

La force obligatoire du contrat face aux récentes réformes du Code civil et du Code du travail.

Mes recherches portent principalement sur le droit des contrats. J'ai soutenu ma thèse à Paris 1 sur un sujet un peu contradictoire intitulé « **l'inexécution licite du contrat** ».

L'inexécution du contrat est en principe illicite et constitue une faute. Sa sanction réside, soit dans l'exécution forcée du contrat, soit dans l'allocation de dommages et intérêts compensatoires. Il s'avère qu'il y a de plus en plus d'hypothèses où l'inexécution n'est pas sanctionnée, plus précisément, où elle est autorisée soit par le contrat, soit par la loi, soit même par le juge. Les inexécutions licites (du latin *licitus* : permis) sont donc des inexécutions autorisées par le droit, telle la résiliation unilatérale, le délai de grâce, la modification du contrat ou l'effacement des dettes en procédures collectives.

L'existence de ces inexécutions, opérant comme un fait justificatif, amène à s'interroger sur leur conflit avec le principe de la force obligatoire du contrat.

Le résultat de cette recherche m'a permis de démontrer que la justification de la force obligatoire du contrat repose non pas sur la volonté des parties mais sur la justice sociale et l'utilité économique. J'ai souhaité que la justice sociale l'emporte sur l'utilité économique en proposant, avec d'autres, que le **solidarisme** soit le fondement de la force obligatoire du contrat.

Comme vous le savez, le solidarisme est un mouvement qui est apparu à la fin du 19^e siècle qui a été porté notamment par Léon Bourgeois (intellectuel et politique). Selon ses propres mots, le solidarisme est la « responsabilité mutuelle qui s'établit entre deux ou plusieurs personnes » ou encore un « lien fraternel qui oblige tous les êtres humains les uns envers les autres, nous faisant un devoir d'assister ceux de nos semblables qui sont dans l'infortune ».

En droit des contrats, l'initiateur du mouvement fut René Demogue au début du XX^e siècle. Il devient presque classique de citer cette brillante partie de son oeuvre dans laquelle il affirme que "les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile et commerciale »¹. Ainsi

¹. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. VI, 1931, n° 3.

Jacques Mestre a été conduit à parler d'*affectio contractus* à l'image de *l'affectio societatis* ².

La doctrine solidariste a connu un regain dans les années 1990 grâce à Christophe Jamin, et à Denis Mazeaud. Nous tenons à nous joindre au nombre de ces "doux rêveurs" qui appellent de leurs vœux cette "solidarité contractuelle"³, "humaine"⁴ ou "sociale".

De nombreux arrêts de la cour de cassation sont venus renforcer cette idée en acceptant par exemple une obligation de renégociation en cas d'imprévision c'est-à-dire en cas de difficultés si importantes que l'opération devient gravement déficitaire pour l'une des parties (un pompiste – distributeur de BP- ne peut plus faire face à la hausse du prix du pétrole). La cour de cassation a également considéré que toute clause invoquée de mauvaise foi par le créancier était paralysée (comme elle l'avait déjà fait mais uniquement pour les clauses résolutoires invoquées de mauvaise foi par le bailleur – ex. travaux demandés pendant l'été en visant la clause).

L'idée de faire prévaloir la justice sociale, le solidarisme, sur l'utilité économique du contrat vient de la conviction que j'ai pu acquérir que l'économie trouve son chemin sans que le droit vienne l'encourager.

C'est la raison pour laquelle, il m'est apparu essentiel de rejeter la **théorie américaine de l'efficient breach of contract** ⁵ du juge Posner. Cette théorie prône la rupture

². J. Mestre, L'évolution du contrat en droit privé français, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées Savatier, P.U.F. 1986, p. 41 et s., sp. p. 51.

³. D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in *L'avenir du droit*, Mélanges F. Terré, sp. p. 617 et s. ; C. Guelfucci-Thibierge, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *op. cit.*, sp. n° 31 ; Th. Revet, L'éthique des contrats en droit interne, in *Ethique des affaires : de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires*, Colloque d'Aix-en-Provence 4, 5 juill. 1996, Univ. Aix-en-Provence 1997, p. 207 et s.

⁴. D. J. Baroncéa, *Essai sur la faute et le fait du créancier (cause justificative du débiteur)*, thèse Paris, L.G.D.J., 1929, n° 29 et s. "devoir de coopération du créancier à l'exécution de l'obligation du débiteur" ; M. Haller, *Influence du fait et de la faute de la victime sur son droit à réparation*, thèse Paris 1927, p. 34.

⁵. R. A. Posner, *Economic analysis of law*, Little, Brown, 1ère éd. Boston, 1972 et 4ème éd. 1992 ; B. Rudden et P. Juilhard, La théorie de la violation efficace, *Rev. int. dr. comp.* 1986 (4), p. 1015 et s. N. Mercuro, S. G. Medema, *Economics and the law, From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, New Jersey, 1997, p. 74 et s. ; E. Mackaay, La règle juridique observée par le prisme de l'économiste, Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit, *Rev. int. dr. éco.* 1986, p. 68 ; I. R. Macneil, Efficient breach of contract : circles in the sky, *Virginia law review*, mai 1982, vol. 68, p. 947 et s.

Adde, S. Pech-Le Gac, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, thèse L.G.D.J., t. 335, préf. H. Muir Watt, 2000, n° 1001 et s. ; L. Grynbaum, *Le contrat contingent, L'adaptation du*

du lien contractuel lorsque celui-ci ne représente plus "un optimum de création de richesses"⁶. On parle alors de "violation efficace". Une partie pourrait rompre le contrat, s'il est économiquement plus rentable, non pour elle, mais pour le marché, de ne pas exécuter que d'exécuter le contrat.

Les récentes réformes du Code civil m'ont donné à la fois raison et tort.

Depuis la création du Code civil en 1804, le droit des obligations n'avait pas fait l'objet d'une réforme en profondeur. C'est lors du bicentenaire du Code civil⁷ que le pouvoir politique paraît prendre conscience de l'urgence d'une réforme du droit des obligations. Il prend finalement conscience de « l'emprise grandissante de l'Union européenne sur le droit civil et du phénomène de compétition mondiale des droits »⁸. Avec le projet de Code civil européen, il y a réelle compétition entre les différents droits nationaux. Si la France souhaite éviter le déclin de sa tradition juridique, il lui faut à son tour recodifier son droit des obligations. L'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a été publiée au Journal officiel le 11 février 2016. Attendue de longue date, elle réécrit entièrement (les Titres III à IV bis du Livre III du Code civil) plus de 350 articles.

Je prends quelques exemples illustrant les inspirations contradictoires de la réforme.

Sur le solidarisme, le Code civil revu par l'Ordonnance de 2016 accepte la révision judiciaire pour imprévision⁹, le contrôle des clauses abusives dans les contrats d'adhésion¹⁰, et donne de nombreux pouvoirs unilatéraux au créancier afin d'éviter un recours au juge¹¹.

contrat par le juge sur habilitation du législateur, thèse Paris II, 1998, n° 145, p. 181 et s. ; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, thèse L.G.D.J., t. 221, préface J. Ghestin, 1992, n° 82 et s.

⁶. L. Grynbaum, *Le contrat contingent, L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, thèse Paris II, 1998, n° 145, p. 181.

⁷. V. not. *Le Code civil 1804-2004, livre du bicentenaire* Dalloz/Litec 2004 ; *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir* Dalloz 2004.

⁸. H. Boucard, LA RÉFORME, DE LA DOCTRINE À L'ORDONNANCE, in *La réforme du droit des obligations en France*, 5^e journées franco-allemandes, SLC vol. 20, 2015, p. 27 et s.

⁹ « 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 assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En revanche, étrangement, alors que la théorie de *l'efficient breach* ne jouit plus depuis déjà quelques années des faveurs des économistes qui ont reconnu son caractère dépassé¹² et même "amoral"¹³, l'Ordonnance de 2016 a créé l'article 1221 qui dispose que « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, [en] poursuivre l'exécution (du contrat) en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ».

Le Code civil reconnaît donc le droit de ne pas exécuter si l'inexécution engendre un coût disproportionné pour le débiteur au regard de l'intérêt pour le créancier.

Mal à l'aise sur cette question, la loi de ratification de l'Ordonnance¹⁴ a eu beau rajouter qu'il faut le débiteur soit de bonne foi, il n'en reste pas moins une appréciation toute économique de la force obligatoire du contrat.

Le résultat de cette réforme tant attendue mais imposée par Ordonnance est donc pétri de contradictions. Elle fut un compromis entre deux conceptions différentes de la réforme, l'une traditionnelle, l'autre plus radicale¹⁵.

« 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.

¹⁰ « Art. 1171. – 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.

¹¹ fixer ou réduire le prix, suspendre l'exécution des obligations par anticipation, résoudre le contrat...

¹². I. R. Macneil, *Efficient breach of contract: circles in the sky*, *op. cit.*, p. 950 ; D. Friedmann, *The efficient breach fallacy*, *Journal of legal studies*, Chicago law school, janv. 1989, vol. XVIII (1), p. 1 et s.

Adde, Les diverses interventions des participants au Colloque des 28-29 septembre 1998 de la Maison Rhône-Alpes des Sciences de l'homme, *Le droit et l'économie : quelles rencontres ?* publiées in *Le droit dans l'action économique*, ouvr. coll. sous la dir. de Th. Kirat et E. Serverin, CNRS Editions 2000.

¹³. L. Grynbaum, *op. cit.*, n° 154.

Elle conduit d'ailleurs à des propos tels que ceux de M. Gilles Saint-Paul, *Les Echos* 25 avril 2000 : "l'employeur devrait pouvoir licencier librement, à condition de payer au salarié le "juste prix" monétaire du licenciement. Tout le monde y gagnerait - l'entreprise, le salarié, les chômeurs et l'économie nationale". Le juste prix consistant pour lui en "un équivalent monétaire moyen pour le dommage subi par l'employé".

¹⁴. L. n° 2018-287, 20 avr. 2018, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Il ne ressort malheureusement de sa lecture aucune orientation ou philosophie claire. Il va falloir attendre les décisions de la Cour de cassation sur toutes ces questions. Elle seule pourra nous donner une ligne directrice au nouveau droit des contrats.

Mon travail de recherche va consister à examiner ces arrêts de la cour de cassation et à proposer la rédaction de nouvelles clauses. Du fait que la réforme du droit des obligations n'est pas d'ordre public, les entreprises vont devoir adapter leur stratégie contractuelle, notamment dans leurs relations avec leurs partenaires et leurs clients. Les entreprises sont donc obligées d'insérer de nouvelles clauses et de refaire toutes leurs conditions générales.

J'entends, dans le cadre de mon axe de recherche « Pilotage des organisations », développer un projet sur la gestion de l'imprévision – thème que j'avais déjà abordé dans ma thèse en préconisant le recours à la médiation et la détermination d'un seuil économique pour définir cette notion.

En revanche, ce qu'a fait le législateur en droit du travail est beaucoup plus inquiétant. Suivant une méthode des petits pas, le législateur français a remis en cause la force obligatoire du contrat de travail, par diverses lois successives sur les relations collectives de travail. Ce qui a été négocié par le salarié de lors de son embauche risque de ne pas durer très longtemps, je m'explique brièvement.

Prenons un exemple un jeune diplômé que tout le monde s'arrache ou une mère de famille extrêmement compétente que tout le monde veut. Ils vont négocier pour leur

¹⁵. En effet, deux logiques se sont affrontées quant à la méthode à adopter pour réformer un Code civil, certes ancien, cependant il constitue, comme le disait Jean Carbonnier, « la constitution civile de la France » (Carbonnier J., « Le Code civil », *Les lieux de mémoire* dir. P. Nora III *La Nation 2. Le territoire, l'Etat, le patrimoine*, Gallimard Paris 1986 p. 293-315).

Le groupe de travail constitué sous la présidence du professeur Catala prit le choix de la « méthode douce » mais ferme. La réforme doit susciter le consensus en modernisant et codifiant la jurisprudence mais elle doit rester française. L'idée qui sous-tend cet avant-projet est qu'il faut un Code civil à jour de la jurisprudence moderne pour que le droit français redevienne un modèle.

Le groupe de travail, présidé par le professeur Terré, sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques, s'est voulu plus radical et a souhaité s'inscrire dans une voie plus européenne (Terré F. (dir.)

Dans l'Ordonnance de 2016, on assiste alors à un maladroit mélange, sans être une synthèse, entre l'avant-projet Catala et l'avant-projet Terré. « On a voulu faire plaisir à tout le monde » propos de la Garde des sceaux.

embauche, l'une une semaine de vacances supplémentaires, l'autre des commissions assez importantes mais un **accord majoritaire** va pouvoir remettre en cause tout cela.

Qu'est-ce qu'un accord majoritaire ?

Pendant longtemps, la seule signature par un syndicat représentatif, quelle que soit son influence, suffisait à rendre valable une convention collective (règle de l'unicité de signature). Or un syndicat représentatif peut être minoritaire.

Le législateur a donc posé des règles de majorité. Un accord majoritaire est alors un accord qui est signé par des organisations syndicales ayant recueilli la majorité des suffrages (exprimés en faveur d'organisations représentatives) au premier tour des élections professionnelles¹⁶.

Le législateur a ensuite affirmé que ces accords s'imposent au contrat de travail.

Il considère enfin que le salarié n'a d'autre choix que d'accepter la modification de son contrat ou d'être licencié par son employeur. Ce licenciement est qualifié de licenciement pour cause réelle et sérieuse, cause dite *sui generis*. L'option est donc pour le salarié d'accepter ou d'être licencié.

On peut donc se demander ce qu'il reste de ce qui a été négocié par le salarié lors de son embauche. C'est la force obligatoire du contrat de travail qui est ici remise en cause. C'est pourquoi j'ai commencé à faire des recherches pour un article dont le titre serait « Que reste-t-il de la force obligatoire du contrat de travail ? ».

Enfin, je terminerai mon propos par un simple effet d'annonce. La Chancellerie vient de rendre public un projet de **réforme de la responsabilité civile**, le 13 mars 2017.

Lorsqu'il s'est agi de réformer le droit des obligations, le gouvernement a considéré que le droit des contrats pouvait être réformé par voie d'Ordonnance mais que les questions de responsabilité civile devaient faire l'objet d'un débat au parlement. L'idée étant que la responsabilité civile constituerait un sujet plus sensible que le droit des contrats, et supposerait un débat. Pourtant, accepter la **révision pour imprévision** dans les contrats de droit privé est, selon moi, une question qui aurait dû être débattue et contrôlée par nos parlementaires.

¹⁶. Un accord collectif, pour être valable, doit désormais être signé par des syndicats ayant recueilli « *plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections des titulaires au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants* » (C. trav., art. L. 2232-12, L. 2232-13, L. 2242-20, L. 2391-1 et L. 7111-9 modifiés).

Comme le dit Philippe Brun, « la disjonction de la réforme du droit de la responsabilité et de celle des contrats est loin d'être sans inconvénients, ne serait-ce que parce qu'elle condamne à des réajustements des dispositions sur les dommages et intérêts contractuels (alors qu'il aurait été de bonne politique d'envisager l'ensemble) »¹⁷.

Cette réforme de la responsabilité civile va avoir de grandes conséquences en matière contractuelle¹⁸. Elle va notamment soumettre le **dommage corporel** aux seules règles de la responsabilité extracontractuelle, étendre la **responsabilité des contractants à l'égard des tiers**, imposer une **amende civile** en cas de faute commise délibérément en vue d'obtenir un gain ou une économie, c'est-à-dire d'une « faute lucrative » délibérée. Même si le législateur n'a pas voulu imposer des dommages et intérêts punitifs (ou exemplaires¹⁹), cette amende civile- qui n'ira pas dans les poches de la victime - va considérablement changer le contentieux.

Intégrer ce laboratoire est une grande chance de pouvoir échanger avec des collègues d'autres disciplines et éventuellement de mener des recherches pluridisciplinaires sur le solidarisme contractuel, la place de l'économie dans le droit privé ou l'articulation des règles contractuelles en droit du travail.

¹⁷. REVUE LAMY DROIT CIVIL 14 septembre 2016.

¹⁸. Jean-Sébastien Borghetti, Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017, D. 2017, p. 770.

¹⁹. Comme on dit au Québec.