

# Perspective et prospective : le rôle des interprètes

Modifier le titre.  
Voir Madame  
Pignarre

*Mustapha MEKKI*

1. **R**ôle de l'interprète et réforme du droit des obligations. Le sujet qui doit être abordé, « perspective et prospective : le rôle *des interprètes* », à l'aune de la réforme du droit des obligations qui se profile avec le projet d'ordonnance du 25 février 2015, est vaste et complexe. Pour en comprendre les enjeux, une définition des termes de l'intitulé s'impose.

321

de l'interprète  
selon le titre de  
la section ?

2. **Les interprétations.** Interpréter consiste à rechercher et à attribuer un sens. Pour schématiser, l'interprétation renvoie à deux courants<sup>1</sup>. Le premier désigne l'interprétation description ou l'interprétation connaissance. Il s'agit de retrouver le sens « vrai » en se référant soit à la volonté de son auteur (ex. le législateur), soit à la cohérence du système de droit. Le deuxième courant est celui de l'interprétation volontariste ou réaliste. L'hypothèse est celle où il n'existe pas d'énoncé prédéterminé et où le sens ne résulte que de l'action de l'interprète. Quelle que soit la conception adoptée, l'interprétation comporte toujours une part de création. Selon P. Ricœur, « *le sens d'un texte n'est pas derrière le texte, il est devant le texte* »<sup>2</sup>. Les aspects philosophiques de la question ayant déjà été abordés par un autre intervenant à ce colloque, nous retiendrons, dans une optique méthodologique, qu'interpréter en droit

1 Y. PACLOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, thèse Paris II, 1988.

2 P. RICŒUR, *Du texte à l'action*, Seuil, éd. Poche, 1998. *Addé*, M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, « Leviathan », 2001, p. 74.

c'est argumenter : arguments *a contrario*, *a pari*, *a fortiori*, *in coherentia*, arguments historique, systématique, téléologique, axiologique...<sup>3</sup>

**3. Les interprètes.** Quant à l'interprète, il est celui qui s'adonne à cet art. Cette catégorie doit cependant être précisée afin de circonscrire le champ de la réflexion. Les destinataires de la règle peuvent être considérés comme des interprètes au sens large mais ils ne seront pas l'objet des réflexions qui vont suivre. Certes, c'est à eux que s'adresse l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité, d'intelligibilité et de compréhensibilité de la loi. L'article 8 de la loi d'habilitation rappelle d'ailleurs cet impératif de la réforme du droit des obligations. Seuls cependant les juristes sont ici abordés. Parmi ces juristes, la doctrine qui a été largement évoquée par Denis Mazeaud et Sébastien Pimont ne sera pas non plus étudiée. Parmi les praticiens, relais indispensables de la réforme du droit des obligations, quelques mots auraient pu être dits des notaires et des avocats. Les premiers interprétant les règles de droit en amont lors de la rédaction des actes qu'ils instrumentent ou auxquels ils prêtent leur concours. Les seconds intervenant le plus souvent en aval de l'acte lorsque naît le litige et qu'ils doivent donner sens à la règle de droit applicable. À vrai dire, une seule catégorie d'interprètes est au cœur de cette contribution : les juges<sup>4</sup>. Ces juges du fond ou de la Cour de cassation sont « *les gardiens de toutes les promesses* », selon la belle formule d'Antoine Garapon<sup>5</sup>.

**4. Le juge-interprète.** Les juges sont les premiers relais de la loi en général et de la réforme du droit des obligations en particulier. La place du juge conditionne la nature d'un système juridique. À l'égard de la réforme du droit des obligations, le juge a été et sera un des principaux « *acteurs-auteurs* » (G. Timsit). Il l'a été au moyen des nombreuses observations formulées à la lecture des avant-projets proposés par les commissions Pierre Catala et François Terré. Il l'a été encore lors de ses réactions aux divers projets de la Chancellerie en 2008, 2009 et 2013, que ce soit par des contributions individuelles ou collectives. Il le sera demain avec la réforme du droit des obligations. Pour une raison générale, d'abord, car la pratique judiciaire est un mélange d'application et de création. Comme le souligne avec pertinence Nicolas Molfessis, « *il n'y a pas une ligne verticale entre le praticien et la loi mais une figure circulaire* »<sup>6</sup>. Pour une raison particulière, ensuite, car l'auteur

**3** G. VANNIER, *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, PUF, « L'interrogation philosophique », 2001, spéc. p. 117 et s.

**4** Sur la prééminence du juge interprète, H. BATIFFOL, « Questions de l'interprétation juridique », *Arch. philo. dr.*, 1972, t. XVII : *L'interprétation dans le droit*, p. 9 s.

**5** A. GARAPON, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, O. Jacob, 1995.

**6** « *Toute création du droit participe d'un processus en quelque sorte circulaire, qui unit en son sein application et création. Entre la création et l'application, il n'y a pas une ligne verticale [...] mais une figure*

de la réforme du droit des obligations invite, volontairement ou non, le juge à participer à son succès. Les manifestations sont légion : multiplication des principes, des standards juridiques, des notions souples, des délégations de pouvoir. Ne seront donc pas ici traitées les questions relatives à l'interprétation du contrat<sup>7</sup> pour se focaliser sur l'interprétation du droit des contrats.

**5. Le juge passif, hyperactif ou réflexif.** Le succès de la réforme du droit des obligations repose donc en grande partie sur le rôle attribué à et sur celui que s'attribuera le juge dans la mise en œuvre des nouvelles dispositions. S'agissant d'une « codification à droit constant », où l'essentiel réside dans la consolidation des « acquis jurisprudentiels », la tâche ne devrait pas être trop complexe. À vrai dire, le juge peut appréhender la réforme de plusieurs façons. Il peut se retrancher dans un rôle purement passif conforme à la logique formelle et à une conception légaliste du droit. À ce titre, le juge « *bouche qui prononce les paroles de la loi* » (Montesquieu)<sup>8</sup> veillera pour l'essentiel à respecter la lettre de la loi et les objectifs fixés par le législateur. Ce juge intervient dans un système conçu de manière verticale et descendant. S'il fallait prendre une figure antique pour symboliser ce juge légaliste celle de Jupiter s'imposerait avec force. À l'extrême, le juge peut aussi être un hyperactif. Il endosse l'image d'un juge « hors la loi » qui se livre à une interprétation téléologique et axiologique. Ce juge créerait le droit des obligations à côté de la loi, *praeter legem*. Ce juge interviendrait alors dans un droit conçu de manière ascendante, droit vivant jurisprudentiel dont la figure emblématique serait Hercule. Enfin, le juge pourrait de manière plus modérée être un juge réflexif. Il serait une interface, une cheville (A. Kojève)<sup>9</sup>, entre le droit et les faits, entre l'État et la société civile, entre les producteurs de la règle et ses destinataires. Ce juge userait sans en abuser de la science du magistrat. Il est un passeur, un intermédiaire, un messenger adoptant ici la posture du juge Hermès.

**6. Jupiter, Hercule et Hermès.** La réforme du droit des obligations fait-elle prévaloir une figure sur une autre ? À vrai dire, ces trois figures du juge, inspirées de François Ost, lui-même probablement influencé par les idées de Ronald Dworkin, coexistent au sein de notre système juridique. La particularité au sein du projet d'ordonnance du 25 février 2015 est la place plus

---

*circulaire, sans que le point de départ et le point d'arrivée ne puissent être clairement et toujours désignés. L'essentiel est de comprendre ce processus circulaire* » (N. MOLFESSIS, « Les pratiques juridiques, source du droit des affaires. Introduction », *LPA*, 27 novembre 2003, n° 237, p. 4).

7 Sur ce point, v. C. WITZ, « L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats », *D.*, 2015, p. 2020.

8 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chap. VI.

9 A. KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, spéc. p. 25 et s.

grande que semble désormais occupée la figure d'Hermès. Puisqu'il est question de perspective et de prospective, ces développements relèvent beaucoup plus de l'intuition et du sentiment que d'une véritable démonstration. Ainsi semble coexister au sein de la réforme du droit des obligations, trois figures dominantes du juge et trois rôles complémentaires : aux extrêmes le juge jupitérien (I) et le juge herculien (II) ; dans une conception plus modérée, une place dominante semble être attribuée au juge Hermès (III).

## I. LE JUGE JUPITÉRIEN ET L'INTERPRÉTATION DE LA RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS

**7. Juge jupitérien et principe de continuité.** Selon le concept de jugement déterminant d'Emmanuel Kant<sup>10</sup> repris par Ronald Dworkin, lorsque la règle est claire et directement opérationnelle, le juge peut aller du général au particulier. Cette démarche est celle du juge jupitérien qui garantit en quelque sorte un principe de continuité entre la loi et les destinataires de la norme. Le juge jupitérien intervient dans un système marqué par le sacré et la transcendance conformément au modèle dit pyramidal. Dans son interprétation, le juge se soumet à la loi. Il s'agit d'un juge légaliste. Dans ce schéma, le juge doit surtout appliquer la loi et rarement l'interpréter. Cette conception se rapproche des termes du discours préliminaire de Portalis lorsqu'il fait observer que les magistrats sont « *pénétrés de l'esprit général des lois* » et doit s'attacher à diriger l'application « *sage et raisonnée* » des lois<sup>11</sup>. Lorsque ce juge doit exceptionnellement interpréter la loi, il doit, même en usant de la libre recherche scientifique chère à François Gény, rechercher la volonté du législateur et les valeurs prônées par ce dernier. Qu'en est-il à l'aune de la réforme du droit des obligations ?

**8. Juge jupitérien et réforme du droit des obligations.** Il faut avouer que ce n'est pas cette figure qui est dominante dans le projet de réforme. En outre, l'absence de travaux préparatoires, en raison du choix d'une réforme par voie d'ordonnance, rend plus difficile la recherche des intentions du législateur, hormis peut-être dans le texte de la loi d'habilitation du 15 février 2015. Pourtant cette figure du juge jupitérien n'est pas totalement absente. En voici quelques signes.

<sup>10</sup> E. KANT, *Critique de la faculté de juger*, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1985, t. 2, Introduction.

<sup>11</sup> J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, Joubert, Librairie de la Cour de cassation (1844), Centre de Philosophie politique et juridique, « Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Textes et Documents », 1989.

Tout d'abord, certains choix ont été opérés au sein du projet d'ordonnance qui s'imposent au juge qui est alors privé de tout pouvoir d'interprétation. Ainsi en est-il de la consécration de la théorie du droit de critique en matière de nullité (art. 1178 et s. du projet), de l'éviction de tout raisonnement fondé sur l'engagement unilatéral de volonté, de la disparition de la notion de bonnes mœurs (art. 1161 du projet, à moins que l'article 6 du Code civil soit maintenu) interdisant au juge toute conception par trop moraliste du contrat, de la suppression de la cause limitant le champ d'action du juge en droit des contrats, de la consécration de la rupture unilatérale hors le juge confirmant l'unilatéralisme croissant au sein du contrat. Plus marquantes sont les directives adressées au juge, qui sont l'expression de choix axiologiques opérés par le législateur et auxquels le juge doit se soumettre. Que l'on songe aux principes généraux du droit des contrats que sont le principe de liberté contractuelle (art. 1102 du projet) et le principe de bonne foi (art. 1103)<sup>12</sup> qui constituent l'esprit du droit des contrats et donnent le « la »<sup>13</sup>. Le respect de la volonté des parties est conforté puisque le juge doit interpréter le contrat en recherchant en priorité ce qu'ont voulu les parties (art. 1188 du projet). En outre, plus globalement, la loi d'habilitation semble indiquer au juge dans quel esprit certaines dispositions doivent être appliquées. Le juge doit veiller à concilier en permanence protection des faibles et efficacité économique. Cette difficile conciliation donne parfois l'impression que le législateur n'a pas voulu opérer un choix tranché entre ces deux finalités, restant alors au milieu du gué. Les exemples sont légion. L'article 1121 du projet consacre le principe d'une exécution forcée en nature, symbole d'un *pacta sunt servanda* à la française, mais admet dans le même article l'éviction d'une telle mesure lorsque le coût est manifestement déraisonnable<sup>14</sup>. Ce mélange des genres peut également être observé au sein de l'article 1163 du projet qui permet de lutter contre la fixation unilatérale abusive du prix dans certains contrats et accorde au juge le pouvoir de fixer judiciairement le prix en se référant notamment aux usages, aux prix du marché et aux attentes légitimes des parties. Enfin, c'est au regard des valeurs promues par le législateur que le juge va devoir déterminer le caractère supplétif ou impératif de nombreuses dispositions. L'article 1121 évoquant le coût manifestement onéreux peut-il être exclu en amont par les parties ? L'article 1124 alinéa 2 sur l'exécution forcée en nature de la

**12** Sur la bonne foi comme principe d'interprétation, J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 1995, 19<sup>e</sup> éd. n° 113, p. 226. *Adde* Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989.

**13** Sur ce principes, M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.*, 2015, p. 816 et s.

**14** Rappr. art. L. 125-7 et L. 514-20 C. envir. qui exclut toute obligation de réhabilitation en cas de coût manifestement excessif.

promesse unilatérale de contrat peut-il être évincé par les contractants ? La renégociation préalable au pouvoir de résiliation judiciaire en cas d'imprévision peut-elle souffrir d'une clause contraire ? La révision unilatérale du prix par le créancier peut-il être écartée par le contrat ? L'impossibilité de renoncer à une condition suspensive après sa défaillance repose-t-elle sur une disposition d'ordre public ? Et bien d'autres exemples encore... Au juge de sonder les intentions du législateur et de rester dans son rôle de « *bouche qui prononce les paroles de la loi* ».

9. Le juge jupitérien veille au respect des valeurs protégées et des objectifs poursuivis par le législateur<sup>15</sup>. Cependant, il n'est pas difficile de percevoir que cette figure du juge jupitérien soumis à la loi n'est pas la figure dominante au sein du projet de réforme même si elle persiste. Coexistant avec elle et se situant à l'extrême opposée, nous retrouvons la figure du juge herculien qui vient combler les lacunes et résoudre les contradictions de la loi.

## II. LE JUGE HERCULIEN ET L'INTERPRÉTATION DE LA RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS

326

10. **Juge herculien et principe de subsidiarité.** Si le juge jupitérien s'appuie sur un principe de continuité, le rôle du juge herculien est articulé autour du principe de subsidiarité. Autrement dit, par nécessité, il est amené à interpréter là où le texte manque de clarté et là où la volonté même du législateur fait défaut. Le juge herculien intervient en quelque sorte dans un « monde inversé », une pyramide inversée où le juge rend le droit cohérent ou comble le vide laissé par le législateur. Le juge sort ici de sa « *fonction purement machinale* ». Il n'est plus un « *esclave enchaîné* » à la loi<sup>16</sup>. Portalis lui-même évoquait cette figure du juge lorsqu'il évoquait dans le *Discours préliminaire* les principes du législateur que le juge doit « *ramifier et étendre* ».

11. **Juge herculien et réforme du droit des obligations.** Qu'en est-il de ce juge herculien au sein de la réforme et du futur titre III du livre III du Code civil ? Il existe un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles il serait divinatoire de croire que le juge va pouvoir rechercher la volonté du législateur ou l'esprit de la loi. Le juge herculien exerce le plus souvent un travail de mise en cohérence. Il va devoir par une interprétation des textes existants tenter une remise en ordre. Selon la philosophie kantienne, encore une

<sup>15</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1954, p. 320.

<sup>16</sup> P. DEUMIER, *Introduction*, Lextenso, 2015, 3<sup>e</sup> éd., n° 8, p. 20.

fois reprise par Ronald Dworkin, nous sommes en présence d'un jugement réfléchissant. En d'autres termes, en présence de cas difficiles (*hard cases*) le juge doit penser une loi et doit garantir l'unité dans l'application des règles par référence à un principe fondamental : la cohérence. Plusieurs problèmes de cohérence vont à l'avenir devoir être résolus par le juge. Parmi quelques exemples, on peut citer la combinaison problématique du futur article 1169 du projet sur les clauses abusives avec les articles L. 132-1 du Code de la consommation et L. 442-6 du Code de commerce. Ces dispositions peuvent-elles être cumulées ? Autrement dit, devant l'un des huit tribunaux de commerce compétents pour mettre en œuvre l'article L. 442-6 du Code de commerce, le partenaire commercial pourra-t-il obtenir des dommages et intérêts sur ce fondement et obtenir en même temps la « suppression » de la clause abusive sur le fondement du futur article 1169 ? Quant au consommateur, dispose-t-il d'une option entre l'article 1169 du Code civil et l'article L. 132-1 du Code de la consommation ?

La même interrogation existe à propos de l'article 1183 du projet. En présence d'un contrat annulable, le titulaire du droit d'agir en nullité peut être interrogé sur sa volonté de se prévaloir de la nullité. En cas de silence gardé pendant six mois, il perd toute possibilité de demander la nullité. Une telle disposition a le mérite de stabiliser le lien contractuel mais elle pose un problème de cohérence avec d'autres dispositions. Au sein même du Code civil, tout d'abord, car l'article 2254 du Code civil issu de la loi du 17 juin 2008 prévoit que le délai de prescription ne peut être réduit par une clause contractuelle en-deçà d'une durée d'un an. Une année pour agir est d'une certaine manière considérée comme un minimum irréductible. Ne peut-on pas considérer que réduire le délai à six mois pourrait parfois être analysé comme une limite excessive au droit d'agir en justice contraire à la Constitution (droit au recours) et à l'article 6 § 1 de la Conv. EDH sur le procès équitable ? Au-delà du Code civil, ensuite, car certains délais sont d'ordre public, notamment en droit de la consommation. Est-ce que cette réduction à six mois après la mise en œuvre d'une « action interrogatoire » ne viendrait pas en contradiction avec ces différentes dispositions ? Encore une fois, le choix devra être opéré par le juge, sans que le législateur puisse lui venir en aide.

Une difficulté de même nature aurait pu se poser en raison de la suppression de l'actuel article 1107 du Code civil qui fait le pont entre le droit commun et le droit spécial des contrats. En ne reprenant pas une telle disposition dans le projet, le risque aurait été de considérer que le droit commun n'était plus applicable aux « contrats spéciaux ». Des solutions absurdes auraient pu être soutenues. Par exemple, l'exécution forcée en nature de l'article 1124 du projet pourrait ne pas s'appliquer à la promesse unilatérale de vente qui continuerait d'être soumise au droit de la vente et donc à la

jurisprudence actuelle ! Cette scorie, selon les dires du ministère, devrait être corrigée dans la version définitive de l'ordonnance.

En outre, autre source de difficultés pour notre juge herculien : l'application de la loi dans le temps. Quand bien même le législateur poserait le principe de survie de la loi ancienne et déterminerait la date d'entrée en vigueur du nouveau texte, le juge pourrait s'inspirer d'une disposition législative, telle que la violence économique de l'article 1142 du projet, avant même son entrée en vigueur ? Les contrats déjà conclus au sein desquels figure une clause abusive pourraient être soumis à la loi nouvelle si le juge conçoit l'article 1169 du projet comme une disposition d'ordre public impérieux. Si l'imprévision naît après l'entrée en vigueur de la loi doit-on prendre pour point d'ancrage la date de conclusion du contrat ou la date de l'imprévision (art. 1196 du projet) ?

Enfin, le juge herculien doit surmonter les maladresses ou imprécisions du législateur. Que l'on songe à la définition de la stipulation pour autrui excluant *a priori* toute possibilité d'une stipulation pour autrui avec charge (art. 1206 du projet qui évoque une « *prestation pour autrui* »). Que l'on songe encore à l'article 1227 qui dispose que « *la résolution peut toujours être demandée en justice* », qui semble exclure selon une première interprétation toute clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire. Que l'on songe enfin au verbe « supprimer » utilisé dans l'article 1169 dont on ne sait s'il renvoie à la nullité partielle ou à la clause réputée non écrite dont les régimes sont très différents.

12. La figure herculienne du juge, ce qui est normal au lendemain d'une réforme, semble être plus importante que celle de Jupiter. Une autre figure domine en réalité le projet d'ordonnance, domination qui semble être voulue par le législateur : le juge Hermès.

### III. LE JUGE HERMÈS ET L'INTERPRÉTATION DE LA RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS

13. **Juge Hermès et principe d'adaptabilité.** Le droit d'Hermès est un droit de l'entre-deux. Hermès, selon François Ost, ne connaît « *d'autre loi que la circulation des discours, dont il arbitre les jeux toujours recommencés* » sur le modèle du réseau<sup>17</sup>. Si Jupiter s'appuie sur le principe de continuité, si le rôle du juge herculien est fondé sur le principe de subsidiarité, le rôle du juge

<sup>17</sup> F. OST, « Jupiter, Hercule ou Hermès. Quel modèle pour un droit post-moderne ? », *Journal des procès*, n° 179, 5 octobre 1990, p. 14-20.



Hermès s'articule autour du principe d'adaptabilité. Le législateur invite volontairement le juge à participer à la détermination de la règle<sup>18</sup>. Cette forme de « délégation » se traduit principalement par la multiplication de standards juridiques entendus au sens le plus large<sup>19</sup>, signes d'une forme d'« *autoscepticisme du législateur* » selon la belle formule du Doyen Gérard Cornu<sup>20</sup>. Au moyen des standards juridiques, le juge intervient dans un système juridique conçu comme un « *système ouvert* »<sup>21</sup>. Les standards juridiques sont les matrices d'une véritable internormativité en ce qu'ils permettent la rencontre de normes d'horizons différents (morale, éthique, économie, droit...)<sup>22</sup>. Ils sont le signe d'une logique du flou qui permet d'ordonner la diversité<sup>23</sup>. Les standards juridiques sont le lieu d'une conciliation entre les valeurs (ordre et justice, individuel et social, protection des faibles et efficacité économique...) et permettent de faire appel à des valeurs extérieures au droit. Le juge Hermès se présente alors comme un juge « réaliste » en connexion permanente avec la réalité sociale<sup>24</sup>. Certes, ce phénomène n'est pas nouveau et le Code civil comprend déjà de nombreuses notions à contenu variable<sup>25</sup> : ordre public, bonnes mœurs, intérêt commun, intérêt de l'enfant, intérêt de la famille, bonne foi... La particularité au sein du projet de réforme est non seulement la prolifération de ces standards, mais surtout une horizontalisation de ces standards. Alors que l'ordre public et les bonnes mœurs renvoient à un juge servant d'interface entre les intérêts privés et l'intérêt général, les nouveaux standards amènent le juge à jouer le rôle d'interface entre intérêts particuliers.

- 18 On laisse au juge des réserves d'imagination, J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, 2<sup>e</sup> éd., p. 285.
- 19 Pour une distinction entre délégation de pouvoir, standards juridiques et notions souples, v. P. JESTAZ, « Rapport de synthèse du 1<sup>er</sup> congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique (Aix-en-Provence : 5, 6 et 7 septembre 1988) », *RRJ*, 1988, p. 1181 et s.
- 20 G. CORNU, « L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil », cours poly-copiés de droit civil, Doctorat 1970-1971, spéc. p. 73 et s.
- 21 Comme le disait le Doyen Gérard Cornu, « *Avare de mots, riche de matière* » (G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, « Domat droit privé », 2005, 3<sup>e</sup> éd., spéc. n° 74, p. 293).
- 22 Ils sont nécessaires pour adapter la règle à la réalité sociale, A. RAYNOUARD, « Cent ans de méthode... d'interprétation du droit privé positif », *D.*, 2000, point de vue du 6 janvier 2000 p. VII.
- 23 M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit, Du Code pénal aux droits de l'homme*, PUF, « Quadrige Essais Débats », 2004, 388 p.
- 24 V. C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003, spéc. n° 3, p. 12 s. ; F. MICHAUT, *Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain*, *préc.*, spéc. introduction p. 344 s. V. égal. A.-A. AL SANHOURY, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise – Contribution à l'étude comparative de la règle du droit et du standard juridique*, Marcel Giard, « Bibliothèque de l'Institut de droit comparé série centrale » t. 10, 1925, 361 p. ; du même auteur, « Le Standard Juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, p. 144 s.
- 25 V. P. COËT, « Les notions-cadres dans le Code civil », *préc.* : *Petites affiches*, 15 août 1986 n° 98, p. 39 et s.

Ce titre de Michaut ne semble pas cité auparavant ? Remplacer préc. par les références bibliographiques ?

Manque maison et année d'édition ?

supprimer la partie surlignée qui me semble inutile ?

**14. Juge Hermès et réforme du droit des obligations.** Le projet d'ordonnance est inondé de ces notions offrant au juge la possibilité d'appliquer et de créer en même temps la règle de droit, exemple topique de ce juge « *auteur-acteur* » de la norme (G. Timsit). La liste ne peut pas être exhaustive car les standards juridiques irradiant l'ensemble du projet de réforme : « *incompatibilité* » des conditions générales (art. 1120 du projet), « *opération d'ensemble* » (art. 1186 du projet), « *délai raisonnable* » (art. 1116, 1118, 1125, 1157, 1226, 1305-1, 1307-1 du projet), « *personne raisonnable* » (art. 1188, 1198, 1301-1 du projet), préavis « *raisonnable* » (art. 1212 du projet), « *raisonnablement* » (art. 1218 du projet), « *déraisonnable* » (art. 1221 du projet), délai et coût « *raisonnables* » (art. 1222 du projet), l'inexécution « *imparfaite* » (art. 1223 du projet), « *déséquilibre significatif* » (art. 1169 du projet), « *état de nécessité* » (art. 1142 du projet), « *certain temps* » (art. 1124 du projet), « *attentes légitimes* » (art. 1163 du projet), personne digne de « *confiance* » (art. 1129 du projet), « *substance de l'obligation essentielle* » (art. 1168 du projet), intérêt général et intérêt particulier (art. 1178 et s. du projet), proportionnalité (art. 1102 du projet), bonne foi (art. 1103 du projet), abus (art. 1163 du projet) et bien d'autres encore...

**15. Risque d'arbitraire ?** Cette interprétation-création confiée au juge Hermès ne risque-t-elle pas de dévier en un pouvoir arbitraire<sup>26</sup> ? À dire vrai, « *ministre du sens, le juge n'est pas pour autant promu dictateur* »<sup>27</sup>. Plusieurs raisons permettent de l'affirmer. Tout d'abord, le juge tient compte, lors de son interprétation-création, du contexte législatif et jurisprudentiel. Comme le rappelle le Conseil constitutionnel dans sa décision rendue le 13 janvier 2011 sur l'article L. 442-6 du Code de commerce se référant au « *déséquilibre significatif* », l'environnement législatif ou jurisprudentiel permet « *au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire* »<sup>28</sup>. Selon la belle métaphore de Ronald Dworkin, les juges sont des romanciers qui écrivent successivement le même roman<sup>29</sup>. Celui qui prend le relais de l'écriture doit respecter le récit rédigé par celui qui le précède afin que l'histoire conserve une certaine cohérence, ce qui ne le prive pas pour autant de son pouvoir créateur. Le juge est donc une simple interface entre le législateur et ses destinataires, entre le droit et les faits. Ensuite, il faut mettre en place un dispositif permettant d'aider le juge à respecter ce fameux principe de cohérence. Il serait opportun de préciser rapidement ce qui relève de

<sup>26</sup> Sur ce débat, A. TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », *RID comp.*, 1970, p. 249 et s.

<sup>27</sup> Fr. RIGAUX, « Le juge, ministre du sens », in *Justice et argumentation, mélange Perelman*, édition de l'Université libre de Bruxelles, 1986, p. 79 et s.

<sup>28</sup> Déc. n° 2010-85 QPC, *Ets Darty et fils, D.*, 2011, p. 415 s., note Y. PICOD.

<sup>29</sup> R. DWORKIN, *L'empire du droit*, 1986, trad. française, PUF, 1994, spéc. p. 251 et s.

l'appréciation souveraine des juges du fond et ce qui constitue une notion de droit contrôlée par la Cour de cassation. Lorsqu'il s'agit d'une question relevant de l'appréciation des juges du fond, peut-être faudrait-il encourager la Cour de cassation à exercer au moins un contrôle de la motivation. L'autre moyen de limiter les injustices est de ne pas hésiter à user de la procédure pour avis de la Cour de cassation. Véritable « *arrêt de règlement* » selon l'analyse du Doyen Jean Carbonnier, l'avis de la Cour de cassation va permettre de stabiliser plus rapidement la jurisprudence et limiter les risques de controverses jurisprudentielles. Concernant plus spécialement l'article 1169 et les clauses abusives, il pourrait être confié à la commission d'examen des pratiques commerciales ou à la commission des clauses abusives le soin de dresser des recommandations sur les clauses sensibles, susceptibles d'être considérées comme abusives. Cette démarche préventive permettrait de limiter le développement d'un contentieux qui engorgerait les tribunaux et constituerait une directive précieuse pour les rédacteurs d'actes. Enfin, il est indispensable que le législateur décale dans le temps l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Cela dépend de l'avis du Conseil d'État mais une entrée en vigueur décalée laisserait le temps à la rédaction de circulaires interprétatives qui pourraient aider les juges et les autres interprètes à la compréhension de certaines dispositions et compenseraient ainsi l'absence de travaux préparatoires.

**16. Éviter le juge : par l'anticipation conventionnelle et par la médiation.** Pour conclure ce bref exposé sur le rôle du juge-interprète, on peut déceler au sein de la réforme un message subliminal, une intention cachée. Il s'agit d'une lecture personnelle qui pourrait se confirmer dans la pratique contractuelle à venir. Le législateur est en train de développer dans l'esprit des contractants et de leurs conseils une peur du juge. Mal nécessaire en droit des contrats, le juge doit rester une mesure ultime, le dernier recours. Le juge est présenté au sein de la réforme comme une menace. Cette peur du juge explique, tout d'abord, pourquoi la réforme peut être interprétée comme une invitation des parties à tout prévoir dans leur contrat. Il s'agit d'une dérive à l'américaine, obligeant les rédacteurs à alourdir le contenu du contrat en prévoyant jusqu'à l'imprévisible (expliquer les clauses rédigées, envisager l'éviction de certaines dispositions, exprimer clairement les attentes légitimes des parties, évincer l'intervention du juge...). La réforme devrait entraîner une « enflure » du contenu contractuel. L'esprit de la réforme est en ce sens. Cette peur du juge, ensuite, est en accord avec une autre réforme d'envergure sur la justice du XXI<sup>e</sup> siècle (J21). Le juge doit rester une mesure

ultime. Il faut avant tout encourager la médiation et la conciliation<sup>30</sup>. À défaut, on prend le risque de se soumettre à un juge qui dispose d'une boîte à outils lui accordant une marge de manœuvre considérable pour s'immiscer dans la relation contractuelle.

17. Multiplier les standards juridiques, paradoxalement, ce n'est pas principalement augmenter le pouvoir des juges, c'est surtout adresser un message aux parties afin, en amont, qu'elles anticipent sur toutes les difficultés par la rédaction de clauses claires, précises et détaillées et afin, en aval, qu'elles choisissent, en raison des aléas liés aux standards juridiques et aux pouvoirs corrélatifs du juge, la voie de la médiation ou de la conciliation. Finalement, demain, qui dit contractuel ne dit pas forcément juge !

---

**30** Sur cette interprétation, S. AMRANI-MEKKI, allocution lors de la conférence sur le projet de réforme du droit des obligations et les tribunaux de commerce, 28 novembre 2015.