation. L'aboutissement de la réforme, dont chacun reste juge sur le fond à l'aune de sa spécialité, ne signifie néanmoins aucun abandon du modèle continental romano-germanique, bien au contraire.

II- L'adaptation prudente à l'environnement socio-économique et fidèle au droit continental

La manière de percevoir la réussite d'une réforme dépend des objectifs qui l'animent. Ce n'est pas une refondation du droit des contrats que le ministère préparait et que les juristes appelaient de leurs vœux mais une rénovation pour dépoussiérer le code, aménager des ouvertures et ajouter des précisions textuelles. La réforme était motivée par une volonté de réécrire le droit des contrats, inspirée de la « substantifique moelle » des travaux antérieurs. Retoucher un grand nombre d'articles du Code civil n'est pas significatif en soi, mais l'intégration des apports de la jurisprudence civile traduit l'ampleur de la réforme du droit commun des contrats. Ces apports sont souvent consacrés, parfois renversés, après discussion puis adhésion de la doctrine et des praticiens. Leur codification visait à refaire du Code civil la source première du droit commun des contrats. L'impression de modestie de la réforme est juste dès lors qu'il ne s'agit pas de rechercher ou corriger des principes et notions fondamentales. La rédaction des articles projetés importe presque autant que la norme, afin d'y intégrer la juste part d'innovation. Le mérite de cette réforme est proportionné à la difficulté d'un tel exercice et au risque inhérent de perturber l'équilibre de la matière. L'ordonnance du 10 février 2016 grave dans le marbre les grandes solutions de la jurisprudence en droit des contrats. L'essentiel du contenu de l'ordonnance consolide les acquis de la jurisprudence ; le reste est la part d'innovation, par exemple sur les moyens d'adapter le contrat aux changements de circonstances économiques imprévisibles, au nom de la liberté contractuelle¹⁵.

les groupes de travail dirigés par François Terré : *Pour une réforme du droit des contrats* (2008) et *Pour une réforme du régime général des obligations* (2013). Le projet était plus ambitieux et novateur.

¹⁵ Le rapport au président de la République qui accompagne l'ordonnance souligne le principe du caractère supplétif des nouveaux textes, sauf quelques exceptions (l'article 1104 indique qu'il est d'ordre public ; l'article 1112-1 sur l'obligation générale d'information rappelle que l'on ne peut réduire ou exclure l'obligation en cause). Le principe reste la liberté contractuelle (article 1102), mais il n'est pas certain que l'on puisse déroger à tout. Quand l'article 1124, al. 2 affirme que « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis », revenant sur la jurisprudence *Consorts Cruz* de 1993, peut-on y déroger ? Oui, sans doute en laissant au promettant une faculté de rétractation, mais la rédaction directive des textes laisse planer un doute.

Gageons que le droit des contrats renoue avec la tradition civiliste, pour (re)définir ce qui ne l'est pas ou pas assez dans le Code, comme la phase précontractuelle et la bonne foi des parties qu'elle suppose. Il fallait dépasser cette sédimentation jurisprudentielle dans un contexte où les systèmes juridiques sont de plus en plus en concurrence. Le droit français ne pouvait rester sourd aux appels du juge puisant son inspiration au-delà de l'Hexagone. La réforme contribue ni plus ni moins à réhabiliter la loi civile ordonnatrice des principes du droit positif, tout en régulant les motifs de recours au juge. L'ordre public de « direction » tend à s'effacer¹⁶, comme les bonnes mœurs, derrière une volonté de protection inspirée du droit de la consommation et confiée à la responsabilité des parties. En conciliant ces impératifs, la réforme portée par la Chancellerie fait preuve de prudence dans un environnement économique plus ou moins stable.

Le cœur de la discussion sur la réforme du droit des contrats interroge la nature des rapports entre le législateur, le juge et les acteurs économiques. Cette réforme apparaît à la fois comme modernisatrice du droit des contrats et conservatrice de ses principes. Franchir le pas de l'adaptation en se rapprochant d'autres droits pourrait signifier un abandon de la conception française du contrat. L'adaptation est justement l'art de conserver une identité jusqu'à un certain point. Favoriser la connexion, du moins la compréhension, entre différents systèmes juridiques permet à notre droit de continuer à irriguer la pratique contractuelle internationale, révélatrice des attentes économiques. Le Code civil doit continuer d'offrir une vision fidèle du droit positif des contrats et c'est à ce prix que la capacité historique du droit français à inspirer des droits étrangers – et inversement – peut vivre.

Les influences étrangères, souvent indirectes voire non assumées, sont difficiles à percevoir. Celle qu'il faut s'efforcer de comprendre vient du droit de l'Union Européenne dont les notions s'inspirent du *common law*, à défaut d'un droit de compromis que personne ne souhaite¹⁷. La réforme est à replacer dans un contexte d'opposition française à l'idée de la Commission européenne d'élaborer un « code civil européen » insistant sur la nécessaire unité du droit des obligations¹⁸. Les avantages liés à la concurrence des droits sont à souligner contre le risque d'un droit européen de compromis, au vu du fonctionnement des institutions européennes. Aussi les grandes entreprises s'accommodent-elles plus facilement qu'on ne croit des différences de législation. L'esprit du *common law*, issu du nominalisme et de l'utilitarisme anglo-saxon, reste animé par une vision économique fondée sur la liberté contractuelle construite sur le temps long. Il a exercé une influence certaine sur le droit dérivé de l'Union Européenne en la matière. Les principes du droit allemand des contrats

¹⁶ Dans les travaux préparatoires du Code civil, le contrat comme « loi des parties » n'était jamais assimilé à un prolongement du contrat social rousseauiste, mais à l'ordre légaliste de l'État. Le droit français des contrats repose traditionnellement plus sur une liberté contractuelle relevant de l'ordre public que sur le dogme de l'autonomie de la volonté, beaucoup mieux enraciné dans le droit allemand des contrats. L'idée d'autonomie de la volonté est largement postérieure à la codification napoléonienne.

¹⁷ Il faut relire avec intérêt les débats relatifs au projet de la commission Lando (*Principes du droit européen du contrat*, vers. fr. prép. par G. Rouhette, avec le concours de I. de Lamberterie, D. Tallon, C. Witz), Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, 2003.

¹⁸ La Commission européenne estime que les divergences entre les législations nationales en droit des contrats constituent un obstacle au développement des transactions dans le marché intérieur. Elle préconise la création d'un droit européen des contrats, perspective dans laquelle deux démarches parallèles ont été menées. D'une part, la Commission a élaboré en 2010 un *Livre vert* énumérant sept options possibles, allant de la publication de règles de droit des contrats non contraignantes jusqu'à l'élaboration d'un code civil européen. Elle a exprimé sa préférence pour un règlement communautaire servant d'instrument optionnel en droit européen des contrats comme alternative aux droits internes des États membres. D'autre part, un groupe d'experts a réalisé une étude de faisabilité sur le contenu éventuel d'un droit européen des contrats. Selon les règles présentées dans cette étude, la Commission entend « œuvrer davantage pour faciliter les transactions transfrontalières » et expose les « actions envisageables pour consolider le marché intérieur en accomplissant des progrès dans le domaine du droit européen des contrats ».

renvoient au pandectisme et à l'idéalisme légitimant le rôle de la volonté (Kant) comme source du contrat. Le système allemand est porteur d'une tradition libérale encadrée, qui se traduit dans l'ordolibéralisme. En France, la force obligatoire du contrat ne repose que sur la loi, à l'opposé de tout dogme individualiste. Chez Portalis, la liberté contractuelle relève d'ailleurs avant tout de la nature des choses. Le droit français des contrats ne connaît qu'un siècle plus tard une réinterprétation dans un sens individualiste, par l'objectivation de la volonté individuelle comme source d'interprétation des contrats. Le seul volontarisme à l'œuvre chez les auteurs du Code civil est le volontarisme contractuel, comme sacralisation de la « loi des parties ». Les modes d'influence réciproque des cultures juridiques s'expriment à divers titres¹⁹. Loin de l'idée de promouvoir un droit unique, la réflexion sur l'avenir des droits européens pourrait aboutir à la revendication d'un droit commun, rôle modestement joué par les principes Unidroit à l'échelle mondiale. Une telle recherche peut s'entendre comme la construction *ex nihilo* d'un nouveau droit, mais aussi comme l'identification d'un droit en vigueur apte à servir de *ius commune*. Ces deux orientations ne présentent qu'une différence de degré, la divergence des moyens n'empêchant pas la convergence des buts. L'un des dénominateurs communs des droits européens réside dans la notion de liberté contractuelle, même si la diversité sémantique postmédiévale a offert aux juristes un critère fertile de réflexion comparatiste. La strate culturelle et l'esprit commun revendiqués par les partisans d'un code européen des obligations s'inscrivent dans une histoire approfondie des droits. La génération d'un droit commun apparaît néanmoins difficile dans le cadre du droit dérivé de l'Union Européenne, trop foisonnant et technique. Une culture juridique européenne des contrats pourrait émerger d'un droit commun supplétif, qui s'appuierait tant sur la réflexion historique des droits que sur l'observation attentive des pratiques.

La rénovation du Code civil français participe d'une défense du droit continental, malgré la tendance au rapprochement des systèmes juridiques anglo-saxon et romano-germanique. La concurrence des droits produit de l'harmonie quand elle est nécessaire, par exemple dans la responsabilité pour révocation abusive d'une offre lors de la phase précontractuelle²⁰. La mondialisation du droit permet d'anticiper les adaptations des droits nationaux à l'économie tout en conservant le fond romano-canonique de notre droit des contrats. La véritable rénovation du droit des contrats puise dans la tradition, laquelle n'est jamais « qu'un progrès qui a réussi », donnant le dernier mot à Portalis : « On ne fait pas les codes, ils se font avec le temps. ».

¹⁹ H.-W. MICKLITZ, « *On the intellectual history of freedom of contract and regulation* », *Law*, 2015/09, *European regulatory private law project*. Cette présentation historique des modèles anglais, allemand et français du droit des contrats propose une vision différente de ce que l'on lit souvent au sujet de l'europanisation du droit des contrats.

²⁰ R. MONZER, « Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle. Régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons », *Revue internationale de droit comparé*, 2007, vol. 59, n°3, p. 523-549.