

Deux conceptions de l'office du juge au regard du contrat peuvent être retenues. D'une part, une conception large, qui invite à s'interroger sur la place du juge – et donc du procès – dans la vie du contrat : les parties doivent-elles nécessairement saisir un juge ? A quel moment doivent-elles ou peuvent-elles le faire ? Quels sont alors les pouvoirs du juge ? D'autre part, une conception plus étroite, qui est celle du droit de la procédure civile et qui invite à s'interroger sur les places respectives du juge et des parties dans le cadre du contentieux contractuel, une fois le procès entamé : la demande en nullité implique-t-elle que le juge puisse statuer d'office sur les restitutions ? Le rejet de la demande en exécution forcée peut-il être accompagné du prononcé d'office de dommages-intérêts ? Etc.

Pour réfléchir à un sujet aussi vaste, M. Vincent Vigneau, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation, Mme Lucie Mayer, professeure à l'université Paris II et M. Thomas Genicon, professeur également à l'université Paris II, ont accepté de participer à une table ronde, alternant des temps de parole courts et des débats croisés, en partant de situations concrètes.

S'agissant tout d'abord de l'office du juge dans la vie du contrat, les signaux paraissent contradictoires : certains changements donnent plus de place au juge (l'augmentation du nombre de standards dans les nouveaux textes du code civil, ou encore le renforcement des pouvoirs du juge, comme celui de réviser le contrat en cas d'imprévision). D'autres nouveautés paraissent à l'inverse priver le juge de son pouvoir d'intervenir dans la vie du contrat (l'apparition de nouvelles prérogatives unilatérales, comme le remplacement ou la réduction de prix extrajudiciaires).

M. le professeur Genicon rappelle que la réforme du droit des contrats survenue en 2016-2018 poursuit des objectifs apparemment contradictoires, de justice sociale et en même temps d'efficacité économique, dont témoigne un double mouvement : d'une part, une avancée du juge pour contrôler le contenu de l'accord contractuel (abus d'une situation de dépendance économique, imprévision, contrôle des clauses abusives ou du droit à l'exécution forcée, ...) ; d'autre part, un recul du juge pour en sanctionner la violation (détermination unilatérale du prix, résolution unilatérale, réduction unilatérale du prix, ...). S'agissant du renforcement des pouvoirs du juge, il est marqué par la création de nouveaux « instruments », et en particulier l'explosion du nombre de standards juridiques (le « raisonnable », le « manifestement excessif », etc.), qui n'ont pas encore de charge normative et qui ne portent pas de règle juridique identifiable, précisément pour être adaptables à chaque décision individuelle : le juge avisera.

M. le conseiller Vigneau souligne que la réforme du droit des contrats a, dans un mouvement inverse, consacré un certain recul du juge, dans un souci d'efficacité, en permettant dans certains cas aux parties de se faire justice elles-mêmes, notamment en cas d'inexécution du contrat, en renforçant l'unilatéralisme : la faculté de remplacement, la réduction du prix, la résolution unilatérale, etc. Mais la réforme ne va pas au bout de la logique et multiplie les contre-poids : ainsi l'usage des pouvoirs unilatéraux se fait-il aux « risques et périls » du contractant ; ainsi encore, si un procès est engagé pour contester l'usage d'un pouvoir unilatéral, la charge de la preuve pourra peser sur celui qui a agi unilatéralement, pourtant défendeur.

Quant à la consécration de l'imprévision en droit français, innovation remarquable et controversée de l'ordonnance de 2016, elle traduit, aux côtés de la multiplication des standards, la confiance portée au juge par le législateur : le juge peut désormais réviser le contrat, sous certaines conditions. M. le conseiller Vigneau s'interroge sur la constitutionnalité du dispositif au regard de la valeur accordée à la liberté contractuelle. Il fait remarquer que l'office du juge se trouve modifié : le juge n'est plus tourné vers le passé mais doit alors dire ou écrire l'avenir des parties. Il doit fixer un prix. Dans cette tâche, il doit non plus seulement statuer comme un juriste mais aussi un économiste, ce que pourtant il n'est pas. Le professeur Genicon partage ce constat de la transformation d'un juge « réactif » à un

juge « proactif », tourné vers l'avenir. Il souligne que le nouveau texte sur l'imprévision constitue une brèche ouverte par la réforme sur le principe de l'intangibilité du contrat, cet effet étant d'ailleurs dédoublé par le recours à des standards qui nourrissent les inquiétudes des parties (l'excessivement onéreux). Il considère en revanche que ce texte est supplétif de volonté, ce qui atténue l'atteinte qu'il porte ou pourrait porter à la liberté contractuelle.

S'agissant ensuite de l'office du juge dans le cadre du contentieux contractuel, le Professeur Lucie Mayer traite la question suivante : lorsque le créancier bénéficie d'une option pour sanctionner l'inexécution contractuelle (article 1217 du Code civil), le juge peut-il substituer d'office une branche de l'option à celle choisie par le créancier lorsque la demande ne peut prospérer ? Par exemple, le juge saisi d'une action en résolution peut-il ordonner d'office l'exécution forcée ou la réduction du prix prévue à l'article 1223 du Code civil ? La réponse est sans doute négative si le juge agit ainsi sans en avertir les parties. Mais ne pourrait-il pas, en revanche, indiquer aux parties la possibilité de former une demande subsidiaire ? Selon Mme Mayer, ni le principe dispositif, ni l'exigence d'impartialité ne s'y opposeraient réellement. Tout au moins un tel pouvoir pourrait-il être mis en œuvre lorsqu'il permet d'éviter que le créancier n'intente par la suite un nouveau procès, en considération de l'objectif d'efficacité du procès, cher au droit allemand.

Enfin, le juge pourrait devenir, dans les litiges contractuels, un « juge d'appui », suivant les suggestions du président François Ancel. M. le conseiller Vigneau et le Professeur Genicon regrettent tous deux l'absence de dispositions procédurales accompagnant la réforme du droit des contrats et qui permettraient au juge de trancher au fur et à mesure de l'exécution d'un contrat les conflits d'interprétation, d'application des standards ou de mise en œuvre des prérogatives unilatérales. Le cas de la révision pour imprévision est donné en exemple : dans une telle hypothèse, il faudrait pouvoir obtenir une décision rapidement, comme en matière de commande publique, pour trancher en la forme des référés les litiges nés d'un bouleversement inattendu des circonstances d'exécution du contrat.