

L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription Aspects de droit des contrats⁽¹⁾

Denis MAZEAUD

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Secrétaire général de l'Association Henri Capitant

Directeur scientifique de la Revue des contrats

1. En guise d'introduction, il convient de s'arrêter sur le double objectif que se sont fixé les promoteurs, au premier rang desquels Pierre Catala qui en a été le maître d'œuvre, et les rédacteurs de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, à savoir, sur un plan national, la rénovation du Code civil, et sur un plan international, le rayonnement du système contractuel français.

2. Rénovation du Code civil, en premier lieu : aujourd'hui notre Code, dans sa partie relative au contrat, n'est plus le reflet du droit vivant. Alors que depuis 1804, mis à part quelques articles, la lettre du Code est restée immobile, figée, la lettre et l'esprit du droit français des contrats ont, en revanche, considérablement évolué. Et cette profonde évolution s'est produite hors le Code civil, à savoir : d'une part, dans d'autres codes tels le Code du commerce et le Code de la consommation, lesquels contiennent des règles essentielles du droit contractuel contemporain ; d'autre part, dans la jurisprudence grâce à l'œuvre titanesque accomplie par le Cour de cassation, depuis plus de deux siècles, laquelle a créé des règles fondamentales qui gouvernent aujourd'hui notre univers contractuel.

De ce processus d'évolution de notre droit des contrats, il en résulte :

- non seulement, un Code civil vieilli, qui se conjugue au passé mais plus au présent et encore moins au futur : un Code qui ne constitue plus «le» Code des contrats, le droit commun des contrats, mais «un» Code parmi d'autres,

- mais encore, un droit des contrats éclaté, éparpillé et difficilement accessible parce que disséminé dans plusieurs Codes et dans les recueils de jurisprudence ; un droit, par conséquent, largement imprévisible.

D'où la nécessité de rénover le Code civil, de regrouper en son sein l'essentiel du droit des contrats, de rapatrier dans le Code les règles contractuelles

(1) Ce texte reprend en la développant la substance d'une conférence donnée par l'auteur à la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université Saint-Joseph le 15 juin 2006.

fondamentales égarées dans d'autres Codes ou consignées dans le Bulletin de la Cour de cassation, en bref de rénover notre Code. En somme, il était impératif de recodifier le droit des contrats pour redonner au Code civil le statut de droit commun et le label de droit vivant du contrat.

3. En second lieu, le second objectif poursuivi par les promoteurs de l'avant-projet de réforme était que le Code civil redevienne, à l'échelle européenne et internationale, un modèle exportable susceptible d'influencer les législateurs étrangers et particulièrement le législateur européen. En l'état, en raison des vices qui l'affectent, le Code civil, en général, et le droit français des contrats, en particulier, ne constituent plus un passeport permettant au modèle contractuel français de rayonner au-delà de nos frontières.

Dès lors la réforme du Code civil, dans son titre relatif aux contrats, s'imposait si l'on souhaite que le modèle contractuel français retrouve «les couleurs de la passion et les chemins de la conquête»⁽¹⁾, redevienne une source d'inspiration pour les législateurs étrangers et, peut-être surtout, pour faire face au défi européen et au processus d'harmonisation du droit européen du contrat, déjà largement engagé comme le révèle l'existence des *Principes de droit européen du contrat* qui constitueront très probablement la source du droit européen des contrats de demain ou d'après demain.

4. C'est ce double objectif : réaliser la rénovation du Code civil (I) et assurer le rayonnement du modèle contractuel français (II) qui constituera la trame de cet article.

1) LA RÉNOVATION DU CODE CIVIL

5. Dans son sous-titre relatif aux contrats, la rénovation s'est traduite par une double entreprise de restauration du Code et de révision du droit des contrats lui-même.

Arrêtons-nous successivement sur ces deux mouvements destinés à assurer la rénovation de notre Code.

A) La restauration du Code

6. La restauration du Code a été réalisée par les rédacteurs de l'avant-projet en procédant en premier lieu à la restructuration de son sous-titre relatif au droit des contrats.

Dans cette perspective, les auteurs de l'avant-projet ont, d'une part, œuvré pour assurer une meilleure intelligibilité du Code, donc pour le rendre plus accessible. A cet égard il faut noter que le nouveau sous-titre consacré au contrat s'ouvre par une section qui comporte des définitions des différents types de contrats et

(1) J. Mestre, «Faut-il réformer le titre III du livre III du Code civil ?», *RDC* 2004, p.1167, sp. p.1169.

introduit dans le Code de nouvelles définitions, en donnant forme de loi à des pratiques contractuelles éprouvées, comme le contrat d'adhésion et le contrat cadre. Par ailleurs, il convient de souligner, dans la perspective de l'amélioration de l'intelligibilité du Code, l'apport essentiel de ces définitions qui contribuent à la clarté de notre droit et qui s'inscrivent dans une tendance européenne et internationale qui consiste à définir les termes utilisés.

7. La restructuration du Code, outre qu'elle se traduit par une amélioration de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la lettre de ses dispositions, se concrétise, d'autre part, par une modification de son plan ; le sous-titre I de l'avant-projet, intitulé «*Du contrat et des obligations conventionnelles en général*», se compose de sept chapitres : «Dispositions générales», «Conditions essentielles pour la validité des conventions», «Effet des conventions», «Modalités», «Extinction», «Opérations des créances» et «Preuve des obligations».

Sur ce plan nouveau, on peut dire qu'il constitue un très net progrès par rapport au plan actuel. Ainsi sont rapatriées dans le sous-titre consacré au contrat, des dispositions qui sont aujourd'hui placées dans d'autres subdivisions du Code, ce qui imprime à celui-ci une plus grande cohésion. C'est, par exemple, le cas du texte relatif à l'aptitude à contracter (insanité d'esprit), qui est actuellement «logé» dans le titre qui traite «de la majorité et des majeurs qui sont protégés par la loi». Fort opportunément, les rédacteurs de l'avant-projet l'ont intégré dans la section qui porte sur le consentement. En outre, dans l'avant-projet, à l'intérieur même du sous-titre consacré au contrat, une réorganisation interne est opérée, ce qui confèrera au Code une plus grande cohérence. Ainsi, les dispositions relatives à la promesse pour autrui, à la promesse de porte-fort, aux ayant cause sont désormais beaucoup plus logiquement intégrées dans la section relative aux effets du contrat à l'égard des tiers, alors qu'ils sont aujourd'hui insérés dans celle qui régit le consentement. Dans le même ordre d'idées, la règle sur la lésion est, elle aussi et très opportunément, déplacée de la section sur le consentement à celle qui porte sur l'objet.

8. La restauration du Code ne procède pas uniquement de modifications tendant à l'amélioration de son style et son plan ; elle découle, en deuxième lieu, du souci des auteurs de l'avant-projet de réaffirmer la primauté du Code civil sur les autres sources, légales ou jurisprudentielles, du droit des contrats.

Concrètement, cette hiérarchie établie au profit du Code civil, entre les diverses sources du droit des contrats, notamment entre les différents codes qui contiennent des dispositions le régissant, procède du fait que sont rapatriées dans le Code civil des dispositions qui jusque-là étaient insérées dans des codes spécialisés, en particulier dans le Code de la consommation. Cette intégration emporte une généralisation des règles en question et leur confère le statut de règles de droit commun. Il en va ainsi, par exemple, des règles relatives à la protection contre les

clauses abusives et à l'interprétation du contrat en faveur de la partie faible. Jusqu'alors elles étaient intégrées dans le seul Code de la consommation et ne profitaient donc qu'aux seuls consommateurs ; elles sont désormais rapatriées dans le Code, dans le droit commun du contrat et ont donc, en tant que telles, vocation à jouer en faveur de tous les contractants faibles et dépendants, et ce quel que soit leur statut au jour de la conclusion du contrat.

On ajoutera que cette mutation de statut (du droit spécial au droit commun) dont ces règles sont l'objet, témoigne du souci des rédacteurs de l'avant-projet de promouvoir, plus encore qu'en droit positif, la justice contractuelle, et dans cette perspective de prendre en compte l'inégalité qui existe parfois entre les contractants, lors de la conclusion du contrat. C'est un coup porté aux mythes tenaces de la liberté et de l'égalité contractuelle, qui constituent encore les fondations de la théorie générale du contrat.

9. L'entreprise de restauration du Code civil réalisée par l'avant-projet se traduit, en troisième lieu, et plus fondamentalement encore, par un important travail de réactualisation de ses dispositions. Réactualisation opérée par la codification des règles qui font déjà partie de notre droit positif mais qui ne sont pas encore intégrées dans le Code civil.

Réactualisation qui a consisté, d'une part, dans la consécration de règles, de concepts et d'instruments contractuels qui avaient déjà acquis droit de cité dans notre univers contractuel, dans notre droit positif, depuis des lustres, mais qui n'avaient pas encore trouvé refuge dans le Code civil.

Ce phénomène de codification-consécration a, d'abord, eu pour objet des règles d'origine jurisprudentielle. L'avant-projet consacre ainsi un grand nombre de règles que la Cour de cassation avait créées, soit dans le silence du Code, en vue de combler ses imprécisions et ses lacunes, soit en raison de la désuétude de certaines de ses dispositions. Pêle-mêle, et parmi beaucoup d'autres, l'avant-projet consacre et codifie:

- Au stade de la formation du contrat :
 - l'obligation de négocier de bonne foi ;
 - l'obligation précontractuelle d'information ;
 - les règles relatives à l'offre et à l'acceptation.

(Autant de règles qui concilient les impératifs de liberté et de loyauté contractuelle).

- Au stade de la validité du contrat :
 - la nullité du contrat en cas de réticence dolosive ;
 - la nullité du contrat pour cause immorale en dépit de l'ignorance d'un contractant du motif immoral qui animait son cocontractant.

(Autant de règles qui concilient la protection des intérêts privés et la défense de l'intérêt général).

- Au stade des effets du contrat : l'exécution forcée en nature des obligations de faire et de ne pas faire, alors que l'article 1142 actuel énonce le principe contraire de l'exécution forcée par équivalent de telles obligations.

(Règle qui illustre l'attachement du droit français au principe moral du respect de la parole donnée et de la force obligatoire du contrat).

10. La réactualisation du Code réalisée par l'avant-projet CATALA ne résulte pas seulement de la consécration de règles d'origine jurisprudentielle ; elle découle ensuite de la consécration de certaines créations d'origine doctrinale qui, d'ores et déjà, font partie de notre droit positif.

Pêle-mêle, là aussi, sont désormais gravées dans le marbre de la loi par l'avant-projet :

- la distinction des obligations de résultat et de moyens héritée de Demogue ;
- la théorie moderne des nullités forgée par Japiot ;
- la théorie de l'opposabilité du contrat aux tiers et par les tiers systématisée par A. Weill.

11. La réactualisation du Code civil par l'avant-projet CATALA se traduit enfin par une réception importante de certaines créations de la pratique contractuelle. Font ainsi leur entrée, par la grande porte, dans le Code : l'accord de principe, la promesse unilatérale de vente, le pacte de préférence, les clauses de renégociation, la clause résolutoire expresse et les contrats interdépendants.

Autant de phénomènes de réception de la jurisprudence, de la doctrine et de la pratique, qui traduisent parfaitement la pluralité des sources contemporaines du droit vivant des contrats...

12. Le travail de réactualisation ne se traduit pas uniquement, dans l'avant-projet, par la consécration de règles bien assises et solidement établies de notre droit positif qui, aujourd'hui encore, sont hors du Code. Il se concrétise, d'autre part, par un phénomène de consolidation de règles et de concepts qui manquent encore aujourd'hui de fermeté et de solidité pour obtenir le label de règles de droit positif.

D'abord, l'avant-projet consacre la jurisprudence *Chronopost* inaugurée le 22 octobre 1996⁽¹⁾ (et réitérée depuis le 30 mai 2006⁽²⁾ par la chambre commerciale de la Cour de cassation. Celle-ci a, au nom de la cause, réputé non écrite la clause

(1) Cass. com., 22 oct. 1996 : *Contrats, conc., consomm.*, 1997, comm. n°24, obs. L. Leveneur; *D.* 1997, 121, note A. Sériaux; *somm.comm.*, 175, obs. P. Delebecque; *Defrénois*, 1997, 333, obs. D. Mazeaud; *JCP* 1997. I. 4002, obs. M. Fabre-

(2) Cass. com., 30 mai 2006 : *D.* 2006. 2288, comm. n°183, obs. L. Leveneur; *D.* 2006. 2288, note D. Mazeaud

limitative de réparation stipulée dans le contrat de transport rapide conclu entre la société Chronopost et l'un de ses clients, en vertu de laquelle le transporteur rapide était simplement tenu en cas de retard d'indemniser l'expéditeur en lui versant, quelle que soit l'importance de son préjudice, l'équivalent du prix qu'il avait versé lors de la conclusion du contrat. Elle a décidé que cette clause devait être effacée du contrat, parce qu'en réduisant excessivement la sanction de l'inexécution de l'obligation essentielle de ponctualité souscrite par le transporteur, dans laquelle était cristallisée l'économie du contrat, «elle contredisait la portée de l'engagement pris» ; les nouveaux articles 1121, alinéa 3, 1125 alinéa 2 et 1382-2 de l'avant-projet consacrent clairement cette jurisprudence. Ils disposent respectivement que sont réputées non écrites «*toute clause inconciliable avec les éléments essentiels*» qui composent l'objet de contrat, ainsi que «*toute clause inconciliable avec la réalité de la cause*» et que toute clause qui limite ou exclut la réparation en cas de manquement à une obligation essentielle. Est ainsi confirmée l'idée qu'une clause qui ruine la cohérence interne du contrat parce qu'elle contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur, doit être supprimée du contrat.

Ces dispositions témoignent de ce que l'exigence de cohérence contractuelle, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, constitue une idée qui est dotée d'une certaine vitalité dans notre droit contemporain.

13. Ensuite, la deuxième règle d'origine jurisprudentielle consolidée par l'avant-projet, est la sanction de la violence économique. Dans deux arrêts du 30 mai 2000⁽¹⁾ et du 3 avril 2002⁽²⁾, la première chambre civile de la Cour de cassation a, en effet, admis, sous forme de principe, la nullité du contrat pour violence économique lorsqu'un contractant a abusé de la situation de dépendance économique de son cocontractant au stade de la conclusion du contrat, pour en retirer un profit contractuel excessif. D'une façon similaire, l'avant-projet énonce, dans son article 1114-3 alinéa 1, qu'«*il y également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif*».

En intégrant cette solution jurisprudentielle dans le Code, l'avant-projet fait une fois encore œuvre de justice contractuelle et se démarque de la vision classique et abstraite de l'égalité contractuelle qu'avaient retenue les rédacteurs du Code de

(1) *Comm. com. élec.* 2002, n°89, obs. Ph. Stoffel-Munck, n°89; *Contrats, conc., consomm.*, 2000, comm. n°142, obs. L. Leveneur; *D.* 2000, 879, note J.-P. Chazal; *D.* 2001, somm. comm., 1140, obs. D. Mazeaud; *Defrénois*, 2000, 1124, obs. Ph. Delebecque; *JCP* 2002. I. 184, obs. G. Loiseau; *RTDciv.* 2000, 827, obs. J. Mestre et B. Fages.

(2) *Comm. com. élec.* 2002, n°89, obs. Ph. Stoffel-Munck, n°89; *Contrats, conc., consomm.*, 2002, n°121, obs. L. Leveneur; *D.* 2002, 1860, note J.-P. Gridel et J.-P. Chazal; somm. comm. 2844, obs. D. Mazeaud; *Defrénois*, 2002, 1246, obs. E. Savaux; *JCP* 2002. I. 184, obs. G. Virassamy; *RTDciv.* 2002, 502, obs. J. Mestre et B. Fages.

1804. Le déséquilibre contractuel excessif n'est plus la rançon de la liberté lorsqu'il découle de l'exploitation abusive de l'inégalité économique existante au jour de la conclusion du contrat.

14. Enfin, troisième règle d'origine jurisprudentielle consolidée par l'avant-projet : l'obligation de renégocier le contrat devenu profondément déséquilibré au cours de son exécution par l'effet d'un changement de circonstance.

Par deux arrêts, rendus respectivement les 3 novembre 1992⁽¹⁾ et le 24 novembre 1998⁽²⁾, la Cour de cassation a décidé en substance que manque à son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi et engage sa responsabilité, le contractant qui refuse de renégocier un contrat devenu profondément déséquilibré au cours de son exécution et empêche, ainsi, son partenaire de pratiquer des prix concurrentiels.

L'avant-projet consolide cette jurisprudence. Aux termes de l'article 1135-2, en l'absence de clause de renégociation, un contractant qui a conclu un contrat à exécution successive ou échelonnée devenu, par l'effet des circonstances, déséquilibré à un point tel qu'il perd tout intérêt pour lui, peut saisir le président du tribunal de grande instance pour que celui-ci ordonne une telle renégociation et en cas d'échec de bonne foi de la renégociation, chaque contractant peut alors résilier unilatéralement le contrat.

On saluera avec cette disposition le souci d'imposer une certaine solidarité entre les contractants lorsque le contrat devient excessivement déséquilibré à la suite d'un bouleversement des circonstances imprévisible et irrésistible, au point qu'il est privé de tout intérêt pour un contractant.

15. On en a désormais terminé avec l'examen de la restauration du Code, dans sa lettre, dans sa structure et dans sa substance, dans la perspective plus générale de l'œuvre de rénovation du Code entreprise par les auteurs de l'avant-projet de réforme. Cette œuvre de rénovation du Code se traduit par ailleurs par une entreprise de révision du droit des contrats, autrement dit par la réforme pure et simple de certaines règles qui irriguaient notre droit positif, soit dans le code, soit hors du code, et que l'avant-projet a modifiées plus ou moins radicalement.

B) La révision du droit des contrats

16. Cette révision du droit des contrats réalisée par l'avant-projet CATALA se concrétise, en premier lieu, par l'abrogation de certaines règles de notre droit.

Pour illustrer ce phénomène, on s'arrêtera sur des règles qui démontrent l'attachement des rédacteurs de l'avant-projet au principe moral du respect de la parole donnée, au principe de la force obligatoire du contrat, et leur souci de préserver la sécurité juridique.

(1) *Defrénois*, 1993. 1377, obs. J-L. Aubert; *JCP* 1993. II. 22164, obs. G. Virassamy; *RTDciv.* 1993. 124, obs. J. Mestre.

(2) *Contrats, conc., consom.*, 1999, comm. n°56, obs. M. Malaurie-Vignal; *Defrénois*, 1999, 371, obs. D. Mazeaud; *JCP* 1999. I. 143, obs. Ch. Jamin; *RTDciv.* 1999. 98, obs. J. Mestre et 646, obs. P.-Y. Gautier.

Ainsi, d'une part, alors qu'en droit positif, la révocation abusive d'une offre n'est sanctionnée que par la mise en jeu de la responsabilité contractuelle de l'offrant et par l'allocation de dommages intérêts au profit du destinataire de l'offre dont les attentes raisonnables ont été trompées, il est désormais clairement affirmé, dans l'article 1105-4 de l'avant-projet, que la révocation d'une offre à personne déterminée, pendant le délai durant lequel l'offrant s'était engagé à la maintenir, ne peut empêcher la formation du contrat. Et il en va de même en cas de décès de l'offrant pendant ce même délai.

Règles remarquables dans la mesure où elles rompent le lien traditionnel entre volonté et contrat, et permettent la formation de celui-ci contre la volonté de l'offrant ou en dépit de la disparition de l'offrant ; règles qui visent à protéger les attentes raisonnables, la confiance légitime du destinataire de l'offre.

17. D'autre part, la solution très controversée de la troisième chambre civile de la Cour de cassation qui sanctionnait par de simples dommages intérêts la rétractation du promettant, pendant le délai d'option accordé au bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contrat⁽¹⁾, est abrogée. L'article 1106 de l'avant-projet dispose que «*la rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat*». Par conséquent, en dépit d'une telle rétractation, l'acceptation du bénéficiaire pendant le délai d'option se soldera par la formation et l'exécution forcées du contrat.

Et c'est une solution similaire que l'avant-projet retient en cas d'inexécution d'un pacte de préférence. Alors que, très récemment encore, la Cour de cassation décidait que lorsque le promettant conclut le contrat, objet du pacte de préférence, avec un tiers de mauvaise foi, le bénéficiaire du pacte ne pouvait obtenir que l'annulation de ce contrat, l'avant-projet de réforme dispose que le contrat conclu entre le promettant et le tiers de mauvaise foi est inopposable au bénéficiaire du pacte. Règle qui, implicitement, permet à ce dernier d'être substitué dans les droits et les obligations du tiers de mauvaise foi.

Et on relèvera que le 26 mai 2006, une Chambre mixte de la Cour de cassation a opéré sur ce point un revirement de jurisprudence, en décidant que le bénéficiaire du pacte pouvait, à condition de prouver la mauvaise foi du tiers, obtenir la nullité du contrat conclu, en violation du pacte de préférence, et sa substitution dans les droits et obligations de ce tiers⁽²⁾.

(1) Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993 : *D.* 1994, somm. comm., 507, obs. O. Tournafond; *D.* 1995, somm. comm., 230, obs. L. Aynès; *Deffrénois*, 1994, 795, obs. Ph. Delebecque; *JCP* 1995. II. 22366, obs. D. Mazeaud; *RTDciv.* 1994. 588, obs. J. Mestre; 26 juin 1996 : *D.* 1997, somm. comm., 169, obs. D. Mazeaud.

(2) *D.* 2006, 1861, note P.-Y. Gautier et Mainguy; panorama, 2644, obs. B. Fauvarque-Cosson; *Deffrénois*, 2006. 1207, obs. E. Savaux; *JCP* 2006. II. 10142, obs. L. Leveneur; *RDC* 2006, 1080, obs. D. Mazeaud; *RTDciv.* 2006. 550, obs. J. Mestre et B. Fages.

Et il est particulièrement intéressant de relever que l'avant-projet n'est pas étranger à ce revirement de jurisprudence. En effet, dans son rapport, le conseiller à la Cour de cassation s'est inspiré expressément des dispositions de l'avant-projet pour proposer la solution finalement retenue par la chambre mixte. Ainsi, l'avant-projet est aujourd'hui exploité comme une source d'inspiration par les artisans du droit du contrat et érigé au rang de source savante, quoique virtuelle, de ce droit.

18. La révision du droit des contrats dans l'avant-projet de réforme ne se solde pas uniquement par l'abrogation de règles de notre droit positif ; elle procède par ailleurs, en second lieu, à des innovations plus ou moins audacieuses, plus ou moins remarquables, réalisées par ses rédacteurs, et qui emportent elles aussi une modification sensible de notre droit positif.

Entre autres, l'avant-projet édicte des règles très innovantes en matière de responsabilité contractuelle.

D'une part, en vertu de l'article 1341, le créancier qui subit un préjudice corporel en raison de l'inexécution du contrat imputable au débiteur, peut opter pour la responsabilité extra-contractuelle en vue d'en obtenir la réparation. Règle innovante puisqu'elle constitue un important tempérament au principe traditionnel du non-cumul, selon lequel un contractant, victime d'un dommage, ne peut pas opter pour une action en responsabilité extra-contractuelle, et qui fragilise la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle.

19. D'autre part, en vertu de l'article 1342 de l'avant-projet, lorsqu'un tiers est victime d'un dommage causé par l'inexécution d'un contrat, il doit en principe agir en responsabilité contractuelle contre le débiteur pour en obtenir la réparation. Cette règle innovante est fondée sur l'idée de la double nécessité de respecter les prévisions contractuelles du débiteur, actionné en responsabilité par un tiers, et de ne pas mieux traiter le tiers que le créancier. Aussi, le texte ajoute-t-il, fort logiquement, que le débiteur actionné en responsabilité contractuelle par le tiers victime pourra lui opposer toutes les exceptions, notamment toutes les clauses qu'il aurait pu opposer à son propre contractant.

Cette règle emporte une réforme très importante de notre droit positif. Non seulement, elle revient sur le fameux arrêt *Besse* rendu en 1991 par l'Assemblée plénière⁽¹⁾, depuis lequel, exception faite des actions exercées au sein d'une chaîne de contrats translatifs de propriété, toutes les actions exercées par un tiers victime d'un préjudice causé par l'inexécution d'un contrat sont de nature délictuelle. Mais encore, avec cette règle, l'avant-projet substitue, dans une certaine mesure, au principe traditionnel de l'effet relatif du contrat conclu, celui de l'effet attractif du contrat inexécuté.

(1) Cass. Ass. Plén., 12 juill. 1991 : *D.* 1991, 549, note J. Ghestin; *JCP* 1991. II. 21743, obs. G. Viney; *RTDciv.* 1991. 750, obs. P. Jourdain.

20. On terminera sur ce point en précisant que cet article 1342 n'ouvre au tiers victime une action en responsabilité de nature extra-contractuelle qu'à la condition qu'il démontre que l'inexécution contractuelle qui lui a causé son préjudice constitue aussi à son égard un fait générateur de responsabilité extra-contractuelle, ce qui, par hypothèse, ne sera pas très fréquent.

Sur ce dernier point, l'avant-projet CATALA tranche une question relative au régime de l'action en responsabilité extra-contractuelle exercée par un tiers, qui opposait jusqu'au 6 octobre dernier la première Chambre civile et la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Question qui est la suivante : lorsqu'un tiers, victime d'un dommage causé par l'inexécution d'un contrat, exerce une action en responsabilité extra-contractuelle, peut-il simplement apporter la preuve que son préjudice a été causé par la faute contractuelle du débiteur ou doit-il démontrer que cette faute contractuelle constitue aussi à son égard une faute délictuelle ou quasi délictuelle ?

Le 6 octobre 2006, l'Assemblée plénière a décidé que «le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage». Cet arrêt remet en cause le principe de la relativité de la faute contractuelle et tend donc à aligner les conditions de l'action en responsabilité délictuelle exercée par le tiers sur celle de l'action en responsabilité contractuelle exercée par le créancier...

21. On en a maintenant terminé avec l'étude de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription sous l'angle de la rénovation du Code civil. Reste à s'arrêter désormais sur les dispositions de ce texte en les envisageant dans une autre perspective. Autrement dit, il convient maintenant d'apprécier cet avant-projet à l'aune du second objectif poursuivi par ses promoteurs, à savoir le rayonnement du modèle contractuel français en Europe et dans le monde.

II) Le rayonnement du modèle contractuel français

22. La raison essentielle qui a conduit à l'élaboration d'un avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, est de redonner, sur le plan international, au Code civil son lustre de jadis, et sur le plan européen, de permettre au droit français d'exercer une influence sur le mouvement actuel d'harmonisation européenne du droit des contrats.

Pour apprécier si cet objectif est effectivement réalisé et si l'avant-projet assurera à nouveau le rayonnement du droit français sur la scène européenne et internationale, on recensera celles des règles de cet avant-projet qui constituent des signes de la réception des règles étrangères et européennes (A) et, par conséquent, des gages de rayonnement du modèle contractuel français, et celles qui sont autant de marque de la résistance (B) de l'avant-projet aux idées venues d'ailleurs et qui sont autant d'obstacles à la réalisation de cet objectif. Etant entendu que l'idée

n'est pas de dire que le droit français rayonnera à nouveau en Europe et dans le monde en imitant servilement les autres droits, mais en intégrant certaines règles venues d'ailleurs et en les adaptant au modèle contractuel français.

A- La réception

23. La réception des idées venues d'ailleurs par l'avant-projet, gage de rayonnement et du renouveau du modèle contractuel français dans le monde en général, et en Europe en particulier, se traduit par deux séries de phénomènes. En premier lieu, un phénomène de convergence, entre les règles de l'avant-projet et celles, notamment, des *Principes du droit européen du contrat*, qui constitueront certainement la sève, la source du droit européen du contrat de demain, si celui-ci voit un jour le jour.

Au titre de ces convergences, on retiendra deux illustrations. En premier lieu, la consécration par l'avant-projet de la résolution unilatérale d'un contrat inexécuté, c'est-à-dire la résolution sans juge. La résolution est extra-judiciaire en droit européen. En effet, aux termes de l'article 9:301 des *PDEC*, «*Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part d'un contractant*». Inspirée par les leçons de l'analyse économique du droit, la résolution unilatérale repose sur l'idée que grâce à l'éviction du juge, le créancier victime de l'inexécution, au lieu de subir l'attente aléatoire et de supporter les frais inhérents à l'intervention du juge, «*peut tout de suite ou dans un délai raisonnable, conclure un nouveau contrat avec un tiers, ce qui lui évite de perdre et son temps et son argent*»⁽¹⁾. En droit positif français, en revanche, la résolution d'un contrat inexécuté est en principe judiciaire. Ce principe ne cède que si «*la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non*», selon la formule consacrée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation⁽²⁾.

L'avant-projet fait preuve, sur ce point, d'une originalité certaine. En effet, en vertu de l'article 1158, lorsque le créancier est victime d'une inexécution, il a désormais le choix entre deux modes de résolution : judiciaire ou unilatérale. Ainsi, l'avant-projet se rapproche de nombreux droits étrangers et des *Principes du droit européen du contrat*, dans la mesure où la résolution sans juge ne constitue plus un simple tempérament au principe de la résolution judiciaire,

(1) Ibid.

(2) Cass. civ.1^{ère}, 13 oct. 1998 : *D.*1999. 197, note C. Jamin et somm. comm., 115, obs. P. Delebecque; *Defrénois*, 1999. 374, obs. D. Mazeaud; *RTDciv.*1999, 374, obs. J. Mestre; 20 févr. 2001 : *D.* 2001. 1568, note C. Jamin et somm. comm., 3239, obs. D. Mazeaud; *Defrénois*, 2001. 705, obs. E. Savaux; *RTDciv.*2001. 363, obs. J. Mestre et B. Fages; 14 janv. 2003 : *Contrats, conc., consomm.*, 2003, comm., n°87; *RDA*, 2003, n°1, p.149, note Y. Lequette; 28 oct. 2003 : *Defrénois*, 2004. 378, obs. R. Libchaber; *RDC* 2004. 277, obs. D. Mazeaud.

supposant l'existence d'un comportement grave du débiteur, mais devient un principe concurrent, qui peut être mis en œuvre quelle que soit la gravité de l'inexécution imputable au débiteur.

24. Mais, en ce domaine, la convergence entre la règle de l'avant-projet et celle des *Principes du droit européen du contrat*, ne rime pas avec concordance absolue, preuve qu'en intégrant des règles venues d'ailleurs, on n'aboutit pas à une imitation servile et que la spécificité du modèle contractuel français est préservée.

D'une part, quant à leurs régimes respectifs, on retiendra que le créancier qui décide de résoudre unilatéralement le contrat inexécuté par son débiteur doit notifier sa décision à ce dernier et lui expliquer les motifs de celle-ci. Et cette motivation peut à la demande du débiteur faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Dès lors, de deux choses l'une : ou bien le juge considère que les motifs avancés par le créancier sont justifiés et il valide cette résolution unilatérale ; ou bien le juge décide que ces motifs sont illégitimes et il a alors le pouvoir de neutraliser la résolution en prononçant le maintien forcé du contrat illégitimement résolu et en ordonnant la poursuite de son exécution. Cette solution tranche avec l'office traditionnel du juge tel qu'il est conçu en droit positif, puisqu'elle aboutit à accorder au juge le pouvoir de ressusciter un contrat anéanti par la volonté unilatérale d'un contractant. Ce maintien judiciaire du contrat est une innovation remarquable.

D'autre part, la portée du pouvoir de résolution unilatérale accordé au créancier par l'avant-projet et les *Principes du droit européen du contrat* est sensiblement différente. Ainsi, aux termes de l'article 9:304 de ces *Principes*, «*Lorsque dès avant la date à laquelle une partie doit s'exécuter, il est manifeste qu'il y aura inexécution essentielle de sa part, le contractant est fondé à résoudre le contrat*». Ce pouvoir d'anticipation accordé au créancier, qui repose manifestement sur une vision économique du rapport contractuel qui irrigue les *Principes du droit européen du contrat*, et qui permet au créancier d'esquiver le risque d'inexécution essentielle, n'a pas été repris par les rédacteurs de l'avant-projet moins réceptifs aux enseignements de l'analyse économique du droit.

25. Seconde illustration de ce mouvement de convergence entre les règles de l'avant-projet et celles des *Principes du droit européen du contrat* : le rôle et la portée attribuée à l'exigence de bonne foi en matière contractuelle. Dans les *Principes*, la bonne foi constitue un des piliers de l'ordre contractuel. D'une part, quant à la détermination du contenu contractuel, la bonne foi constitue, non seulement, un frein à la liberté contractuelle, qui ne peut se déployer qu'en la respectant⁽¹⁾, mais encore une force d'appoint, puisqu'aux termes de l'article 6:102(c) : «*En plus d'obligations expresses, un contrat peut contenir des*

(1) Article 1:102 : «Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu, sous réserve des exigences de la bonne foi».

obligations implicites qui découlent (...) de la bonne foi». D'autre part, au stade de l'exécution du contrat, elle emporte des règles comportementales particulièrement exigeantes à la charge des contractants qui doivent, nonobstant toute clause contraire⁽¹⁾, exécuter leurs obligations et exercer leurs pouvoirs contractuels en prenant en compte les intérêts légitimes de leurs partenaires, et collaborer entre eux de sorte que le contrat produise son plein effet.

Alors que certains auteurs plaidaient pour que, comme dans les Principes, le statut de principe directeur du droit nouveau des contrats, soit reconnu à la bonne foi, les rédacteurs de l'avant-projet sont restés sur une prudente réserve. Certes, la bonne foi est exploitée avec moins de parcimonie que dans le Code civil qui n'y consacre qu'un texte (article 1134 alinéa 3), puisque plusieurs textes y font désormais ponctuellement et expressément allusion, que ce soit au stade la négociation du contrat, de sa renégociation, ou encore en matière de représentation conventionnelle et à propos du comportement du débiteur d'une obligation sous condition suspensive. Mais on ne peut manquer de constater qu'aucune référence à la bonne foi n'est faite dans l'avant-projet dans les règles relatives à la validité du contrat, et surtout qu'aucune règle générale imposant un devoir de loyauté aux contractants n'est édictée. Ce qui tend à démontrer qu'à l'instar du droit positif, mais à l'inverse des *Principes du droit européen du contrat* et de plusieurs droits étrangers (Québec, Allemagne), la bonne foi n'est pas considérée dans l'avant-projet CATALA comme un principe directeur et fondateur du droit des contrats mais plutôt comme une simple force d'appoint, un tempérament aux principes de la liberté et de la stabilité contractuelle.

26. Outre ce mouvement de convergence, la réception des règles contractuelles européennes et internationales par l'avant-projet se traduit aussi par un phénomène de concordance, étant entendu qu'on se limitera à recenser des illustrations de ce phénomène en s'inspirant des seuls *Principes du droit européen du contrat*.

En premier lieu, on s'arrêtera sur le système de protection contre les clauses abusives, qui témoigne de l'influence exercée par les *Principes du droit européen du contrat* sur l'avant-projet. En droit positif français, la protection contre les clauses abusives a son siège dans le Code de la consommation ; de ce fait, elle est exclusivement destinée aux consommateurs, victimes de ces clauses stipulées dans des contrats conclus par ceux-ci avec des professionnels. En revanche, les professionnels auxquels sont opposées de telles clauses n'ont jamais été autorisés par la Cour de cassation à se prévaloir des dispositions protectrices du Code de la consommation. L'avant-projet emporte une modification remarquable du champ d'application de la protection. En effet, en vertu de l'article 1122-2, «*la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci ... lorsqu'elle n'a pas été*

(1) Article 1:201 (2) : «Les parties ne peuvent ni exclure ce devoir, ni le limiter».

négociée». Avec cette disposition, l'avant-projet aligne le sort des contractants professionnels, victimes de clauses abusives stipulées dans un contrat d'adhésion, sur celui des consommateurs, et opère un rapprochement manifeste avec les *Principes du droit européen du contrat*, lesquels n'établissent eux aussi aucune distinction quant au statut du contractant victime d'une clause abusive, puisque pour être protégé contre une telle clause et obtenir sa nullité ou sa révision, il suffit que le contractant auquel on l'oppose démontre qu'elle n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle et qu'elle crée à son détriment un déséquilibre contractuel significatif.

27. Cette nouvelle règle est intéressante à un double titre.

D'une part, parce qu'en réservant la protection contre les clauses abusives aux seuls contractants qui n'ont pas pu négocier librement la clause litigieuse, elle révèle combien les rédacteurs de l'avant-projet sont restés attachés au modèle libéral sur lequel repose notre théorie générale du contrat. En effet, cette règle reflète parfaitement l'idée selon laquelle, en principe, le déséquilibre est la rançon de la liberté : si un contractant a pu négocier librement une clause, il ne peut alors se prévaloir de l'abus ; il ne peut s'en prendre qu'à lui-même, il doit assumer l'abus dont il est victime parce qu'il n'a pas su exploiter sa liberté. La liberté contractuelle neutralise l'abus.

D'autre part, cette règle qui étend la protection contre les clauses abusives aux professionnels, illustre une tendance lourde de notre droit contemporain qui, au nom de l'impératif de justice contractuelle, traque avec toujours plus de vigueur les déséquilibres contractuels excessifs.

28. En second lieu, une nouvelle illustration de ce phénomène de concordance peut être constatée à propos de l'obligation de la victime de modérer son dommage. En 2003, la Cour de cassation avait très nettement et sèchement affirmé que la victime d'un préjudice économique ou corporel n'était pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable⁽¹⁾. Or, l'article 1373 de l'avant-projet admet l'obligation de minimiser le dommage : *«Lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique»*. Aussi, prenant le droit positif à rebours, l'avant-projet admet-il que le juge peut réduire le montant de la réparation due à la victime d'un préjudice, lorsque celle-ci avait les moyens de tempérer l'importance de son préjudice sans encourir le moindre risque de nature corporelle. Destinée à responsabiliser la victime, cette règle, qui opère une réforme importante de notre droit positif puisqu'elle a vocation à s'appliquer tant

(1) Cass. civ. 2^{ème}, 19 juin 2003 (2 arrêts) : D. 2004, somm. comm., 1346, obs. D. Mazeaud; JCP 2004. I. 101, obs. G. Viney; RTDciv. 2003. 716, obs. P. Jourdain.

en matière contractuelle que délictuelle, est notamment présente dans les *Principes du droit européen du contrat*. En effet, selon l'article 9:505, «*Le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant que ce dernier aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables*». Ce faisant, l'avant-projet ne se contente pas de s'aligner sur le droit européen en gestation, il reprend aussi une solution admise par l'article 77 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Autant dire qu'en imposant à son tour à la victime le devoir de modérer son dommage, le droit français sortirait de son isolement, puisque, outre les textes européens et internationaux, de nombreux droits des pays membres de l'Union européenne l'ont déjà adoptée.

28. Si ce double phénomène de convergence et de concordance entre les règles de l'avant-projet et celle des *Principes du droit européen du contrat* laisse bien augurer du rayonnement futur du modèle contractuel français hors de nos frontières géographiques, d'autres règles semblent aller à l'encontre de cet objectif, dans la mesure où elles emportent le maintien de certaines exceptions contractuelles françaises et constituent autant de résistances aux idées venues d'ailleurs, et, par conséquent, d'obstacles au rayonnement du droit français sur la scène européenne et internationale.

B) La résistance

29. Cette résistance aux idées venues d'ailleurs, on l'illustrera par trois règles de l'avant-projet qui sont emblématiques de la tradition contractuelle française.

En premier lieu, on s'arrêtera sur la question de la détermination du prix. Dans les *Principes du droit européen du contrat*, le principe est celui de la détermination unilatérale du prix. En effet, en vertu de l'article 6:105, tous les contrats, sans exception, sont susceptibles de voir leur contenu déterminé unilatéralement et tous les éléments qui composent l'objet du contrat, qu'il s'agisse d'éléments essentiels, comme le prix, ou d'éléments accessoires, peuvent être l'œuvre de la volonté d'un seul des contractants.

En droit positif français, l'accueil réservé à la volonté unilatérale à ce stade du processus contractuel est plus modeste. Il a, en effet, fallu attendre plusieurs arrêts rendus en 1995 par l'Assemblée plénière⁽¹⁾ pour que soit toléré, en dehors de dispositions légales spécifiques, le pouvoir d'un contractant de fixer unilatéralement le prix des contrats d'application d'un contrat cadre. Dès lors, certains contrats aussi importants que la vente et le bail restent soumis à la règle de la détermination bilatérale du prix.

(1) *D.* 1996. 13, note L. Aynès; *D. Aff.*, 1996, n°1, p.4, note A. Laude; *Deffrénois*, 1996. 747, obs. Ph. Delebecque; *JCP*, éd. G, 1996. II. 22565, obs. J. Ghestin; *JCP*, éd. E, 1996. II. 776, obs. L. Leveneur; *Petites Affiches*, 27 déc. 1995, p.11, note D. Bureau et N. Molfessis; *RJDA*, 1996, p.5, M. Frison-Roche; *RTDciv.* 1996. 153, obs. J. Mestre.

Les dispositions de l'avant-projet sur ce point témoignent d'une certaine aversion à l'égard du pouvoir de la volonté unilatérale dans la détermination de l'objet du contrat et se démarquent ainsi, assez sensiblement, des *Principes du droit européen du contrat*. En effet, aux termes de l'article 1121-3, est clairement réaffirmée, sous forme de principe, la détermination bilatérale de l'objet, en général, et du prix, en particulier, du contrat, lesquels doivent donc nécessairement être le fruit d'un accord de volontés lors de la conclusion du contrat ou, en tout cas, être déterminables ultérieurement en fonction d'éléments indépendants de la volonté unilatérale d'un contractant. Et ce n'est qu'à titre exceptionnel que, en vertu de l'article 1121-4, dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent convenir que la fixation du prix procèdera de la volonté unilatérale du créancier. Mais, comparé aux *Principes du droit européen du contrat*, le pouvoir de la volonté unilatérale apparaît très nettement circonscrit au statut d'exception dans l'avant-projet, alors que ceux-ci l'envisagent manifestement comme un principe général qui ne souffre point de tempérament.

30. En deuxième lieu, la résistance de l'avant-projet aux idées venues d'ailleurs et le risque d'isolement du droit français sur la scène européenne et internationale se manifeste par le maintien de la cause.

Ah, la cause ! Ce fleuron du droit français, ce joyau de notre patrimoine juridique, dont un des plus grands civilistes contemporains écrivait, il y a peu, qu'il était submergé aujourd'hui par des tonnes de doctrine contradictoire et une jurisprudence incertaine. La cause que peu de juristes étrangers nous envient, la cause qui est délibérément ignorée par la plupart des droits étrangers, en particulier par les Codes européens modernes (Allemagne et Pays-Bas) et par les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats. La cause est donc maintenue coûte que coûte et vaille que vaille par l'avant-projet.

Comment apprécier ce maintien de la cause ? Sur ce point, on présentera deux observations. D'une part, on peut affirmer que le grief de complexité et d'obscurité adressé traditionnellement à la cause n'est plus de saison. Les textes que lui consacre l'avant-projet sont accessibles, intelligibles et clairs. Tant la cause objective – qui protège l'intérêt privé d'un contractant contre un engagement sans contrepartie réelle – que la cause subjective – qui protège l'intérêt général contre un contrat contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ou à une règle impérative – font désormais l'objet d'une définition simple et éclairante, accessible aux profanes ou à des juristes qui ne sont pas de culture française.

31. D'autre part, et surtout, ce qui justifie sans doute le maintien de la cause, c'est que c'est le seul instrument qui permet, en l'état de notre droit et de l'avant-projet, de protéger un contractant contre un déséquilibre contractuel excessif, contre un engagement dont la contrepartie est illusoire ou dérisoire.

En effet, comme notre Code civil actuel, l'avant-projet contient une disposition en vertu de laquelle, en principe, un contrat lésionnaire, c'est-à-dire un contrat dont les prestations sont économiquement déséquilibrées est, quelle que soit l'importance de ce déséquilibre, valable et intangible. Dès lors, en l'absence de toute protection contre la lésion, le maintien de la cause se justifie, puisque ce concept est le seul instrument de protection contre un déséquilibre contractuel énorme.

Par ailleurs, et contrairement à certains droits étrangers et aux *Principes du droit européen du contrat*, l'avant-projet ne comporte point de règle générale aux termes de laquelle un contractant peut demander la nullité ou la révision d'un contrat affecté d'un déséquilibre contractuel excessif qui procède de l'exploitation abusive d'une situation de dépendance (la lésion qualifiée). Or, il est certain que la présence d'une telle règle générale de protection rend, dans une large mesure, caduque le recours à la notion de cause et explique l'absence de celle-ci dans les *Principes du droit européen du contrat*.

La question que l'on peut alors se poser, dans la perspective du rayonnement du modèle contractuel français au-delà de nos frontières, est de savoir s'il n'aurait pas été plus opportun d'énoncer une règle générale exprimant l'idée de lésion qualifiée plutôt que de conserver la cause. L'avant-projet a préféré maintenir la cause, fruit du génie juridique français, mais, je le crains, génie assez peu exportable.

32. En troisième lieu, l'ultime poche de résistance de l'avant-projet aux idées venues d'ailleurs qu'on évoquera est le maintien du refus de la révision judiciaire pour imprévision.

Alors que l'article 6:111 des *Principes du droit européen du contrat* admet, en cas de déséquilibre contractuel survenu postérieurement à sa conclusion, que si la révision conventionnelle échoue, le juge peut réviser le contrat dont l'exécution est devenue excessivement onéreuse, «*de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances*», les rédacteurs de l'avant-projet ont privilégié la tradition française sur l'esprit d'ouverture et préféré faire preuve de conservatisme plutôt que de modernité. En effet, alors qu'au-delà de nos frontières, la révision judiciaire pour imprévision a été admise, notamment dans les codifications européennes les plus récentes (Pays-Bas, Allemagne) sans que, pour autant, les économies et les droits des pays qui l'ont adoptée n'aient eu à en souffrir, l'avant-projet l'a très nettement rejetée. Ainsi, la solution énoncée par la Cour de cassation le 6 mars 1876, à savoir le refus de la révision judiciaire pour imprévision demeure et demeurera la règle applicable au vingt et unième siècle. Le juge français ne pourra donc toujours pas réviser un contrat en dépit du bouleversement profond que son économie interne a subi à la suite d'un changement imprévu des circonstances qui avaient présidé à sa

conclusion⁽¹⁾, alors même pourtant qu'une telle révision judiciaire constituerait le seul remède propre à sauver le contrat d'une inexécution annoncée et d'une rupture fatale et qu'elle garantirait ainsi sa pérennité.

33. L'aversion traditionnelle que le droit français nourrit à l'égard du juge en matière contractuelle trouve ici sa manifestation la plus topique, même si elle revêt aujourd'hui une dimension essentiellement symbolique puisque, dans un corps de règles comme dans l'autre, les parties sont encouragées à se mettre d'accord. Elle témoigne surtout d'une profonde divergence d'approche du lien contractuel entre les *Principes du droit européen du contrat* et l'avant-projet. Alors que celui-ci demeure très largement imprégné par l'idée que parce qu'il est noué librement par les parties, celles-ci peuvent anticiper et aménager les risques susceptibles d'intervenir au cours de l'exécution du contrat et qu'elles doivent donc assumer les conséquences de leur éventuel silence, ceux-là (les Principes) ne sacrifient pas au mythe de la toute puissance de la volonté et envisagent plus pragmatiquement le rôle du juge, notamment lorsque la justice et la pérennité contractuelles supposent qu'il s'immisce dans la loi des parties.

Pour ma part, il me semble que, contrairement aux rédacteurs de l'avant-projet, c'est surestimer la rationalité des contractants que d'affirmer qu'ils sont capables, au jour de la conclusion de leur contrat, d'anticiper et d'apprécier toutes les évolutions futures de l'environnement de leur relation⁽²⁾. La confiance dans les prévisions contractuelles et dans la capacité des contractants à envisager même l'inenvisageable ainsi que la méfiance et la défiance à l'égard du juge l'ont néanmoins emporté, conduisant les rédacteurs de l'avant-projet à choisir, pour le droit français, la voie de l'isolement.

Sans doute faut-il y voir le signe qu'en droit français, certains mythes ont décidément la peau dure...



(1) Sur la question de la révision pour imprévision, v. entre autres, B. Fauvarque-Cosson, «Le changement de circonstances», in *Durées et contrats*, RDC, 2004, p.67 et s.; Cl. Witz, «Force obligatoire et durée du contrat», in *Les concepts contractuels du droit français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 175 et s.

(2) Y.-M. Laithier, «L'analyse économique du contrat par le juge civil», in *L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation*, *Gaz. Pal.*, 9 et 10 mars 2005, p. 14, sp. p.18.