

# Comparative and Transnational Law

18

Silvia Ferreri

L'autonomie contractuelle: ce qui est exclu,  
ce qui a été ajouté ou déplacé,  
vu à travers les yeux des observateurs étrangers.

Suggested citation: Ferreri, Silvia «L'autonomie contractuelle: ce qui est exclu, ce qui a été ajouté ou déplacé, vu à travers les yeux des observateurs étrangers», CDCT working paper 42-2016/ Comparative and Transnational Law 18, available at [www.cdct.it/workingpapers](http://www.cdct.it/workingpapers)

## Abstract

**FR** *Lors de la rencontre à Milan, près de l'université Bocconi (21 novembre 2016) (<http://www.dpsd.unimi.it/extfiles/unimidire/97301/attachment/la-reforme-du-droit-des-contrats-21-novembre-2016.pdf>) sur la réforme du droit des obligations en France on a réfléchi sur le rôle de l'autonomie des parties contractantes. Le rapport ici présenté considère le nouveau texte avec les précédents français et les normes correspondantes en Italie d'après le code de 1942. Les soucis exprimés par les auteurs français au lendemain de l'ordonnance n° 2016-131 paraissent excessifs : plusieurs innovations du législateur ne font que accueillir ce qui avait déjà été établi par le jurisprudence ou reçoivent des solutions que le législateur italien a introduit depuis longtemps. Le rôle du juge qui est chargé de définir le contenu des standards juridiques souples (« abusif », « anormal », « excessif », « légitime », « raisonnable », etc.) est inévitable : d'autres législateurs qui ont réformé le droit civil dans les dernières années, comme en Hollande, ont dû accepter le pouvoir discrétionnaire du juge, de façon même plus étendue, sous le contrôle de la cour de dernière instance. Certaines observations sur le style du législateur français signalent quelques défauts ou omissions qui toutefois ne devraient pas avoir des conséquences très sérieuses.*

**Keywords:** réforme des obligations, autonomie contractuelle, limites à la liberté des parties contractantes, ordre public et bonnes mœurs, contrat par adhésion, standards juridiques, rôle du juge dans le rééquilibrage du contrat.

**EN** *At the Milan meeting at Bocconi University (21 novembre 2016) (<http://www.dpsd.unimi.it/extfiles/unimidire/97301/attachment/la-reforme-du-droit-des-contrats-21-novembre-2016.pdf>) on the French reform of the law of obligations the issue of the freedom of parties has been analysed. The report here published compares the new text with the French judicial precedents and the corresponding rules of the 1942 Italian civil code. Worries expressed by French authors at the dawn of the reform may be reduced: several provisions simply incorporate pre-existing judicial solutions or accept rules that have long existed in Italy. The judge's role in giving substance to flexible notions (« abusif », « anormal », « excessif », « légitime », « raisonnable », and so on) is inevitable: legal reforms in other countries in recent years, such as in the Netherlands, have met the same challenge. Some observations on the legislative style and some omissions by the French legislator should not seriously affect the enforcement of the new legislation.*

**Keywords:** French reform of the law of obligations, freedom of contract, limits to the parties' choices, standard contracts, civil judge's role in rebalancing the exchange

## L'AUTONOMIE CONTRACTUELLE: CE QUI EST EXCLU, CE QUI A ÉTÉ AJOUTÉ OU DÉPLACÉ, VU À TRAVERS LES YEUX DES OBSERVATEURS ÉTRANGERS.

SILVIA FERRERI\*

### Index

1. Introduction - la qualification de « principe » manque. - 2. Ce qui est ajouté. - 3. Ce qui est déplacé. - 4. Limites. La limite des « bonnes mœurs » manque. - 5. Le rôle du juge. L'arbitraire en expansion ? Un danger pour la liberté contractuelle ? - 6. En conclusion, sur le style de la réforme.

### 1. Introduction - la qualification de « principe » manque.

De façon peu surprenante la réforme du droit des contrats n'est pas intervenue pour changer le principe de liberté contractuelle.

Au contraire, le législateur insiste de façon quelque peu emphatique sur la liberté contractuelle, en reléguant au deuxième plan les limites qu'elle peut rencontrer à cause de la loi ou de l'ordre public. C'est l'approche qu'on retrouve d'ailleurs dans les documents internationaux, qu'il s'agisse des principes UNIDROIT ou des Principes Européens du droit des contrats de la commission Lando.

Peut-être aujourd'hui il aurait été plus réaliste d'admettre, dès le début, que les interférences avec le libre choix des parties deviennent de plus en plus fréquentes à cause de la protection de la concurrence, des consommateurs, de la partie « faible » au contrat (y compris les petites industries). Mais du point de vue de la communication - ou de la rhétorique (et de l'acceptation par le public) - la mention de la *liberté*, sauf dérogation à cause d'exceptions variées, est plus encourageante<sup>1</sup>.

---

\* Professore Ordinario di diritto privato comparato, Università degli Studi di Torino.

<sup>1</sup> Comp. DCFR, Draft *Common Frame of Reference* (DCFR). *Outline Edition*. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Acquis Group (Research Group on EC Private Law), Munich, Sellier, 2009, par. *Principles*, p. 61: "Freedom can be protected by not laying down mandatory rules or other controls and by not imposing unnecessary restrictions of a formal or procedural nature on peoples' legal transactions. It can be promoted by enhancing the capabilities of people to do things. Both aspects are present throughout the DCFR. The first is illustrated by the general approach to party autonomy, particularly but not exclusively in the rules on contracts and contractual obligations. The assumption is that party

Il s'agit au moins d'un engagement à limiter le plus possible l'interférence avec la liberté: la stratégie est plutôt de veiller au fait que les personnes soient en mesure de choisir leurs obligations de façon consciente.

Tout autre choix d'ailleurs aurait résonné comme une propension au contrat planifié, aux préférences socialistes qui n'ont laissé aucun souvenir positif. Il est vrai aussi que plusieurs limitations à la liberté contractuelle se trouvent dans le *code de consommation* plutôt que dans le code civil. L'effet est évidemment celui d'une certaine fragmentation du droit privé, selon la qualification des contractants.

Le fait que la loi ne qualifie pas l'autonomie des parties comme « principe », mais simplement comme une des « *dispositions liminaires* » (à l'intitulé plus sobre, du chapitre premier) ne paraît pas changer l'état des affaires. Peut-être le lecteur étranger est un peu dérouté par l'expression « **liminaire** ». Evidemment le Latin nous aide à imaginer qu'il s'agit d'un sujet aux frontières du droit des contrats, donc aux abords des règles les plus importantes. Si on avait réfléchi à la facilitation de la communication, l'expression « préliminaire » (ou même « fondamental ») aurait été plus évidente.

De toute façon le *Rapport au Président de la République* énonce, dans les tout premiers objectifs de la réforme, le fait que le gouvernement est autorisé à « affirmer les *principes* généraux du droit des contrats tels que *la bonne foi et la liberté contractuelle* ».

En effet la deuxième position reconnue à la liberté contractuelle dans le titre III – immédiatement codifiée après la *définition* du contrat – met en évidence la déférence du législateur à sa valeur constitutionnelle. Elle est d'ailleurs évoquée par le *Rapport* de présentation de l'ordonnance (JO 11 févr. 2016).

« L'article 1102 est consacré à la liberté contractuelle, principe dont le Conseil constitutionnel a d'ailleurs récemment consacré la valeur constitutionnelle (Cons. const., 13 juin 2013, 2013-672 DC) ».

Toute autre possibilité de présentation aurait été improbable. L'accent qui pourrait être mis sur le fait que la liberté est *en réalité limitée*, que des

---

autonomy should be respected unless there is a good reason to intervene. Often, of course, there is a good reason to intervene – for example, in order to ensure that a party can escape from a contract concluded in the absence of genuine freedom to contract. The assumption is also that formal and procedural hurdles should be kept to a minimum". [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf)

prescriptions impératives par exemple empêchent en certains cas (notamment dans les assurances) de discriminer entre les candidats au contrat en raison du sexe, de l'âge, de l'appartenance religieuse, de la santé, de la condition de maternité etc. est renvoyé à la deuxième partie de la phrase d'ouverture (qui mentionne la *loi*), et au deuxième alinéa de l'article où l'*ordre public* est évoqué<sup>2</sup>. On peut noter qu'*aucune* référence explicite n'est faite aux *droits fondamentaux* : la notion d'ordre public doit paraître absorbante.

L'option pour un système de contrat pré-régulé, un contrat lié à des prescriptions limitant de façon contraignante les choix des contractants aurait certainement eu le goût d'un contrat socialiste. De là l'insertion de l'article 1102 du Code civil d'après lequel :

« *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. »*

Aux oreilles des observateurs étrangers cela évoque d'assez près la définition bien connue de la propriété comme

« le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, *pourvu* qu'on n'en fasse **pas** un usage **prohibé par les lois** ou par les *règlements* » (art. 544 code Civil).

C'est la logique de la répartition entre règle et exception : tout est permis sauf qu'il soit défendu.

Peut-être une différence visible est dans *la langue d'aujourd'hui*, qu'on voudrait plus accessible « par l'usage d'un vocabulaire contemporain, et des formulations plus simples, plus explicites » (Ordonnance, *Objectifs de la Réforme*, p. VI) : donc, pas de subjonctif dans la nouvelle loi.

Comme observation préliminaire, juste *en passant*, on peut observer que la simplicité du style, la lisibilité des règles n'est pas toujours bien

---

<sup>2</sup> En droit européen en fait "freedom may need to be qualified where it might result in unacceptable discrimination, for example discrimination on the grounds of gender, race or ethnic origin. Discrimination on those grounds is a particularly anti-social form of denying the contractual freedom, and indeed the human dignity, of the other party. EU law and the DCFR therefore prohibit these forms of discrimination and provide appropriate remedies. The DCFR is drafted in such a way that it easily allows the addition of further grounds for discrimination, as they exist – for general contract law – in some Member States and as they may be enacted in EC law in the future" (DCFR, Introduction, [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf)).

servie dans la réforme, par exemple dans les cas où un article commence par un *pronom personnel*, au lieu d'un *substantif*: sans même un titre de l'article en objet qui aide à comprendre à qui le pronom fait référence (cp. Art. 1115

« Elle [offre] peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ».

Et :

Art. 1116 « Elle [offre] ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable »).

Les recommandations au rédacteurs législatifs, dans le manuels de légistique, insistent toujours sur le fait que chaque article devrait être suffisant à soi-même, sans avoir nécessité de vérifier ce qui est prévu dans les articles précédents (ou, s'il est nécessaire, un renvoi croisé doit être compris). D'habitude dans les textes légaux on préfère la répétition du substantif, même si la concision du style peut en souffrir.

## 2. Ce qui est ajouté.

Ce qui peut aussi frapper l'attention d'un observateur italien est la spécification qui a parue nécessaire de préciser non seulement que les parties choisissent librement le contenu du contrat<sup>3</sup>, mais aussi qu'elles sont *libres de ne pas contracter, de choisir le cocontractant et la forme du contrat*.

L'indication, réunie dans un seul article, ne suit pas l'exemple qui est familier aux juristes italiens, puisque le fait qu'on puisse choisir de ne *pas contracter* peut être déduit de la protection donnée à la bonne foi dans les négociations préliminaires au contrat<sup>4</sup>. Tant que l'autre partie ne peut croire de façon *raisonnable*, par rapport aux circonstances, que le contrat sera effectivement conclu, il est consenti de changer d'avis, de ne pas poursuivre jusqu'à la conclusion finale, à la stipulation du contrat.

Comme la réforme a introduit la réglementation de la phase de négociation et de formation du contrat, désormais régie par les articles

---

<sup>3</sup> Art. 1322, comma 1, cod. civ. it.: «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge».

<sup>4</sup> Art. 1112 de la réforme, mentionné ici de suite. Les Principes UNIDROIT *for international commercial contracts* sont aussi plus concis : « 1.1 (Freedom of contract) « The parties are free to enter into a contract and to determine its content ».

1112 et suivants<sup>5</sup>, une solution pareille aurait été accessible à la loi française. L'option explicite, qui a été préférée, évite de chercher les indications fragmentées dans plusieurs points de la législation.

L'alternative, pour empêcher qu'on change d'avis sur la conclusion du contrat, consiste en effet à anticiper le lien entre les parties: la réforme a introduit - à la sous-section 3 (art. 1123, 1124) - le *pacte de préférence* et la *promesse unilatérale*

« pour mettre fin aux inconvénients résultant des fluctuations jurisprudentielles sur certaines questions majeures, comme les conséquences de la révocation d'une promesse » (*Rapport*, JO 11 févr. 2016).

Dans ces cas, la priorité donnée au bénéficiaire du pacte ou l'attente engendrée pour le destinataire de la promesse ne peuvent être remises en cause. La liberté cède au lien préétabli.

L'autonomie contractuelle permet à qui le désire de renoncer à changer d'avis: évidemment des raisons existent qui peuvent persuader quelqu'un à se lier à un offre, par exemple en formulant une « offre ferme ». Souvent il s'agit de rendre l'offre plus intéressante, plus « attrayante » pour un éventuel co-contractant.

La réforme établit à l'art. 1116 :

« Elle [l'offre] ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable. La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat. Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat. »

Ici on est un peu perplexe : la rétractation est d'abord défendue ..., mais si elle arrive elle est efficace, le contrat est empêché. La seule conséquence est que l'offrant devra payer des dommages.

On se demande quel est le niveau de confiance que le code donne alors à ces offres fermes : elles peuvent être neutralisées par un changement d'opinion de l'offrant, l'autre partie n'arrivera pas au contrat qu'elle aurait souhaité. La conduite de l'offrant paraît contradictoire et on pourrait dire que l'autonomie de la volonté aurait été aussi bien protégée

---

<sup>5</sup> Art. 1112 « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ».

Voir aussi Art. 1104

« Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.  
Cette disposition est d'ordre public ».

en respectant la première décision, celle de se lier à une offre irrévocable. Le choix de se lier est lui-même un choix à respecter, s'il a été fait de façon libre.

### 3. Ce qui est déplacé.

En ce qui concerne les indications sur la *forme* du contrat, le principe de liberté de forme, pourrait aussi bien figurer là où l'on parle des conditions de *validité* du contrat (art. 1128 et suivants): c'est la solution qu'on a suivie en Italie (article 1325 code civil italien). Mais le législateur français a préféré - ici aussi - de mettre l'accent sur la liberté, de donner plus de visibilité à l'impression générale que la forme ne soit requise que de façon exceptionnelle.

Une donnée celle-ci qui peut être contredite – aux fins de la preuve - par la législation protégeant les consommateurs : à plusieurs reprises la législation doit demander au professionnel de faire constater de façon claire et même par écrit au consommateur la portée de ses obligations et les exemptions de devoirs qui pourraient être attendus du professionnel<sup>6</sup>.

Dans les rapports paritaires, y inclus entre entreprises, les devoirs d'information sont réglés à l'art. Art. 1112-1, où l'on prévoit entre autre chose (al. 4) qu'

« Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de *prouver* que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. »

Là on peut imaginer qu'on devra rencontrer des précautions de forme pour la preuve que l'information a été effectivement donnée. L'obligation d'informer est qualifiée d'ordre public (« Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir »).

Il n'est pas clair pourquoi ce devoir est qualifié par la doctrine comme d'ordre public plutôt que dire qu'il s'agit là d'une norme impérative. Les auteurs français vont sans doute clarifier la raison de ce choix.

---

<sup>6</sup> V. directive européenne 93/13 du Conseil du 5 avril 1993: art. L.132-1 et suivant du code de la consommation. Code de la consommation, Livre premier, titre premier, Article L111-1 ([Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016](#)) :

« Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, **de manière lisible et compréhensible**, les informations suivantes : 1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné; [...] ».

Plusieurs spécifications quant à la forme du contrat sont réglées aux articles 1172 et suivants.

#### 4. Limites. La limite des « bonnes mœurs » manque.

Evidemment l'ordonnance n'a pas pu éviter d'ajouter que la liberté n'est pas totale. Des limites imposées par la loi sont à respecter aussi bien que ce qui est lié à la notion d'ordre public.

À ce sujet des considérations intéressantes concernent le choix de limiter la référence au seul standard de l'*ordre public* au lieu de l'associer aux *bonnes mœurs*<sup>7</sup>. Le commentaire qui accompagne le texte donne des indications sur les raisons qui ont inspiré la préférence pour cette notion, mais un autre conférencier de cette rencontre va traiter de cet aspect de façon expresse.

Il suffit de dire qu'il peut paraître arbitraire, aux yeux des lecteurs étrangers, le fait que la notion des *bonnes mœurs* soit qualifiée comme « désuète au regard de l'évolution de la société » en considération du fait que « la jurisprudence l'a progressivement abandonnée au profit de la notion d'ordre public dont elle n'a eu de cesse de développer le contenu »<sup>8</sup>.

Evidemment la référence à la jurisprudence doit être entendue comme limitée aux juges français, puisque, au contraire, la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme emploie souvent, et même aujourd'hui, la notion de bonnes mœurs<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Art. 1162 « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

<sup>8</sup> V. par exemple: Comité des droits de l'homme des Nations Unies, 26 juillet 2002, *Wackenheim c. la France*, <http://www.rtdh.eu/pdf/20031024.pdf> (à partir de la décision du Conseil d'État, 27 Octobre 1995, Commune de Morsang-Sur-Orge, « Le Comité considère que l'Etat partie a démontré, en l'espèce, que l'interdiction du lancer de nains tel que pratiqué par le requérant ne constituait pas une mesure abusive mais était nécessaire afin de protéger l'*ordre public*, celui-ci faisant notamment intervenir des considérations de dignité humaine qui sont compatibles avec les objectifs du Pacte »).

<sup>9</sup> Arrêt de la Cour Européenne des droits de l'homme, 27 août 2015, *Parrillo c. Italia* (par. E. *Les normes européennes*, sect. 17: « la directive pose des règles sur l'utilisation d'embryons humains à des fins scientifiques, en énonçant que « [l]es inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux *bonnes mœurs* sont exclues de la brevetabilité »). Affaire *Hashman & Harrup c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 novembre 1999, 25594/94: la Grande Chambre n'a pas considéré suffisante la qualification britannique du comportement des accusés comme contraire aux *bonnes mœurs* (<http://www.juricaf.org/arret/CONSEILDELEUROPE-COUREUROPEENNEDESROITSDDELHOMME-19991125-2559494>). Au contraire, la conduite de Stephen Peter Gough a été qualifiée de « contraire aux *bonnes mœurs* qui ont cours dans toute société démocratique moderne»: *Gough v. The United Kingdom*, (arrêt de la Grande Chambre, final 23/03/2015, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147623>).

En Allemagne il faut admettre qu'en effet la réforme de 2004 sur la concurrence déloyale (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, UWG) a substitué (art. 3) la notion de *boni mores* (*gute Sitten*) avec le concept de *Unlauterkeit* (unfairness/déloyauté), employé dans le droit européen (*directive sur les pratiques commerciales déloyales*, 2005/29/CE)<sup>10</sup>.

En d'autres expériences nationales le choix a été au contraire de conserver la référence à la notion floue des « mœurs ». C'est le cas des *Pays Bas*<sup>11</sup>.

On se demande si toutes les hypothèses de choix qui peuvent heurter les sentiments partagés de la société tombent effectivement dans l'ordre public (on peut songer à des cas qui ne sont pas si inquiétants que l'ordre public soit en danger, mais qui sont perçus comme contraires aux sentiments courants, à un élément plus souple que l'ordre public, un élément qui s'approche de la conduite correcte, de la *loyauté*).

En laissant l'analyse plus précise aux confrenciers qui s'occupent du sujet, je vais me référer seulement à l'observation de la relative *indétermination* des limites. Il s'agit d'un renvoi qui pourrait vider de contenu le principe de liberté contractuelle (comme toujours d'ailleurs lorsque une référence est faite à des notions vagues ou floues). Cela pourrait arriver si l'interprétation de la notion d'ordre public était très large, aussi bien que dans le cas où le législateur approuverait des normes très *contraignantes*, sur le modèle de celles qui empêchent par exemple – de façon tout à fait logique – à celui qui exerce un service en monopole de

---

<sup>10</sup> Geraint HOWELLS, Hans-W. MICKLITZ, Thomas WILHELMSSON, *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, London, Routledge, 2006.

<sup>11</sup> Chantal MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Kluwer International, Alphen aan den Rijn, 2008 ('Goede Zeden' and 'Openbare Orde': "In Dutch civil law, in the Dutch Civil Code (Burgerlijk Wetboek), the general clause of 'good morals' (*goede zeden*) has been laid down in Article 3:40(1)"). V. Book 3, title 2, "Title 2 - Juridical Acts, Art. 40 (1) A juridical act which by content or necessary implication is contrary to good morals or public order is null." (*Nieuw Burgerlijk Wetboek - New Netherlands Civil Code* (Dutch Civil Code): <http://www.trans-lex.org/600900/>).

Au Canada: au Québec après l'abrogation des "bonnes mœurs" dans le code civil, depuis 1994 la jurisprudence fait référence à l' "ordre public moral" (contre les contrats qui sont perçus comme "immoraux" à cause du contraste avec des valeurs généralement acceptés : contrats de *mère porteuse*, de reproduction pour autres personnes, de façon gratuite ou rémunérée) (art. 541 CcQ) : ils sont qualifiés « contraires à l'ordre public ». Cp. PINEAU-BURMAN-GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, 1996, 256. TERLIZZI, *Buon costume e ordine pubblico, Digesto delle discipline privatistiche*, aggiornamento, p. 15; TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona. Percorsi di una clausola generale*, Napoli, ESI, 2013.

refuser son aide aux clients qui voudraient en profiter (on pourrait songer à un pharmacien par rapport à un consommateur)<sup>12</sup>.

Les contrats innommés: la mention manque là aussi. La liberté de création de contrats innommés n'est pas expressément affirmée dans l'article en question, elle a semblée comprise dans celle, plus générale, de détermination du contenu du contrat.

De toute façon l'Art. 1105 de l'ordonnance prévoit :

« Les contrats, qu'ils aient ou *non une dénomination propre*, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre ».

L'existence de contrats « innommés », qu'on appelle « *contratti atipici* » en Italie<sup>13</sup>, est présumée par cet article.

## 5. Le rôle du juge. L'arbitraire en expansion ? Un danger pour la liberté contractuelle ?

a) *Standards*. Plusieurs commentateurs français ont exprimé une certaine méfiance envers les pouvoirs conférés aux juges à cause de la flexibilité des notions telles que « abusif », « anormal », « excessif », « légitime », « grave », « substantiel », « manifeste ».

Evidemment ce sont des cas où le juge est « appelé à compléter la norme ». Mais sous le contrôle de la Cour de Cassation, il faut ajouter : « car il ne s'agit pas ici d'appréciation de faits ». La distinction est familière aux juristes car elle est appliquée aussi dans le champ de l'interprétation du contrat. L'appréciation finale des raisons données par le juge de première instance ou d'appel est soumise au contrôle de la Cour de dernière instance qui est compétente à vérifier le respect des normes énoncées aux articles 1156 et suivants du code civil (maintenant articles 1188 et suivants) sous la notion de « dénaturation » du contrat<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Le principe est celui de l'interdiction du refus de vente sans motif légitime. Cette règle est prévue par l'article L.122-1 du Code de la consommation selon lequel « Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime ». Le pharmacien, qui est commerçant, dispose du monopole de la vente de médicaments, ce qui lui interdit de refuser la vente d'un produit contraceptif pour des raisons religieuses (Chambre criminelle du 21 octobre 1998, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1999, page 526).

<sup>13</sup> Code civ. italien (Article 1322) alinéa 2: «Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

<sup>14</sup> MALEVILLE M.-H., *Pratique de l'interprétation des contrats*, Pub. univ. Rouen, n. 164, 1991, p. 125 ss.: «S'il appartient aux tribunaux d'interpréter un contrat, ils ne peuvent, sous prétexte d'interprétation, en dénaturer le sens et la portée quand les clauses sont claires et précises, sans que leur décision tombe sous le contrôle et la censure de la Cour de Cassation (Cass. 23

(v. maintenant : ordonnance 2016, Art. 1192 « On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation »). La référence introduite par la réforme est à la *personne raisonnable* :

Art. 1188.-“*Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. « Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ».*”

On pourrait réfléchir au fait que les règles sur l'interprétation des contrats ont été réduites (seul 5 articles sont inclus, au lieu des neuf préexistants) et que certaines prévisions sont passées du chapitre de l'interprétation à d'autres titres. Comme c'est le cas de l'interprétation suivant l' *usage du pays*<sup>15</sup> qui pourra désormais être appliquée ayant regard au devoir de « exécuter » de bonne foi (Art. 1104 « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public »). Ce sera le juge qui pourra déduire des circonstances du cas d'espèce si les parties auraient dû de bonne foi savoir que des usages étaient applicables à leur rapport<sup>16</sup>. D'ailleurs la réforme maintient la règle concernant les effets du contrat liés à l'usage<sup>17</sup> : le nouvel Art. 1194 prévoit que

« Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »

Il est vrai que l'*Introduction* de l'ordonnance insiste beaucoup sur la nécessité de garantir la « *sécurité juridique* », sur le fait que

« la jurisprudence abondante ... est par essence *fluctuante*, et ne permet pas d'assurer la sécurité juridique que seul peut offrir un droit écrit, « raison pour laquelle l'ordonnance prévoit, pour sa majeure partie, une

---

fév. 1892, D. 1892.1.256)”. DURRY G., *Enc. Dalloz dr. civ.*, V, *Assurances terrestres*, 1982, n. 102: “La dénaturation du contrat est une arme que la Cour de Cassation se réserve pour censurer les interprétations abusives...”.

<sup>15</sup> Code Napoléon : Article 1159 : « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé » ; Article 1160 « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ».

<sup>16</sup> La réforme ne mentionne pas, à propos de l'interprétation, la limite des engagements par rapport au contenu du contrat (précédent Article 1163 code Nap. : « Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter »). Comp. DCFR, art. 0-302 (performance in good faith) : « the parties may avail themselves of the contractual rights and terms only *in accordance with the objective* that justified their inclusion in the contract”

<sup>17</sup> Dans le code Napoléon de 1804: Article 1135, « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

codification à droit constant de la jurisprudence, reprenant des solutions bien ancrées dans le paysage juridique français bien que non écrites ».

Ce sont les soucis qui avaient autre fois inspiré la *codification de Napoléon*: on trouve une certaine assonance dans le but de réduire l'arbitraire des juges, « rendre plus lisible et plus accessible le droit (aujourd'hui : des contrats) », « dans un style simple, par une présentation claire et didactique », par l'usage « d'un vocabulaire contemporain, et des formulations plus simples, plus explicites ».

Les notions « floues », les standards juridiques ne figent pas le juge dans un cadre tout à fait prévisible.

Si on considère d'autres réformes qui ont été approuvées dans les dernières quelques années en d'autres pays européens, le pouvoir reconnu aux juges en France ne paraît toutefois pas spécialement important ou frappant.

Le code civil néerlandais avance de façon beaucoup plus généreuse en direction d'une intervention judiciaire de rééquilibre entre les obligations des parties au contrat: la confiance donnée aux juges comme médiateurs des instances des parties au contrat est plus marquée dans l'expérience hollandaise<sup>18</sup>. Il suffit de mentionner la référence fréquente à la bonne foi.

En particulier le livre 6 du code civil contient la prévision (Article 6:2 *Reasonableness and fairness within the relationship between the creditor and debtor*) selon laquelle:

“A rule in force between a creditor and his debtor by virtue of law, common practice or a juridical act does not apply as far as this would be unacceptable, in the circumstances, by standards of reasonableness and fairness”<sup>19</sup>.

Comme conséquence, selon l'avis des experts hollandais, la bonne foi a une force dérogatoire qui n'est pas limitée aux clauses du contrat. Elle

---

<sup>18</sup> A. S. HARTKAMP, *Judicial Discretion under the New Civil Code of the Netherlands*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 40, No. 3 (Summer, 1992), pp. 551-571, disponible sur l'internet: <http://www.trans-lex.org/123700/> (consulté le 27 Juin 2016).

Art. 6:248 para. 1 provides that contracts not only have the effects expressly agreed upon, but also those, which, according to the nature of the contract, result from the law, usage or the requirements of reasonableness and equity.

<sup>19</sup> On n'a pu trouver de traduction fiable en français du texte hollandais, même pas par Juriscope, l'institut de Poitiers qui est très efficace dans le secteur des traductions juridiques soit du français vers d'autres langues qu' à l'envers: <http://www.juriscope.org/les-traductions/traductions-de-lois-etrangeres.htm>

s'applique à toutes les règles qui lient les parties au contrat, ce qui comprend aussi les règles législatives

« **the "derogating" function of good faith is not limited to clauses of the contract ... The rule applies to *all* rules binding** upon the parties as a result of the contract. This includes all relevant statutory rules which govern the parties' relationship, irrespective of whether they are of a supplementary or of a mandatory character. So the ***courts may derogate*** from a ***mandatory rule of law***, such as in the law of lease or consumer law, *where the party protected by that rule would, in the circumstances of the case, act contrary to reason and equity* by relying on it. In this sense ***all rules created by the parties or by statute*** have been brought under the ***control of the courts***,- not, of course, to judge their intrinsic fairness -, but to decide whether their application in a concrete case would lead to an unjust result" (A. Hartkamp).

On verra plus loin que l'équilibre des droits des parties est protégé en France aussi, mais le juge a un pouvoir plus limité (art. 1170 « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite »). Sur l'imprévision intervient l'art. 1195, considéré dans un paragraphe suivant.

#### B) *Ordre public.*

En France le nouveau régime du code prévoit que ses dispositions sont de nature supplétive (elles peuvent être écartées par le choix explicite des parties) sauf si elles sont d'ordre public. Comme seules très peu de clauses sont expressément définies d'ordre public, là aussi, le juge pourra être amené à intervenir pour préciser si une disposition est (ou non) d'ordre public. Cette intervention ne paraît toutefois changer la substance de ce qui arrivait avant la réforme. Seulement le fait qu'il soit précisé en certains cas, et non pas dans d'autres, qu'il s'agit d'une règle d'ordre public pourrait justifier un raisonnement *a contrario*, c'est-à-dire l'argument que « *ubi lex voluit, dixit* ». Le schéma serait : « Si la loi ne le dit pas, cela signifie que la règle n'est pas d'ordre public ». La réaction des observateurs étrangers peut être adressée à cette direction de pensée.

C) *Déséquilibre.* Un point qui a soulevé des critiques c'est l'introduction de la notion de déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion, qui

rend non écrite la clause créant le déséquilibre, et offre au juge une « porte d'entrée » dans le contrat<sup>20</sup>.

D'après certains praticiens :

« D'une part, la qualification du déséquilibre fera certainement l'objet de nombreux litiges, d'autre part, la dérive consumériste par la recherche d'une protection de la partie faible, au lieu de rétablir un équilibre, affaiblira la force obligatoire du contrat.

On peut aussi légitimement craindre une dérive vers un comportement nuisible des parties au bon déroulement du contrat »<sup>21</sup>.

Le souci est peut-être tardif puisque la possibilité était déjà connue, au moins dans le secteur des contrats d'adhésion stipulés par les consommateurs.

On pourrait même se demander comment il est arrivé que le système juridique français ait tant tardé à régler une matière qui avait été considérée il y a très longtemps par R. Saleilles<sup>22</sup>.

D) Avec l'**introduction de l'imprévision**<sup>23</sup>, les juges reçoivent là aussi un pouvoir de adaptation/correction du contrat: de façon

---

<sup>20</sup> Art. 1171 de la réforme :

« Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un **déséquilibre significatif** entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation».

Voir, dans le code néerlandais, aussi l'Article 6:233 ("It provides that a stipulation in general conditions may be annulled (either through an informal declaration by a party to the contract addressed to the other party or by judgment) if, taking into consideration all the circumstances of the case, it is unreasonably onerous to the other party").

<sup>21</sup> <http://www.copernic-avocats.com/reforme-droit-obligations-code-civil/>.

D'ailleurs selon l'avis de certains (F. Lefebvre) : « Outre un pouvoir considérable accordé au juge, le Code met en place une réelle insécurité juridique pour les entreprises. Cette notion même de déséquilibre significatif, très large, permettra au juge d'interpréter la clause comme abusive. Déjà connues du Code de commerce pour les relations entre professionnels et non-professionnels, ces clauses abusives se voient aujourd'hui étendues au régime général du droit des contrats. Toutes les conventions pourront donc faire l'objet d'une remise en cause, même celles conclues sur un pied d'égalité entre professionnels, ou encore celles conclues de bonne foi »: [http://www.flf.fr/breves/reforme-droit-des-contrats-vers\\_205.html](http://www.flf.fr/breves/reforme-droit-des-contrats-vers_205.html).

<sup>22</sup> Raymond SALEILLES, *De la Déclaration de volonté – Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris, L.G.D.J., 1929, p. 229 (ce qu'il appelle, faute de mieux, des contrats d'adhésion « n'ont du contrat que le nom ». Selon ce juriste, ce sont en réalité des actes unilatéraux, comparables à bien des égards à la loi : « tous les contrats de travail dans la grande industrie, des contrats de transport avec les grandes compagnies de chemins de fer, et de tous ces contrats [...] revêtent comme un caractère de loi collective et [...] se rapprocheraient beaucoup plus de la *Lex* que de l'accord des volontés».

<sup>23</sup> Art. 1195 « 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

subsidaire à la volonté des parties, il est vrai, puisque « les parties pourront convenir à l'avance de l'écartier pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat ».

L'alinéa 2 précise les conséquences d'un refus ou d'un échec des négociations :

« les parties, si elles en sont d'accord, peuvent convenir de la résolution du contrat ou saisir le juge pour que celui-ci adapte le contrat. A l'issue d'un délai raisonnable, l'une des parties peut également saisir seule le juge qui pourra alors réviser le contrat ou y mettre fin ».

« L'imprévision a donc vocation à jouer un rôle préventif, le risque d'anéantissement ou de révision du contrat par le juge devant inciter les parties à négocier ». (*Rapport au Président de la République*)

Le nouveau arrangement, qui fait face à des exigences aperçues, impose aussi la vigilance des entreprises : « on peut ainsi d'ores et déjà prévoir des comportements opportunistes, où une partie tentera d'abuser du dispositif afin de modifier en sa faveur la répartition initiale des gains prévus au contrat. De plus, on peut reprocher une surprotection qui s'oppose au principe de responsabilisation des relations d'affaire dans lesquelles le risque est intrinsèque »<sup>24</sup>.

Du point de vue des observateurs italiens il est intéressant de noter que l'imprévisibilité n'est pas ancrée à des événements « exceptionnels » ou « extraordinaires »<sup>25</sup> : on pourrait se demander si le caractère hors du commun des faits est déjà inclus dans la notion de « imprévisible ». Quelqu'un pourrait songer que deux parties à un contrat puissent être

---

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. A 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 ».

<sup>24</sup> Philippe DUPICHOT (Secr. Gén. Assoc. H. Capitant), *Regards (bienveillants) sur le projet de réforme, Dossier Projet de Réforme du droit des contrats : regards croisés*, in *Droit & Patrimoine*, N°247 mai 2015 : [http://www.gide.com/sites/default/files/dep247\\_article\\_philippedupichot\\_mai2015\\_0.pdf](http://www.gide.com/sites/default/files/dep247_article_philippedupichot_mai2015_0.pdf)

<sup>25</sup> Codice civile it., Art. 1467. Contratto con prestazioni corrispettive.

“Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti *straordinari e imprevedibili*, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. ...”

peu informées et qu'elles ne sachent pas prévoir des circonstances que d'autres sujets plus avisés auraient normalement prévu. La question est donc s'il s'agit ici, comme probable, d'une imprévisibilité pour la généralité des personnes, ou pour les parties au contrat. Evidemment l'histoire de la jurisprudence aide à comprendre, mais en faisant référence à des données hors du texte écrit. L'indication d'exceptionnalité aurait aidé.

Ce qui reste incertain aussi, ici comme dans les principes internationaux du droit des contrats qui imposent l'obligation de « *renégociation* » du contrat, c'est la qualification ou l'expérience du juge à rétablir l'équilibre du contrat: hors d'un cercle limité de contrats commerciaux qui peuvent être familiers à certaines cours spécialisées (par exemple en matière financière, par les services du CIRDI/ICSID – Centre pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, d'après la convention de Washington de 1965)<sup>26</sup>, il n'est pas évident qu'un juge ordinaire sache analyser et élaborer les intérêts des parties qui ont parfois négocié leur rapports pendant des longues rencontres avec l'aide de professionnels très spécialisés. L'équilibre qui avait originairement été établi correspond à des alchimies qu'il n'est pas simple de recréer. Il faut se rappeler que le juge de *civil law* n'a pas la même formation que celui de *common law* qui ne devient tel sans avoir eu une expérience préalable assez étendue comme avocat et qui aura de conséquence une certaine familiarité avec la négociation des contrats.

## 6. En conclusion, sur le style de la réforme.

Comme dernière notation sur le langage de la réforme, on peut observer que le style n'est pas toujours synthétique et axé sur les principes ou règles indispensables. Il suffit par exemple l'art. 1127-5 qui statue avec un grand détail en matière de contrat électronique :

*« Une lettre recommandée relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique à condition que ce courrier soit acheminé par un tiers selon un procédé permettant d'identifier le tiers, de désigner l'expéditeur, de garantir l'identité du destinataire et d'établir si la lettre a été remise ou non au destinataire.*

*Le contenu de cette lettre, au choix de l'expéditeur, peut être imprimé par le tiers sur papier pour être distribué au destinataire ou peut être adressé à celui-ci par voie*

---

<sup>26</sup> [https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc\\_fra-archive/12.htm](https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_fra-archive/12.htm)

*électronique. Dans ce dernier cas, si le destinataire n'est pas un professionnel, il doit avoir demandé l'envoi par ce moyen ou en avoir accepté l'usage au cours d'échanges antérieurs.*

*Lorsque l'apposition de la date d'expédition ou de réception résulte d'un procédé électronique, la fiabilité de celui-ci est présumée, jusqu'à preuve contraire, s'il satisfait à des exigences fixées par un décret en Conseil d'État.*

*Un avis de réception peut être adressé à l'expéditeur par voie électronique ou par tout autre dispositif lui permettant de le conserver.*

*Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État ».*

Le choix de concision et de clarté n'est pas suivi de façon constante et cela peut être imprudent dans un secteur comme celui de l'*information technology* où l'évolution des moyens est très rapide.

La codification emporte toujours un risque de obsolescence vers lequel il faut se méfier, comme Portalis lui-même avait suggéré lors de la codification de 1804 :

« Tout prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre. Il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation. ... il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ... au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer ; que l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Portalis, *Discours préliminaire* du premier projet de Code civil (1801), p. 14, [http://classiques.uqac.ca/collection\\_documents/portalis/discours\\_1er\\_code\\_civil/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf)