

Quelques aspects de l'évolution du droit commun des contrats

1. Il est bien présomptueux de prétendre parler de l'évolution du droit des contrats en quelques minutes. Et, surtout, quel que soit le temps, de prétendre déceler une ou des lignes d'évolution. Le droit des contrats, c'est d'abord le droit positif, celui qui s'applique à travers les centaines de décisions rendues par nos tribunaux et arbitres. Ce sont des décisions dispersées... Pourquoi y aurait-il une ligne générale d'évolution ?
2. Il y a, bien sûr, la Cour de cassation gardienne du droit ; mais même si les instruments de coordination de sa jurisprudence ont été notablement développés, sous l'impulsion notamment du président Canivet, les arrêts n'obéissent pas à une directive d'ensemble. Le droit des contrats, c'est aussi la doctrine : celle qui commente les arrêts, publie des ouvrages et se produit dans les colloques. Il y a, bien sûr, des vogues, des vagues devrais-je dire ici ! Quelques esprits se sont égarés dans le solidarisme, qui a provoqué une réaction de la majorité. L'économisme –la théorie économique du droit- a quelques adeptes auxquels s'agglutinent d'inévitables moutons de Panurge ; puis tout cela retombe quelques années plus tard. A l'époque du dirigisme flamboyant, on était souvent normativiste. Un auteur a même voulu, en 1980, nous faire croire que les contractants adhéraient à un statut légal et que c'était la loi qui donnait au contrat sa force obligatoire. Aujourd'hui, on est plutôt individualiste... Puis, il y a l'activité de la doctrine rédactrice de lois, ce que l'on peut appeler le **droit savant**, qui s'est mises à codifier ces dernières années : *Principe du droit européen du contrat* (ou principe Landö), *Projet de Code européen des Contrats* (ou projet Gandolfi) ; *Principes Unidroit*. En France, *Avant-projet élaboré sous l'impulsion de Pierre Catala* ; *Propositions de réforme du droit des contrats*, préparées sous la direction de François Terré ; *Avant projet de réforme de la Chancellerie*, *Cadre commun de référence*, voulu par la Commission européenne... Cette effervescence doctrinale paraît désordonnée : on veut avant tout « moderniser » mais sans parti bien net sur les fondements philosophiques des règles juridiques.
3. Et pourtant, au-delà de cet apparent désordre, on peut discerner des convergences, des points d'accord, de nouvelles directions cohérentes. Je n'en examinerai qu'une, ici. Mon hypothèse est que le droit contemporain affirme de plus en plus nettement la prééminence de la

relation, plutôt que celle de l'obligation, dans le contrat. L'engagement l'emporte sur l'obligation. Expliquons-nous d'un mot.

4. Le Code civil, à la suite de Pothier, qui puisait lui-même dans Domat, son confrère en jansénisme, n'a fait du contrat qu'une source d'obligations. Voyez le plan du Code civil : une fois le contrat formé, il se retire pour ne laisser subsister que des obligations, dont le régime est à peine influencé par sa source contractuelle. Le contrat est réduit à l'obligation qui seule subsiste : on parle de cause et d'objet de l'obligation... Le fameux article 1134 c. civ. se trouve au début d'un chapitre intitulé : « *De l'effet des obligations* » et la responsabilité contractuelle est introduite de la manière suivante : « *Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation* ». Il y a deux exceptions notables à cette présentation : l'article 1165 qui vise l'effet des conventions et les « *parties contractantes* », et l'article 1184 qui parle d'engagement, de contrat, de convention et de parties. J'y reviendrai. Mais pour l'essentiel, une fois conclu, le contrat disparaît et ne laisse qu'un créancier en présence du débiteur. Cela ne doit pas surprendre : c'est la présentation du droit romain, qui au fond ne connaît que des obligations, et ignore le phénomène du contrat.

Dans cette vue, il n'y a pas de place, par exemple, pour l'imprévision : soit le débiteur est empêché d'exécuter, et la théorie de la force majeure seule permettra de l'exonérer ; soit le débiteur n'est pas empêché : qu'il exécute ! La force majeure elle-même présente les mêmes caractères en matière contractuelle et délictuelle : son cœur est l'irrésistibilité. Dans cette vue encore, la cession de contrat synallagmatique est l'addition d'une cession de créance et d'une cession de dette. Ou bien encore, la résolution suppose une inexécution avérée ; elle est l'une des sanctions à la disposition du créancier insatisfait. Et il n'y a guère de place pour le concept d'exécution de bonne foi.

5. Cette vue s'est progressivement déformée. Elle présente au fond le contrat comme un phénomène électrique, désincarné : de la rencontre des consentements surgit automatiquement l'obligation. Elle omet une dimension anthropologique essentielle : le temps. Hauriou avait déjà souligné, au début du XX^e siècle, que « *le contrat est la tentative la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision* ». Pour tout homme,

l'avenir est incertain. Il l'est plus encore en 2009, où nous sommes instruits par la succession de crises économiques, financières, climatiques plus imprévues et soudaines les unes que les autres. Et pourtant, l'action réclame la confiance. Elle anticipe un avenir maîtrisé. Sur quoi pourrions-nous fonder notre confiance ? Sur la parole d'autrui, sur l'engagement d'autrui.

6. Cette irruption de la dimension temporelle dans le contrat à l'époque contemporaine se manifeste de multiples façons : c'est l'attention portée à la période précontractuelle, avec une théorie de l'offre, de l'acceptation, des pourparlers, toutes choses ignorées du Code civil. C'est l'irruption de la notion d'accord de principe, de convention d'exclusivité, celle du concept de contrat-cadre... C'est encore l'importance de la théorie des avant-contrats : promesses de contrat, pacte de préférence. C'est l'avènement surtout de la distinction entre les contrats instantanés et successifs, à durée déterminée ou indéterminée ; des contrats-organisation et des contrats-échange. L'obligation même subit cette influence : voici qu'apparaissent des obligations de couverture... Par ailleurs, de très nombreux devoirs sont rattachés à la position de contractant, plutôt qu'à celle de créancier ou de débiteur : obligation ou devoir d'information, de conseil, ou encore de mise en garde, pour citer la dernière née, fruit du surendettement : le devoir pour le prêteur de s'abstenir, plutôt que de laisser l'emprunteur ou la caution courir au surendettement.
7. Les codifications savantes contemporaines en tirent presque toutes les conséquences : elles proposent une réforme du droit des contrats conçu comme une totalité : précontrat, formation, cession, exécution et inexécution, imprévision...
8. C'est dans ce contexte que je voudrais rapidement m'attacher à l'évolution du droit sur trois terrains : la résolution, la force majeure et la bonne foi.

I - La résolution

9. Les données du Code civil sont connues : d'après l'article 1184, la résolution est judiciaire ; le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation

souverain, il peut même accorder au débiteur un délai ; la résolution suppose une inexécution avérée.

Le texte de l'article 1184 est lui-même ambigu, transactionnel : d'un côté, la technique de la condition résolutoire sous-entendue, destinée à créer un lien entre les obligations réciproques qu'ignorait le droit romain classique, mais qu'annonce la *lex commissoria* : on pourrait en déduire l'automatisme de la résolution. De l'autre, la tradition canoniste de l'infinie patience qui veut inciter le créancier à la clémence, et lui substituer le juge parce qu'il risque de refuser la grâce. Pas d'automatisme, donc. Mais les parties peuvent à l'avance écarter le juge de cette affaire : c'est la clause résolutoire, qui doit être expresse et limpide.

Or, depuis un arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 13 octobre 1998, dont la doctrine a été reprise en 2001, 2003, 2006, 2007, 2008 et par la Chambre commerciale en 2009, 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.

10. Cette évolution désormais bien implantée suscite deux observations :

- En premier lieu, ce qui justifie la résiliation unilatérale n'est pas, à proprement parler, l'inexécution d'une dette ; mais la **gravité du comportement** ; c'est-à-dire un comportement anti-contractuel, contraire à l'engagement, mettant en péril la finalité du contrat. En cela, on peut dire que cette institution n'est pas un doublon de l'article 1184, ou, comme le disent certains, une violation injustifiée de ce texte.
- En second lieu, cette jurisprudence porte en germe la consécration de l'*anticipatory breach* : il n'est pas nécessaire d'attendre l'inexécution de la dette ; le comportement grave peut se manifester avant même l'exigibilité de la dette. Plusieurs codifications doctrinales ou conventions internationales consacrent l'*anticipatory breach* : la Convention de Vienne, les Principes UNIDROIT, les principes du droit européen du contrat, et que la proposition du groupe Terré, comme l'avant-projet de la Chancellerie font de même. En droit positif, un auteur se réfère dans sa thèse à un vieil arrêt de la Chambre civile du 23 avril 1856 (Th. GENICON, *La résolution du*

contrat pour inexécution, n° 317) qui l'aurait consacré. Son admission manifesterait en tout cas l'existence, avant même l'exigibilité de l'obligation, d'un devoir, fondé sur l'engagement, de ne rien faire qui soit préjudiciable à la relation contractuelle. Peu importe que l'inexécution soit avérée, dès lors qu'elle est certaine

II – Force majeure

11. Le texte de base est, vous le savez bien, l'article 1148 c. civ. Mais ce texte ne dit pas quels sont les caractères que doit présenter l'évènement pour être qualifié tel. Passons sur l'irrésistibilité. La discussion récente a porté sur la condition d'imprévisibilité, et elle permet de dégager les particularités du phénomène contractuel par rapport à l'obligation. Si vous raisonnez en termes de dette, il n'y a pas tellement de raison d'exiger l'imprévisibilité ; l'accent doit être mis sur l'irrésistibilité : à l'impossible nul n'est tenu ; et, au fond, il n'y a pas tellement de raison de distinguer responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. Mais si vous raisonnez sur l'engagement volontaire, tout change : la question est de savoir si l'évènement irrésistible est couvert ou non par l'engagement. Alors ressurgit l'imprévisibilité : s'il était prévisible, il est censé couvert ; non s'il était imprévisible. Et imprévisible à quel moment ? Au moment de l'engagement. C'est exactement ce qu'enseigne l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour de cassation, à propos de ces événements irrésistibles que sont la maladie, la grève ou encore le fait de la victime.

Plusieurs arrêts rendus en Assemblée plénière le 14 avril 2006 brisent la jurisprudence de la 1^{ère} chambre civile et de la chambre commerciale qui avait abandonné l'irrésistibilité : « *L'évènement présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution est constitutif d'un cas de force majeure* ». Puis la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation s'est ralliée à cette conception le 30 octobre 2008 à propos d'une grève EDF ; et une chambre mixte l'a faite sienne le 28 novembre 2008, à propos de la faute de la victime.

12. Il reste à se demander ce qu'est un événement imprévisible lors de la conclusion du contrat. En 2009, tout ou presque est devenu abstraitement prévisible : les catastrophes naturelles, les crises économiques, financières,

les vices indécélables... Il n'y aurait donc jamais force majeure ? Ici encore, l'appréciation de l'imprévisibilité doit être menée en considération de l'engagement : était-il raisonnable de penser que l'évènement pourrait se produire ? Et si oui, le débiteur a-t-il pu vouloir l'assumer ? Et son cocontractant a-t-il pu croire qu'il l'assumerait ? Autrement dit, l'imprévisibilité est une notion « relative » (c'est-à-dire qu'elle dépend de la relation contractuelle).

III – Bonne foi

13. Tout comme l'est la bonne foi. L'énoncé de la règle figure à l'article 1134 al. 3 ; il est ancien. Et pourtant, ce n'est que récemment qu'il est devenu un principe effectif : c'est la jurisprudence relative à l'invocation d'une clause résolutoire inaugurée en 1956, mais devenue très active dans les années 80. Le principe s'est ensuite répandu dans de nombreux secteurs : fixation du prix par une partie, invocation d'une clause d'indivisibilité des comptes par le banquier, incohérence de l'assureur dans l'invocation de clauses contractuelles, devoir de ne pas se contredire aux dépens d'autrui... De sorte que l'on a l'impression que l'alinéa 3 de l'article 1134 est fait pour ruiner l'alinéa 1 (force obligatoire). Les « solidaristes » se sont emparés de cette exigence, pour prétendre donner au juge le pouvoir de redresser les contrats qu'il jugerait trop défavorables ou de tempérer la rigueur de la loi contractuelle. De sorte que, vu de la perfide Albion, le droit français serait devenu, dans le commerce international, un droit à éviter en raison de son imprévisibilité.

Et pourtant, la bonne foi, ce n'est pas cela. Il ne s'agit pas de toucher aux droits et aux dettes, qui demeurent sous l'empire de la liberté contractuelle. Jamais on ne dira d'un créancier qui réclame ce qui lui est dû qu'il agit de mauvaise foi, par exemple parce que son débiteur a des difficultés. La bonne foi n'agit pas sur le rapport d'obligations. La Cour de cassation devait l'affirmer clairement, dans un des grands arrêts de l'époque contemporaine : « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* » (Cass. com. 10 juillet 2007). La bonne foi concerne donc l'usage de ces droits unilatéraux que donne le contrat, en marge de l'échange de créances et de dettes : les prérogatives. Droit de résilier, de ne pas renouveler, droit de céder, droit d'agréer, droit

d'invoquer une clause... Ainsi comprise, l'exigence de bonne foi permet d'éviter un détournement de prérogative, l'usage de celle-ci contre l'intérêt même du contrat.

Il ne devrait donc y avoir ni risque d'instabilité contractuelle, ni ingérence judiciaire dans le contrat, si l'on s'en tient à cette conception.

La question qui se pose aujourd'hui, en cette période de crise, est de savoir si le devoir d'exécuter de bonne foi comporte celui d'ouvrir des négociations afin de sauver si faire se peut le contrat, menacé d'inexécution en raison des difficultés de l'une des parties. C'est le problème de l'imprévision. Beaucoup de nos voisins l'affirment, suivant des modalités variables. Presque toutes les codifications savantes de droit international, de droit européen ou même de droit français le préconisent. C'est la question de savoir s'il existe au fond un principe de préservation du contrat, qui interdit de stigmatiser l'inexécution lorsque celle-ci provient de circonstances extérieures au débiteur ; un principe de survie du contrat ?

L'affirmation d'un tel principe, que l'on trouve ici ou là, par exemple dans le droit des procédures collectives, serait en ligne avec le développement du caractère relationnel du contrat.

Laurent Aynès
Professeur à l'Université de Paris I
(Panthéon Sorbonne)