

Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux

Cet avant-projet est le fruit d'une réflexion menée à l'initiative de la Chancellerie et avec la constante participation des magistrats du bureau du droit des obligations de la Direction des affaires civiles et du Sceau. Il a été élaboré par une commission de huit membres, constituée par mes soins conformément à la lettre de mission reçue en avril 2020 de M. Jean-François DE MONTGOLFIER, directeur des affaires civiles et du sceau.

L'idée qui a présidé à sa composition était de combiner le recul académique et l'expérience pratique. Ainsi, sur les six universitaires qui en sont membres, quatre ont écrit un ouvrage de référence en matière de contrats spéciaux. Quatre sont également avocats depuis de nombreuses années. A leur propre expérience est venue s'ajouter, d'une part, celle d'un praticien de premier plan, connaisseur aguerri des arcanes procédurales du contentieux contractuel, et, d'autre part, celle d'un haut-magistrat, que Madame la première présidente de la Cour de cassation a bien voulu solliciter pour participer à nos travaux.

Outre ma propre personne, la commission était ainsi composée de :

1. Maître Jean-Daniel BRETZNER, Avocat au barreau de Paris, Associé du cabinet Bredin Prat
2. M. Pierre-Yves GAUTIER, Professeur à l'Université Paris II, Panthéon-Assas
3. Madame Gwendoline LARDEUX, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
4. M. Yves MAUNAND, Conseiller Doyen de la 3ème chambre civile de la Cour de cassation
5. M. Pascal PUIG, Professeur à l'Université de la Réunion, avocat au Barreau de Saint-Denis
6. M. Alain SERIAUX, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
7. M. Jean-Baptiste SEUBE, Professeur à l'Université de la Réunion, avocat au Barreau de Saint-Denis
8. M. Antoine GOUEZEL, Professeur à l'Université de Rennes.

Au moins deux magistrats du bureau du droit des obligations ont en outre participé à chacune des réunions de la Commission, notamment et successivement Madame Clotilde BELLINO, Madame Sophie CHAIGNEAU, Madame Julie KHALIL et Madame Ségolène BALSAN.

Enfin, Madame Léa MOLINA, Maître de conférences à l'Université Paris I, Panthéon Sorbonne, a assuré le secrétariat de la Commission à compter de novembre 2020. Nos débats ont ainsi été pris en note, ce qui sera sans doute très utile pour la compréhension de nos choix, comme on le verra plus loin.

L'esprit qui a présidé à nos travaux a été de clarifier, quand c'était nécessaire, de simplifier, quand c'était possible, de moderniser, c'est-à-dire de s'ouvrir aux réalités faiblement considérées par le passé comme de tenir compte de l'obsolescence de nombreuses règles spéciales.

Ce dernier mouvement a conduit à couper plusieurs branches mortes, y compris prétoriennes, car la jurisprudence qui s'était construite sur les textes du Code depuis 1804 a parfois été dépassée par l'adoption de législations nouvelles. L'avènement du droit de la consommation, en particulier, a satisfait les objectifs de protection du contractant non-professionnel, permettant de recentrer le Code civil sur un modèle contractuel faisant le pari des vertus de la liberté contractuelle. De même, l'évolution du droit commun ayant consacré des mécanismes correctifs des clauses abusives, qu'ils figurent dans le Code civil ou ailleurs, le droit des contrats spéciaux pouvait plus aisément laisser s'exprimer la liberté contractuelle dans le prolongement de l'article 1102.

Cette faveur pour la liberté est ainsi le premier axe qui anime l'avant-projet. Aussi, l'ensemble de normes qu'il propose est-il largement supplétif de volonté. Il reflète l'idéal de modération et d'équité dont est porteur notre tradition mais tolère, la plupart du temps, les dérogations que les parties souhaiteraient y apporter en vue de conformer leur relation à l'équilibre des intérêts qui leur aura paru adapté dans leur cas particulier. Cette liberté est susceptible de degrés, et l'avant-projet le reflète. Ainsi, quand une règle se trouve formulée « sauf stipulation contraire », la liberté est *de plano* à son maximum. Il paraît alors difficile de tenir son usage comme abusif quoiqu'un des principaux indices du « déséquilibre significatif », caractéristique d'une clause abusive, soit la dérogation à l'équilibre que le législateur propose à titre supplétif. A l'inverse, quand la règle est expressément impérative, la liberté est à son degré zéro. Entre ces deux extrêmes, la liberté reste le principe mais est sous la surveillance des dispositifs correctifs institués en droit commun, au premier rang desquels se trouve la qualification de clause abusive. Enfin, les articles définitoires sont indérogeables par nature. Participant de l'ordre structurel de la matière, leur irrespect est sanctionné par une nullité à moins qu'une disqualification ne soit possible dans le respect de la volonté des parties. Ainsi, une vente sans prix déterminable est-elle nulle, sauf si elle est une donation déguisée.

Après cette option raisonnée pour la liberté contractuelle, le deuxième axe de l'avant-projet est une forme de réalisme. Il faut entendre par là le souci de construire le droit à partir des phénomènes du réel, d'avancer du concret vers l'abstrait plutôt que l'inverse, comme en souvenir de la vieille maxime « *ex facto oritur jus* ». Or, un contrat est avant tout le vêtement d'une opération économique, et les principaux contrats spéciaux forment comme l'inventaire des principales opérations que les relations économiques donnent à voir. Schématiquement, les juristes en ont discerné deux catégories. Les contrats par lesquels les parties allient leur force en vue d'une création de richesse forment ce qu'un

des membres de la Commission avait, il y a déjà vingt-cinq ans, désigné par l'expression de contrats-alliance. Le contrat de société en est l'archétype. Leur examen n'est pas entré dans le champ de la commission. L'autre catégorie est celle des antiques *synallagmata* ; les « contrats-échanges ». Ce sont eux qu'il nous est revenu d'examiner. Les opérations qu'ils encadrent sont si élémentaires que chacun de ces contrats est précisément nommé par le droit, et pas seulement depuis 1804. Certains gravitent autour de la fourniture des utilités d'une chose. Ce sont la vente, le bail et les prêts. Les autres visent principalement l'utilité qu'une personne ou une organisation humaine peut procurer. On y compte essentiellement l'entreprise, le mandat et le dépôt. Enfin, les contrats aléatoires ont une place à part. Ces opérations forment comme les briques élémentaires que l'ingéniosité humaine va combiner pour réaliser les opérations originales et complexes dont fourmille l'univers des affaires.

Pour ordonner le régime juridique de ces combinaisons parfois baroques, un peu de méthode est bienvenue. Elle est distributive, attachant à l'exécution de chaque prestation caractéristique d'un certain contrat le régime propre à ce contrat. Ainsi, en matière de location, est-il énoncé que « *Le loyer consiste en une somme d'argent. Il peut être complété par la fourniture d'un bien ou d'un service. En ces cas, les règles prescrites en matière de vente ou d'entreprise s'appliquent en tant que de raison* » (article 1710). Le procédé se retrouve pour chaque contrat.

Le troisième axe de l'avant-projet est de faire œuvre pratique. « *Les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois* », écrit Portalis dans son fameux discours préliminaire sur le projet de Code civil. Dans cet esprit, on a songé à ceux qui auraient à connaître des textes en vue d'en prévoir ou d'en décider l'application. Plusieurs choix ont été dictés par ce souci. Tout d'abord, on s'est gardé de la tentation d'appauvrir le vocabulaire technique du droit pour se rapprocher de la langue profane. Le droit des obligations n'est pas que technique, mais il l'est aussi. Et au plan pratique, il l'est peut-être d'abord. De même, l'avant-projet entend autant que possible ménager les habitudes des praticiens. Au plan formel, cette préoccupation explique une singularité qui ne manquera pas d'attirer l'œil. Elle consiste en l'emploi, de-ci de-là, de numéros indiciaires ou de réservation d'articles. Ce procédé, dont j'assume la responsabilité en grande part, vise à maintenir à certaines règles cardinales leur numéro d'article traditionnel quand leur contenu normatif reste le même. Il en résulte un premier avantage pour les praticiens qui pourront conserver leurs réflexes et éviter une inutile contrainte. Il y en a un second, d'ordre scientifique, qui est de facilement tracer la norme à travers les ouvrages et les recueils de jurisprudence antérieurs à la réforme puisque son numéro actuel reste celui qu'employait les juges et les auteurs d'antan. Il en résulte une économie d'énergie et de temps qui est considérable pour ceux qui ont besoin de savoir comment cette règle a été appliquée, analysée et critiquée au fil des années. En revanche, un regret esthétique sera ressenti à voir des indices apparaître sans régularité ou des réserves de numéros sans justification autre que pratique. La beauté du droit a une importance

symbolique considérable, spécialement dans le code civil. Au plan légistique, un avantage d'ordre pratique peut cependant primer.

Enfin, la commission a cherché à faire œuvre de sagesse, du moins autant qu'elle pouvait la discerner. Ce serait le quatrième axe, rêvé peut-être, de l'avant-projet. A tout le moins, a plusieurs fois été citée dans nos discussions la formule de Portalis – encore – selon laquelle « *il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire* ». De même, notre méthode de travail n'était guère favorable aux aventures. Chaque projet de contrat a été préparé par une ou deux personnes, le fait que des collègues soient de la même université facilitant les binômes. L'avant-projet élaboré sous l'égide de l'association Capitant a été un guide précieux dans ce travail, comme souvent avec les travaux de cette remarquable institution. Une fois prête, la proposition de texte était diffusée avant la réunion convoquée pour en débattre puis discutée en séance et modifiée sur le siège, le plus souvent par consensus. Quelques fois, les débats ont dû être tranchés par un vote. Lorsque l'opposition fut forte et la majorité indécise, l'avant-projet fait mention de l'option non-retenue afin qu'elle soit soumise à la consultation publique. Enfin, les projets de texte adoptés ont été transmis pour observations à l'institut d'études juridiques du Conseil supérieur du Notariat, dont l'expertise et l'expérience en matière de rédaction d'actes ont été des plus éclairantes. Au nom de la commission, je remercie M. le Président AMBROSIANO d'avoir ainsi mobilisé le talent de ses confrères. De même, le cabinet Clifford Chance a accepté de revoir plusieurs des textes ainsi élaborés et ses observations ont également été précieuses. Au sein de la Chancellerie, le bureau du droit de l'immobilier a aussi fait, à plusieurs reprises, valoir des observations très heureuses, épaulant ainsi les membres du bureau du droit des obligations qui assistaient à nos séances.

C'est ainsi que la Commission a élaboré les textes qui sont maintenant présentés au public. Leur diffusion se fera en trois temps. Aujourd'hui, sont présentés pour réflexion les avant-projets touchant aux contrats relatifs aux utilités d'une chose. Les textes relatifs aux contrats de service seront diffusés dans un deuxième temps. En juillet, l'ensemble de l'avant-projet sera présenté, enrichi des explications ayant présidé, article par article, au choix des règles et formules retenues. Cet enrichissement sera rendu possible grâce au concours d'une équipe de doctorants et jeunes docteurs de l'Institut de Recherches Juridiques de la Sorbonne (IRJS) mobilisés par Madame Léa MOLINA, et exploitant les minutes des séances de discussion qui nous ont occupées depuis deux ans. Une consultation publique pleinement informée pourra alors s'ouvrir pour se clore à une date qu'il appartiendra à la Chancellerie de fixer.

A cet égard, je tiens à remercier une fois encore non seulement chacun des membres de la Commission pour le travail réalisé mais aussi tous ceux qui ont contribué à favoriser son aboutissement, notamment

le cabinet Bredin Prat pour avoir accueilli la quasi-totalité de nos réunions et leur avoir permis de se dérouler dans des conditions matérielles et techniques idéales, et surtout la Chancellerie pour son implication dans la genèse et dans le suivi de cet avant-projet. Le voici maintenant divulgué, en vue d'une réflexion qui précèdera la discussion permettant de parachever, espère-t-on, un projet définitif de réforme.

Philippe STOFFEL-MUNCK,

Professeur à l'Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne,

Co-directeur du Collège de Droit la Sorbonne,

Avocat au barreau de Paris.