

30 ^{LES} JOURS ^{DE LA}
ORDO ^{PAR} DALLOZ

1^{ER} OCTOBRE 2016

ENTRÉE EN VIGUEUR
DE LA RÉFORME
DU DROIT DES OBLIGATIONS

ÊTES-VOUS PRÊTS ?

DALLOZ

SOMMAIRE

Propos introductifs

1. **Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats**
D. Mainguy, Recueil Dalloz
2. **2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats**
B. Mallet-Bricout, RTDciv.
3. **Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Le contrat**
M. Mekki, Revue des sociétés
4. **Négociations et obligation de confidentialité**
M. Jaouen, AJCA
5. **Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux : l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les articles L. 145-1 s. du code de commerce et le bail commercial**
J. Monéger, RTDcom.
6. **La réforme du code civil : quels enjeux pour nos contrats ?**
V. Valais, Dalloz IP/IT
7. **Incidences en matière de transactions immobilières, à propos de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016**
F. Cohet, AJDI
8. **L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ?**
L. Bento de Carvalho, Revue de droit du travail
9. **La réforme du droit des obligations et le droit des personnes et de la famille**
J. Hauser, AJ famille
10. **Regards comparatistes internes sur la réforme du droit des contrats. Réflexion sur l'identité contractuelle française**
J. Antippas, AJDA

PROPOS INTRODUCTIFS

1^{er} octobre 2016 : une date qui sonne depuis des mois, pour la communauté juridique, comme un saut annoncé dans l'inconnu, la remise en cause de toutes les certitudes contractuelles accumulées au cours d'années d'études et de pratique professionnelle.

La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 affecte toutes les branches du droit, du droit civil des obligations évidemment, jusqu'au droit du travail ou même au droit de la famille, en passant bien sûr par le droit des affaires. La seule entrée en vigueur de la réforme suscite interrogations et difficultés en particulier pour les contrats en cours. Au-delà, chaque négociation, chaque exécution, chaque remise en cause d'un contrat voit ses fondements profondément bousculés.

Il serait vain de tenter de donner une présentation exhaustive des conséquences de la réforme tant les sujets sont nombreux, et tant les publications ont été importantes. Aussi, les Éditions Dalloz vous proposent, avec ce nouveau Livre blanc, une sélection d'articles de revues permettant d'éclairer divers aspects de la réforme. De quoi aborder sereinement ce mois d'octobre 2016...

Eric Chevrier
Responsable du département
Droit des affaires des Éditions Dalloz

Pascale Guiomard
Responsable du département
Droit civil des Éditions Dalloz

1

**Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles
du droit des contrats**

Par Daniel Mainguy, Professeur à la Faculté de droit et science politique

Article paru dans le Recueil Dalloz – 15 septembre 2016

À lire également dans le numéro du 15 septembre 2016 :

- **Au commencement était le verbe... À propos de la réglementation de l'offre par le nouveau droit des contrats**, J. Antippas, D. 2016. 1760
- **Les critères du contrat d'adhésion**, T. Revet, D. 2016. 1771

ÉTUDES ET COMMENTAIRES



Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats

par Daniel Mainguy, *Professeur à la Faculté de droit et science politique*

L'essentiel > L'article 9 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 sur la réforme du droit des contrats prévoit une entrée en vigueur doublement décalée : elle s'applique aux contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016 et les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la « loi ancienne ». L'ampleur de la réforme, toutefois, ne commande-t-il pas de proposer une interprétation audacieuse, pour ne pas dire moderne et réaliste, de cet article 9, à la lumière de la notion de « norme » applicable au droit des contrats, c'est-à-dire en tenant compte de la jurisprudence du droit des contrats, dans une considération globale de ces normes applicables aux contrats, pour, en fin de compte, proposer une application immédiate de toutes les règles nouvelles ? L'un des moyens consiste tout à la fois à prendre la mesure de cette réforme, à mesurer l'intensité de ses règles nouvelles, notamment celles d'ordre public, et à comparer la valeur des différentes sources de règles du droit des contrats à l'aune de leur effet dans le temps. C'est dire que le débat n'est pas seulement technique, mais s'inscrit dans un débat plus global de théorie et de description du droit.

1762

Retrouvez cet article en intégralité sur notre blog [Réforme du droit des obligations](#)

2

2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats

Par Blandine Mallet-Bricout, Professeur à l'Université de Lyon (Jean Moulin)

Article paru dans la RTDciv. – avril/juin 2016

À lire également, l'article de Hugo Barbier : « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », RTDciv. 2016, p. 247.

III – Droit des contrats et des obligations

A – Droit des contrats

■ **9. Prestation de service – Prestataire hors de France – Détachement de salariés – Paiement.** Décret n° 2016-27 du 19 janvier 2016 relatif aux obligations des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordre dans le cadre de la réalisation de prestations de services internationales.

■ **10. Concession – Autorités concédantes – Procédure.** Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ; Décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession ; Décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession (rectificatif).

■ **11. Contrats – Obligations – Code civil – Réforme.** Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats

Le petit monde des juristes a toutes les raisons d'être parfois étourdi à la lecture des réformes qui se succèdent dans tous les domaines du droit, certains sans doute plus

concernés que d'autres depuis le début du XXI^e siècle (droit de la famille et des personnes, droit commercial, droit immobilier, marchés publics, droit du travail...). Le début d'année 2016 lui a réservé une réforme majeure, en gestation depuis plusieurs années voire décennies, celle du grand droit des contrats, quelques 300 dispositions du code civil réécrites, rénovées, renumérotées, transformées, bref, c'est bien d'une petite révolution juridique dont il s'agit. Non pas un *putsch* façon introduction de la fiducie en droit français en 2007, mais une révolution tranquille, avec son lot de propositions et contre-propositions, de débats plus ou moins enflammés, d'interférences (économiques en l'occurrence), d'ultimes réécritures avant la parution d'un texte abouti : l'ordonnance du 10 février 2016, acclamée depuis comme LE texte de l'année. Faut-il regretter que la presse nationale ne se soit pas emparée du sujet pour le placer sur le piédestal médiatique, comme il siérait aux grandes réformes ? Le droit des contrats n'émeut pas les foules, et il ne suffit sans doute pas d'expliquer à de jeunes étudiants un peu ébahis que leur vie entière est enserrée dans une multitude de relations contractuelles pour

susciter, plus largement, une véritable prise de conscience de l'importance du contrat dans nos sociétés modernes. Le contrat reste affaire de juristes (du moins quant à ses contours, ses limites et souvent sa formalisation), le petit monde des juristes est donc en effervescence, tant il apparaît essentiel, désormais, de comprendre et de maîtriser rapidement le nouveau corps de règles inséré dans notre code. Quant au premier enjeu, comprendre, l'œuvre didactique du législateur éclaire sans aucun doute le chemin. Le second enjeu, en revanche, contient sa part d'illusion, celle qui berce tout juriste qui sait bien, au fond, que la maîtrise des règles n'est pas toujours au cœur du droit, laissant place bien souvent aux interrogations qui justifient son intervention. De ce point de vue, la réforme du droit des contrats ne déçoit pas : elle s'inscrit dans cette longue lignée de grands textes que les praticiens devront s'approprier peu à peu, sous le regard attentif du juge et avec la bienveillante coopération de la doctrine. Celle-ci s'est déjà fortement investie dans les avant-projets et projets successifs de réforme, et les commentaires de l'ordonnance ne tarissent pas depuis sa publication, plutôt louangeurs, parfois critiques, révélant dans tous les cas un réel soulagement : celui de voir enfin avancer notre droit des contrats sur la voie de la modernité.

■ *Le temps de la réforme*

Tout a déjà été dit, ou plutôt âprement discuté, sur la méthode adoptée par le gouvernement pour assurer l'aboutissement de cette réforme : le recours à l'ordonnance plutôt que le débat parlementaire. Mais l'ordonnance n'exclut pas totalement le Parlement, dans l'attente d'une éventuelle loi de ratification si la majorité parlementaire décide de retenir celle-ci dans l'ordre du jour des assemblées. Sans doute faut-il convenir que passer par la voie de l'ordonnance a eu le mérite de parvenir à un résultat rapide et cohérent, en évitant des discussions qui auraient pu être sans fin, ainsi qu'une ultime et probable action des lobbies – déjà présents dans la phase de discussion des projets, alors même que le gouvernement a pris soin d'ouvrir une consultation (certes un peu courte), à laquelle de nombreux universi-

taires et professionnels intéressés ont pris part (environ 300 réponses reçues par la Chancellerie !). Les équilibres à préserver étaient sans doute délicats, entre une influence européenne très prégnante et la nécessité de ne pas perdre l'âme civiliste de notre code, son empreinte depuis deux siècles, encore vivace dans nombre de systèmes juridiques étrangers. De ce point de vue, la réforme envisagée globalement est plutôt une réussite, bien que certaines interrogations et critiques subsistent. Quelques ultimes améliorations seraient souhaitables dans une loi de ratification qui prendrait ainsi tout son sens et consacrerait l'action de la représentation nationale, mais le gouvernement prendra-t-il le temps d'un tel débat au milieu de mille autres préoccupations ?

■ *La réforme dans le temps*

Le code civil n'est pas mort, vive le code civil ! La formule ferait-elle mentir la logique de l'histoire ? Ou bien s'agirait-il d'une demi-réforme ? Il y aura en tout état de cause un avant et un après 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance (v. son art. 9). Mais en vertu d'une perspective bien spécifique, celle de l'application de la loi dans le temps en matière contractuelle, l'avant et l'après ne marqueront pas une fin et un renouveau : la question est plus subtile, et la survie de la loi ancienne pour les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 pourrait bien faire mentir le concept même de réforme ! L'avant s'éteindra peu à peu, avec le temps qui passe, mais nul ne peut prédire son dernier souffle ; l'après s'installera immédiatement dans la réflexion juridique, successivement devant les tribunaux, et nul ne peut prédire non plus comment les juges régleront certaines contradictions volontaires de l'avant et de l'après (on pense notamment à la sanction de la violation d'une promesse unilatérale, ou encore aux effets de l'acquisition successive de droits portant sur un même immeuble par deux personnes tenant leur droit de la même personne).

Il ne s'agit pas d'une réforme totalisante, il y a lieu de concilier sécurité et prévisibilité juridiques avec une volonté de réforme, dans un contexte propre à la matière contrac-

tuelle : la nécessité de respecter l'équilibre voulu par les parties, dont on sait qu'il repose sur une anticipation des risques en connaissance de cause. Pour les praticiens du droit, la 'gestion des risques' est le maître-mot, le législateur ne pouvait pas l'ignorer. Ainsi va la réforme, qui pose de nouvelles règles pour les contrats d'avenir, et dans une mesure plus relative pour l'avenir du droit des contrats : pas question de bouleverser une prévisibilité contractuelle bien comprise, en venant imposer des règles nouvelles – donc un équilibre nouveau – à une relation contractuelle préexistante.

À cela une exception expresse, la demande interpellative (ou interpellation préventive) des futurs articles 1123, alinéas 3 et 4, 1158 et 1183 du code civil (nous préférons ces dénominations à celle d'« action interrogatoire », car il ne s'agit aucunement d'une action au sens juridique – processuel – du terme, « l'action interrogatoire » renvoyant en outre à une figure connue de l'Ancien droit, éloignée du mécanisme consacré dans la réforme). Cette institution proprement nouvelle, dont l'objectif, louable dans les trois hypothèses, est de prévenir une possible difficulté qui serait due à la méconnaissance d'une situation juridique ou à un doute sur celle-ci, peut néanmoins susciter quelques effets pervers (notamment dans l'hypothèse du pacte de préférence, le tiers pourrait avoir intérêt à ne pas utiliser cette procédure en regard du régime juridique de la sanction de la violation du pacte). L'on peut comprendre la pertinence de favoriser l'application de cette procédure y compris aux contrats en cours, dans la mesure où il s'agit de lever un doute et de prévenir un possible contentieux, sans atteindre l'équilibre contractuel préexistant. Mais d'autres innovations de la réforme auraient pu susciter la même faveur du législateur ; on songe par exemple au traitement de l'imprévision ou encore à la résiliation unilatérale par voie de notification. Encore que cela puisse être discuté, car on touche ici à la force obligatoire du contrat et à la gestion du contentieux. Une incertitude subsiste néanmoins, quant aux dispositions d'ordre public, normalement applicables aux contrats en cours et pour lesquelles une appréciation judiciaire des textes issus de la réforme sera nécessaire.

Bref, le nouveau droit des contrats à deux vitesses, accélération de l'innovation d'un côté, rythme de croisière de l'autre, pourrait réserver quelques contentieux interprétatifs, y compris quant à l'application de la réforme dans le temps.

■ *Le sens des mots*

Mais ce ne sont pas les seules difficultés d'interprétation que risquent de susciter les nouveaux textes. Il ne s'agit pas d'une réforme précipitée, loin s'en faut, et pourtant on peut déplorer des imprécisions ou des nouveautés qui laissent perplexes.

Il y a des mots traditionnellement malléables dans leur signification, telle la bonne foi érigée en principe d'ordre public dès le nouvel article 1104, mais il y en a d'autres désormais dans la même veine, dont on se serait peut-être bien passé, tel le concept assez évanescent de « confiance », utilisé de manière déroutante dans le futur article 1112-1 [« Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information *ou a fait confiance à son cocontractant* »]. Il y a aussi les mots qui méritaient une percée dans un droit moderne des contrats, mais dont on critique d'ores et déjà la définition, tel le « contrat d'adhésion », pour lequel a été retenue une définition littéralement large [« Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties. »], qui ouvre le champ des possibles dans les futurs contentieux sur l'article 1171 nouveau [relatif au « déséquilibre significatif »], dans la mesure où de nombreux contrats d'affaires sont potentiellement concernés.

■ *Changements et subterfuges*

Mais il faut sans doute louer l'essentiel, l'effort accompli par le législateur pour faire évoluer notre vieux droit écrit des contrats. La réforme, c'est le changement, et le changement, c'est maintenant ! Pourrait-on s'exclamer à la seule lecture de l'intitulé de l'or-

donnance du 10 février 2016, qui vise non seulement le droit des contrats, mais aussi le régime de la preuve et le régime de l'obligation, en attendant une possible réforme de la responsabilité civile dans quelques mois. Et quel changement ! Pourrait-on penser à l'aune de « l'assiette » de cette réforme, une partie substantielle du Livre III du code civil, outre la modification complète de la numérotation (un petit *tsunami* de la codification qui nous fait perdre tous nos repères ... ou une cure de jouvence, selon la façon dont on apprécie l'événement), une restructuration substantielle du plan du Livre III, dont le sous-titre I du titre III suit désormais les étapes contractuelles associées à des problématiques essentielles (négociation, conclusion, effets, inexécution ; durée, représentation, formalisme, effet translatif...), l'émergence de concepts nouveaux tels le « contenu du contrat », ou encore des modifications importantes du droit positif, tels l'abandon de l'effet rétroactif de la condition suspensive ou la possibilité d'exécution forcée en cas de révocation d'une promesse unilatérale durant le délai d'option, et l'introduction de mécanismes juridiques novateurs, telles la demande interpellative (v. *supra*), la faculté élargie de réfaction du prix (directe ou indirecte, par le juge ou par le créancier – comp. les futurs art. 1164, 1165 et 1223), ou encore la résolution par voie de notification (futur art. 1226). Et ce n'est pas tout ! Par endroits, le législateur se rebiffe contre une jurisprudence bien établie, mais controversée (symptomatiques : la sanction de la violation d'une promesse unilatérale – futur art. 1124, al. 2, la prise en considération de la mauvaise foi du second acquéreur dans le conflit de deux acquéreurs successifs d'un même bien immobilier – futur art. 1198, al. 2), ouvrant ainsi les paris sur la réaction qu'aura la Cour de cassation sur ces mêmes questions dans le cadre de procès en cours ou de contrats conclus avant l'entrée en vigueur des nouveaux textes : lâchera-t-elle du lest dans une perspective d'harmonisation apaisée des solutions, ou bien restera-t-elle sur sa position, au nom de la sécurité juridique contractuelle ? On le pressent, la réforme, une fois entérinée, fera encore parler d'elle. Certes, la vie des affaires encourage les stratégies contractuelles, en connais-

sance de cause de sanctions redoutées, mais n'aurait-il pas été judicieux, notamment pour la promesse unilatérale, de déclarer l'article 1124, alinéa 2, applicable aux promesses en cours, dans la mesure où la règle nouvelle vient rendre à cet avant-contrat toute sa logique et son efficacité ? Le juge, en tout état de cause, devra trancher pour les promesses en cours après l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

Néanmoins, cette réforme n'apporte pas que du changement, elle comporte son lot de simples consécutions, de la pratique contractuelle d'une part, de la jurisprudence, d'autre part. Ainsi sont augmentées les définitions relatives au contrat ou à l'obligation, avec notamment celles du « contrat cadre » (art. 1111), du « contrat d'adhésion » (art. 1110, al. 2), du « pacte de préférence » (art. 1123, al. 1^{er}), de la promesse unilatérale (art. 1124, al. 1^{er}), et celles des obligations « cumulatives » (art. 1306), « alternatives » (art. 1307), « facultatives » (art. 1308), figures juridiques nées de la pratique. Ainsi est consacrée la jurisprudence de la chambre mixte de la Cour de cassation sur la sanction de la violation d'un pacte de préférence, ou encore le concept d'« obligation essentielle », la jurisprudence sur la violence économique, celle sur l'étendue de la réparation du dommage résultant d'une faute commise lors des pourparlers, la règle selon laquelle le silence ne vaut pas acceptation sauf exceptions, et bien d'autres règles encore, tirées du droit positif jurisprudentiel. Où l'on voit que la « réforme » passe aussi par la simple codification de solutions préexistantes.

La volonté de changement s'effrite plus subtilement lorsqu'on évoque LE point d'achoppement de la réforme : la cause. Celle-ci disparaît du code civil, pilier très français de la validité du contrat, les promoteurs de son maintien ayant perdu la bataille, et sans doute la guerre, tant cette éviction de la cause en tant que telle paraît définitive. Les conditions de validité du contrat sont en effet abordées sous une perspective rénovée : aux côtés du consentement et de la capacité des contractants, figure désormais le « contenu licite et certain » du contrat (art. 1128). Mais l'on souligne déjà que le droit français ne

peut se passer d'elle, au point de la restaurer sous de nouveaux oripeaux (le rapport au président de la République est d'une franchise totale : « L'apport de la réforme sur ce point consiste donc dans la suppression de la référence à la cause, tout en consolidant dans la loi toutes les fonctions que la jurisprudence lui avait assignées »). Il y aurait là un subterfuge dans le changement. D'ailleurs, la cause est évincée, mais le « but » est avancé au futur article 1162 ... tel un dernier bastion de la cause. Cela dit, l'évolution reste remarquable et le déchaînement de passions doctrinales que la problématique de la cause a pu susciter enjoint à conclure que le subterfuge n'est pas total, qu'il restait un enjeu, sauf à y voir des passions dogmatiques, forcément vouées à l'échec dans la réflexion très pragmatique qui a présidé à cette réforme.

■ « *Affairisation* » versus *pérennité du droit commun des contrats*

Car l'une des tendances fortes de cette réforme, pour ne pas dire le tournant essentiel qu'elle exprime, est en effet le signe très net d'une empreinte « affairiste » sur les nouvelles règles du droit commun des contrats.

À la lecture de l'ordonnance, on est saisi par le vocabulaire employé et les thèmes retenus (contrat cadre, dépendance économique, indexation du prix, capacité des personnes morales, conditions générales, négociation, confidentialité ...), et même par l'introduction dans le nouveau droit commun des contrats de dispositions qui trouveraient davantage leur place dans les chapitres du code relatifs au droit spécial des contrats (ainsi les dispositions relatives au contrat électronique multiplient-elles les références à la « fourniture de biens », à la « prestation de services », ainsi qu'à la « commande » et à son « prix », s'éloignant singulièrement de l'abstraction qui sied à la théorie générale du contrat ; autre exemple, les « contrats cadre » et les « contrats de prestation de services » sont visés aux futurs articles 1164 et 1165 pour l'application de règles qui leur sont propres).

La modernisation du droit des contrats passe donc par son « affairisation », c'est-à-dire la

prise en considération de la dimension économique de la relation contractuelle, peut-être même au premier chef. Non pas que celle-ci ait été ignorée du code civil de 1804, mais l'on mesure le chemin parcouru depuis, avec les ères successives d'industrialisation, technologiques, numériques. L'économie est plus que jamais au cœur de la réflexion juridique, ce dont témoigne, sans surprise, la réforme du droit des contrats. Ainsi par exemple, disparaît la référence sociétale aux « bonnes mœurs » qui était attachée à la cause (art. 1133), au profit d'une unique référence, transversale et au ton plus « neutre » (mais pas forcément plus objective), à l'ordre public (nouvel art. 1162 – l'art. 6 c. civ. est néanmoins inchangé). La réglementation du contrat électronique, actuellement localisée dans un chapitre isolé du titre 3 du Livre III, est déplacée dans une nouvelle section consacrée à « la conclusion du contrat » (futurs art. 1125 et s.), outre d'autres dispositions complémentaires dans les parties sur « la forme du contrat » et sur la preuve. La problématique du prix fait l'objet de nombreuses dispositions (détermination, révision, outre « le paiement d'une somme d'argent »), et les références économiques innervent plusieurs dispositions, de manière plus ou moins explicite (v. les futurs art. 1143 [« état de dépendance »], 1195 (imprévision), 1221-1222 (exécution en nature) ...). Le décalage, désormais, entre une théorie générale du contrat modernisée et notre vieux droit spécial des contrats, n'en devient que plus criant, il y a urgence à se saisir des titres 6 et suivants du Livre III pour offrir au droit français des contrats une rénovation complète ! C'est à ce prix que la codification civiliste pourrait encore avoir un sens au XXI^e siècle, par l'adoption de textes concis, puissants quant à leur contenu, formant un ensemble harmonisé, et suffisamment généraux pour survivre aux vicissitudes du temps.

La nouvelle empreinte « affairiste » du Livre III n'anéantit pas pour autant toute dimension civiliste du droit commun des contrats. Les signes d'un attachement à des institutions juridiques traditionnelles restent visibles, telles la théorie des vices du consentement (avec son cortège d'erreur, dol, violence classique), les règles sur la capacité, celles sur le

serment... Mais il faut reconnaître que ces dispositions dans la continuité directe du passé sont un peu noyées parmi celles qui révèlent, au contraire, un changement de prisme.

Les piliers de la théorie générale du contrat, en outre, survivent à la réforme, souvent dépoussiérés, parfois mis en exergue, signes d'une forte stabilité de la tradition civiliste : certes l'article 1134 est éclaté en trois dispositions (futurs art. 1103, 1193 et 1104), mais son contenu est préservé ; le principe de l'effet relatif des contrats (et non plus des conventions – v. la nouvelle définition du contrat à l'art. 1101) est affirmé au nouvel article 1199 et nettement distingué de l'opposabilité (art. 1200) ; les règles d'orientation de l'interprétation des contrats sont élaguées mais reprises, pour les plus importantes, aux nouveaux articles 1188 et suivants ; et surtout, les nouvelles dispositions liminaires affirment avec force le principe de liberté contractuelle dans toutes ses dimensions (art. 1102), le principe de bonne foi dans la négociation, la formation et l'exécution du contrat (art. 1104 – égal. art. 1112, al. 1^{er}), et celui de la force obligatoire des contrats (art. 1103).

Et de nouveaux piliers apparaissent, en particulier un régime général de la représentation, d'inspiration européenne assumée (V. le rapport au président de la République), qui vient renouveler l'équilibre droit commun / droits spéciaux sur ce thème : le mandat perd ainsi son statut de droit commun de la représentation (ce qui n'est pas sans conséquences, v. nos obs. sur l'ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, RTD civ. 2016. 190), pour céder place, désormais, à ce corps de neuf dispositions qui rendent compte d'une perspective élargie des sources de la représentation (légale, judiciaire, conventionnelle – art. 1153) et consacrent la distinction entre représentation parfaite et représentation imparfaite (art. 1154), outre le traitement légal des hypothèses de conflits d'intérêts (art. 1161) et l'innovation de l'interpellation préventive (art. 1158).

La nouvelle sous-section relative au « contenu du contrat » n'appelle pas les mêmes éloges, en ce qu'elle constitue un

étrange *melting pot* de dispositions générales et de dispositions particulières (V. not. les art. 1164 et 1165), outre qu'elle interroge sur ... le contenu exact du « contenu du contrat », en renvoyant tant au « but (...) connu ou non par toutes les parties », qu'aux « stipulations », aux « prestations », au prix dans certains contrats, à la « contrepartie », à « l'obligation essentielle », ou encore aux « droits et obligations des parties » ! (V. art. 1162 à 1171). Si cette étrange notion de « contenu du contrat » ne restait qu'une formule d'annonce (simple intitulé de la sous-section), l'inquiétude serait atténuée, mais tel n'est pas le cas, certaines dispositions futures, et non des moindres, renvoyant expressément au « contenu du contrat » : l'article 1112-1, alinéa 3, relatif au devoir général d'information précontractuelle (« Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties »), l'article 1214, relatif au renouvellement d'un contrat à durée déterminée (« Le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties. Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée. »), et l'article 1102 (sur la liberté de contracter).

■ *L'esprit du droit français des contrats au XXI^e siècle*

De manière plus transversale, que révèle cette réforme sur l'esprit du droit français des contrats au XXI^e siècle ? Modernité mâtinée de pragmatisme, technicité assumée, maîtrise des excès du rapport de force contractuel, tels nous semblent être les piliers spirituels de cette réforme d'ampleur.

La réforme traduit en premier lieu une volonté affirmée de s'ancrer dans le réel, en tenant compte des évolutions de la société et des évolutions corrélatives du contexte contractuel. Il y a là un pragmatisme rafraîchissant, qui justifie le phénomène d'« affairisation » du code civil déjà relevé, tout en conservant le style du code civil « à la française », élégant et précis, avec une prise de hauteur fréquemment louée par les

observateurs étrangers (si ce n'est la sous-section consacrée au contrat électronique, dont on regrettera les dispositions très détaillées qui heurtent l'harmonie de l'ensemble, mais elles sont la résultante d'une importation législative). L'œuvre est donc réussie, la modernisation du droit français des contrats est actée, source potentielle d'« attractivité » de notre droit, selon le vœu formé par ses rédacteurs (V. rapport au président de la République).

La technicité du droit des obligations est, par ailleurs, pleinement restituée dans l'ordonnance : le législateur a pris à bras-le-corps le droit des contrats, le droit de la preuve, le régime de l'obligation, n'hésitant pas à trancher des questions sensibles de politique juridique (V. les exemples déjà évoqués des art. 1124, al. 2 et 1198, al. 2, également la section V sur l'inexécution du contrat, les articles 1323 – opposabilité de la cession de créance, ou encore 1304-6 – effet rétroactif de la condition suspensive), mais aussi à se saisir de thèmes techniques, telles la stipulation pour autrui, la cession de contrat, la (nouvelle) cession de dette, la délégation... Il faut souligner la qualité de la pensée juridique française en droit des obligations et en droit de la preuve, sa capacité à imaginer l'avenir sur la base de sources multiples, tant internes qu'externes (Principes Unidroit, Principes du droit européen des contrats, Cadre commun de référence, Convention de Vienne, droits étrangers...), sans repli sur elle-même et sans évitement des problématiques techniques. Le nouveau droit français des contrats saura-t-il ainsi convaincre les rédacteurs d'un futur rapport *Doing Business* ? La question, un peu provocatrice, a néanmoins son importance, dans le contexte bien connu de la concurrence des droits et de la tendance assez prégnante des partenaires contractuels étrangers à imposer plutôt la désignation d'une loi étrangère lorsque le rapport de force les y autorise. Le nouveau droit des obligations, bien ordonné et clarifié, devrait rassurer les contractants et favorisera, peut-être, un nouveau regard sur le droit français en ce domaine. À tout le moins, le monde juridique au-delà de nos frontières s'intéresse grandement à cette réforme, comme en témoigne la profusion de présentations et commentaires

de la réforme sur l'internet, par des cabinets d'avocats étrangers.

Œuvre de protection, enfin : la réforme prend en effet clairement le parti du faible contre le fort lorsque c'est nécessaire, traduisant ainsi une réflexion doctrinale qui s'est développée avec force depuis plus d'une quinzaine d'années. Sans aller jusqu'à affirmer l'existence d'une « fonction sociale du contrat », telle qu'elle apparaît en droit brésilien (C. civ., art. 421 brésilien), l'ordonnance met en avant la nécessité de sanctionner diverses formes d'excès : au cours de la négociation (art. 1112), en cas d'abus de « l'état de dépendance » dans lequel se trouve le cocontractant (art. 1143), en cas de « changement de circonstances imprévisible » rendant l'exécution du contrat « excessivement onéreuse pour une partie » et de refus de l'autre partie de renégocier le contrat (art. 1195), en cas de demande d'exécution en nature d'un contrat inexécuté alors qu'il existe « une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier » (art. 1221), lorsqu'une clause « prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur » (art. 1170), ou encore lorsqu'une clause, dans un contrat d'adhésion, « crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » (art. 1171). Certes, fort et faible ne sont pas expressément mentionnés, seul l'excès commis par une partie dans diverses circonstances juridiques est sanctionné, mais il est bien souvent, en pratique, la résultante d'un rapport de force économique déséquilibré. Il ne s'agit pour autant aucunement d'imposer un principe d'équilibre contractuel, raisonnablement écarté par le droit français. Certains commentateurs, pourtant, s'inquiètent des possibles répercussions de cette prise de position dans la vie des affaires : l'« affairisation » du droit des contrats ne serait que de façade, et c'est plutôt une « consumérisation » qu'il faudrait souligner dans la réforme, symbolisée notamment par la consécration du « déséquilibre significatif » dans le futur article 1171. Il est vrai que l'innovation est remarquable, même limitée aux contrats d'adhésion (après des hésitations), et que ses conséquences pratiques restent à découvrir, d'autant plus que la coexistence

de cette disposition avec les articles L. 132-1 du code de la consommation et surtout L. 442-6, I, 2° du code de commerce n'a pas été abordée par le législateur (le futur art. 1105 ne résolvant pas *a priori* toutes les questions soulevées par la problématique générale d'une cohabitation de règles générales et de règles particulières). Une telle appréciation critique de la réforme peut toutefois être contrebalancée par l'observation d'une montée en puissance de l'unilatéralisme, qui ouvre à l'une des parties la possibilité de fixer seule le prix (V. art. 1164 et 1165), au créancier celle de réduire le prix en cas d'exécution imparfaite du contrat (art. 1223), ou encore de « résoudre le contrat par voie de notification » (art. 1226), signes d'un assouplissement de la gestion contractuelle. Le recours au juge, dans ces hypothèses, n'intervient en effet que subsidiairement.

On pressent alors que le juge tiendra sans doute un rôle de premier plan dans la promotion, ou au contraire la limitation, de la protection du contractant qui subit l'excès, qu'il s'agisse d'un particulier ou d'un professionnel. Là se situe l'un des enjeux majeurs de la réforme : le vieux débat sur le rôle du juge dans le contrat se renouvelle en effet avec l'ordonnance du 10 février 2016. Rarement sollicité de manière franche (V. toutefois l'art. 1195 sur l'imprévision, ou encore l'art. 1228 sur les sanctions de l'inexécution), le juge est néanmoins tapi dans l'ombre, au point que certains redoutent déjà sa potentielle prise de pouvoir dans le contrat, par le biais de la marge d'appréciation de certaines situations qui lui est accordée, de son interprétation des textes, ou de la nécessité de combler certaines lacunes. Les exemples sont multiples, pour n'en citer que quelques-uns, plus ou moins novateurs, on peut évoquer les alinéas 1^{er} et 3 de l'article 1112-1, qui nécessitent d'apprécier plusieurs critères du devoir d'information précontractuelle (« légitimement », « confiance », « lien direct et nécessaire », « qualité des parties, « contenu du contrat ») ; l'article 1120 qui évoque des « circonstances particulières » pouvant justifier d'admettre une acceptation par le silence ; l'article 1130, alinéa 2, sur les vices du consentement (« caractère déterminant ») ; l'article 1143 sur la violence en cas

d'« état de dépendance » (économique ? ou également psychologique ?), et outre cette expression, le juge devra apprécier l'« avantage manifestement excessif ») ; l'article 1148 sur la possibilité pour une personne incapable de conclure des actes courants à des « conditions normales » ; l'article 1156 qui se réfère à la croyance légitime du tiers contractant dans le cadre d'une représentation ; l'article 1162 qui renvoie à « l'ordre public » ; l'article 1164 sur « l'abus dans la fixation du prix » dans les contrats cadre ; l'article 1166 qui renvoie aux « attentes légitimes des parties », en considération de la nature de la prestation, des usages et du montant de la contrepartie ; l'article 1170 sur « l'obligation essentielle » ; l'article 1171 sur le « déséquilibre significatif » ... et il ne s'agit là que des deux premières sections du chapitre consacré à la formation du contrat. La sémantique juridique ouvre donc de nombreuses portes au juge, qui pourra ainsi prendre une part active dans l'avenir du droit des contrats : la jurisprudence a de beaux jours devant elle et devrait poursuivre, sur le fondement des nouveaux textes, le modelage du droit des contrats à l'image de ce qu'elle a fait depuis 1804. L'ordonnance ne crée donc pas un droit écrit fermé, mais bien une nouvelle source de dialogue entre le juge et la loi. Sera-ce de nature à rassurer totalement les contractants ? Il n'est pas certain que le second objectif visé par le législateur, la « sécurité juridique », soit totalement atteint. Certes, la réforme révèle une accessibilité facilitée du droit des contrats, une forme de simplification par la consécration ou l'infirmité claire du droit positif jurisprudentiel, et la prise en compte nécessaire de la pratique contractuelle, mais il subsiste sans aucun doute des défauts et des incertitudes latentes – même si la jurisprudence a déjà tracé dans le passé des lignes directrices. Cette ultime observation ne doit pas pour autant masquer l'essentiel : la réussite globale de l'entreprise du législateur. Le droit français des contrats sort grandi de cette réforme, qui constitue un véritable tournant et sera sans doute érigée, au moins de par son importance, au premier rang du palmarès des réformes 2016.

B. M.-B.

3

Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Le contrat

Par Mustapha Mekki, Agrégé des facultés de droit ; Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité ; Directeur de l'IRDA

Extrait d'un article paru dans la Revue des sociétés – septembre 2016

Une nouvelle étude du Professeur M. Mekki sur le thème des incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés paraîtra dans le numéro d'octobre de la Revue des sociétés. Elle sera consacrée aux clauses contractuelles (clauses de sortie, d'exclusion, d'agrément, de garantie...).

Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ?

Le contrat*

Mustapha Mekki

Agrégé des facultés de droit ;

Professeur à l'université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité ;

Directeur de l'IRDA

Le contrat est la matrice de nombreuses branches du droit et un précieux outil au service des activités économiques. Il est dès lors facile de comprendre les incidences que la réforme du droit des obligations peut avoir sur les principaux aspects du droit des sociétés. Même si les effets se font plus discrets sur le contrat de société, ils sont plus visibles sur les pactes extrastatutaires et les cessions de titres. Tout en respectant, autant que faire se peut, l'ordre logique mis en place par l'ordonnance du 10 février 2016, l'étude se propose de mettre en exergue les incidences directes et indirectes de cette réforme sur le droit des sociétés en privilégiant trois axes d'analyse : le contrat, les clauses contractuelles et les obligations. Cette approche tripartite est une grille de lecture très instructive des modifications apportées par l'ordonnance et des interrogations qu'elles suscitent en droit des sociétés. La première partie de cette étude est consacrée au droit des contrats, sa naissance, sa vie, sa mort, et met en exergue les changements substantiels nés de la réforme spécialement dans les opérations de cession de droit sociaux.

1. Le droit des contrats, matrice du droit des sociétés – L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général des obligations et de la preuve constitue pour l'essentiel une codification à droit constant¹. L'ordonnance est définitivement entrée dans le paysage juridique français depuis qu'un projet de loi de ratification a été déposé au bureau de l'Assemblée nationale le 6 juillet 2016. La future loi de ratification n'a pas besoin d'être votée dans un délai déterminé mais la ratification devra nécessairement être opérée de manière expresse (Constitution, art. 38, al. 2). En attendant, l'ordonnance, jusqu'à sa ratification et à partir du 1^{er} octobre 2016, aura valeur réglementaire et le contrôle de légalité et de constitutionnalité des dispositions sera de la compétence du juge administratif². Il est peu probable que la loi de ratification modifie substan-

tiellement le contenu de l'ordonnance, malgré le souhait formulé par certains auteurs³.

Cette codification essentiellement à droit constant ne doit pas amener à en négliger la portée. D'abord, parce que toute codification comporte une part de création et n'est jamais la réplique exacte des acquis jurisprudentiels. Ensuite et surtout, parce que l'ordonnance comporte quelques innovations majeures aux différentes étapes fondamentales du processus contractuel⁴. L'importance de cette réforme ne réside pas seulement dans le fait d'avoir touché au symbole du code civil français qu'est le titre III du livre III, mais surtout d'avoir modifié un droit qui est souvent présenté comme la matrice de toutes les autres branches du droit. Réformer le droit des obligations, c'est modifier le socle commun à de nombreuses activités économiques. La réforme du droit des obligations a ainsi des incidences directes ou indirectes sur le droit des assu-

(*) Cet article est le premier d'une série de trois articles rédigés par le professeur M. Mekki sur les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés (NDLR).

(1) J.-B. Seube (dir.), *Pratiques contractuelles. Ce que change la réforme du droit des obligations*, éditions législatives, 2016 ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, Dalloz, 2016 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, Dossier pratiques, éditions Francis Lefebvre, 2016.

(2) CE, 17 déc. 1999, n° 208623, *Union hospitalière privée*, au Lebon ; RDSS 2000. 522, obs. J.-M. De Forges.

(3) C. Grimaldi, En attendant la loi de ratification..., D. 2016. 606.

(4) Pour une vue d'ensemble, J. Mestre, *Petit abécédaire de la réforme des contrats et des obligations*, RLDC, avr. 2016, n° 136, p. 16 s. et mai 2016, n° 137, p. 13 s. ; M. Mekki, L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, D. 2016. 494 ; du même auteur, L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, D. 2016. 608.

rances⁵, le droit d'auteur⁶, le droit de la propriété industrielle⁷, le droit de la distribution⁸, le droit du travail⁹, le droit bancaire¹⁰ et, bien entendu, le droit des sociétés¹¹. S'agissant de ce dernier, la réforme du droit des obligations oblige les experts à revisiter le contentieux et à revoir leur technique contractuelle¹². Le phénomène de contractualisation du droit des sociétés intensifie l'importance de la réforme du droit des obligations en ce domaine¹³. Le contrat intervient en la matière à la fois comme un instrument d'organisation et comme un instrument d'aménagement de la condition d'associé. Dans ce dernier cas, le contrat permet d'aménager son statut et sert de matrice au transfert des droits sociaux. Le contrat est perçu comme un instrument, un outil au service de la société et de ses associés¹⁴. Le droit des sociétés est devenu le terreau d'une véritable ingénierie contractuelle. Si le contrat de société, entre la personne morale constituée et les associés, subira peu les effets de la réforme, il en va différemment des contrats de cession de droits sociaux¹⁵ et des pactes extrastatutaires.

2. L'esprit de l'ordonnance du 10 février 2016 – L'ordonnance du 10 février 2016 n'instaure pas un droit plus libéral ou plus solidariste que le droit actuel des obligations. En revanche, elle conforte plusieurs tendances fortes¹⁶. La première est sa volonté de promouvoir une plus grande justice contractuelle tant au stade de la formation qu'au stade de l'exécution du contrat. En revanche, c'est une justice contractuelle qui doit se faire en priorité hors le juge. Ce dernier doit se concentrer sur les cas les plus difficiles¹⁷. La deuxième est une forte « américanisation » du droit des contrats. Les parties sont invitées à conclure un contrat sur mesure en multipliant les clauses contractuelles entraînant une enflure de son contenu¹⁸. Devant la menace d'un juge dispo-

sant d'un arsenal plus important qu'autrefois, composé notamment de standards juridiques lui conférant une plus grande marge de manœuvre, les parties doivent définir, expliquer, justifier, contextualiser leurs clauses contractuelles. Le droit des sociétés est directement concerné car les clauses et les montages contractuels y sont nombreux et seront bientôt sous la haute surveillance d'un juge qui dispose d'une importante boîte à outils. Une troisième tendance est la place que le législateur entend attribuer à l'efficacité économique qui se traduit notamment par la primauté accordée à la liberté contractuelle et par l'accroissement des prérogatives unilatérales conférées aux parties.

3. Une trilogie : Le contrat, les clauses et les obligations

– Le nouveau droit des obligations a été simplifié dans sa présentation, le contrat étant appréhendé de manière chronologique : naissance, vie et mort du contrat. Suivent alors les règles relatives au régime des obligations. À vrai dire et de manière plus prononcée que dans le code civil actuel, le droit des obligations se compose aujourd'hui de trois axes principaux : le contrat, abordé en tant que tel à travers sa formation, ses effets et son extinction, les clauses contractuelles, soumises à une véritable police judiciaire, et les obligations, confirmant que le lien d'obligation est aussi un bien qui circule. Contrat, clauses et obligations sont les trois piliers de ce nouveau droit des obligations. Cette trilogie est une grille de lecture très instructive de la réforme et permet de mettre en lumière toutes les incidences directes et indirectes qu'elle peut avoir sur le droit des sociétés.

Aussi cette étude se propose-t-elle d'aborder les trois lieux de rencontre du droit des obligations et du droit des sociétés : le contrat (I), les clauses (II) et les obligations (III).

I. Le contrat

4. Le nouveau droit des contrats réalise, selon la loi d'habilitation, une conciliation entre la nécessaire justice contractuelle et l'impératif d'efficacité économique. La

définition du contrat figurant à l'article 1101 du code civil nouveau n'appréhende cependant pas la singularité

(5) J. Bigot, L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de leur preuve et le contrat d'assurance, JCP G 11 juill. 2016, n° 28, Doctr. 833.

(6) M. Guillemain, La réforme du droit des contrats et le droit d'auteur, JCP E 16 juin 2016, n° 24 ; C. Maréchal, L'incidence de la réforme du droit des contrats sur les contrats d'exploitation des droits d'auteur, CCC n° 6, juin 2016. Étude 11.

(7) J. Raynard, De l'influence de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats sur la négociation des accords industriels, Propr. Ind., n° 5, mai 2016. Alerte 36.

(8) A. Riera, La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise, AJCA 2016. 20.

(9) G. Loiseau, Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats, JCP G 30 mai 2016, n° 22, 602.

(10) J. Lasserre Capdeville, Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire. Étude prospective, JCP E 21 juill. 2016, n° 29, 1434.

(11) Pour une vue d'ensemble, Th. Massart (dir.), Droit des sociétés et réforme du droit des contrats, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, Dossier, mai-juin 2016.

(12) Le droit des sociétés est ici entendu au sens le plus large. Il s'agit des hypothèses se rapportant au contrat de société mais également et surtout les opérations d'acquisition et les pactes extrastatutaires. Dans une

moindre mesure, le droit des procédures collectives n'est pas sans incidence sur la portée des nouvelles dispositions.

(13) V. spécialement, Y. Guyon, *Traité des contrats. Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, spéc. 9 s., p. 23 s. ; J.-P. Bertrel, Liberté contractuelle et sociétés, RTD com. 1996. 595 ; J. Mestre, La société est bien encore un contrat..., *Mélanges Chr. Mouly, Litec*, 1998, Tome 2, p. 131. Adde, M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 303, 1998.

(14) Sur cette instrumentalisation du droit des contrats, R. Libchaber, La société, contrat spécial, *Mélanges Ph. Jeantin*, Dalloz, 1998, p. 281 s.

(15) R. Mortier, Impacts de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux, Dr. sociétés n° 4, avr. 2016, comm. 52. Adde, A. Couret et A. Reygrobelle, Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux, Bull. Joly 2015, n° 5.

(16) H. Barbier, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, RTD civ. 2016. 247.

(17) Sur ce point, M. Mekki, La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe *comply or explain* !, Gaz. Pal. 5 janv. 2016, n° 1. Adde, L. Aynès, Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?, in Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, RDC, numéro hors-série, n° 4, 2016.

(18) M. Mekki, Les contrats préparatoires - principes et clauses contractuelles, JCP N 2016 n° 1112.

du contrat de société. À la différence du projet de 2015, qui définissait le contrat comme un accord de volontés produisant des effets de droit¹⁹, l'ordonnance du 10 février 2016 préfère revenir à la distinction entre contrat et convention. Le contrat est « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Le lien est ainsi rétabli entre contrat et obligation, entre contrat et échange, ce que l'on peut regretter²⁰. Cette définition néglige tout un pan du droit des contrats qui est celui des contrats qui s'inscrivent dans la durée, créent un lien contractuel et organisent une relation qui va bien au-delà de la création, modification, transmission ou extinction des obligations ; qui va bien au-delà de l'organisation d'une simple permutation conciliant les intérêts contraires des parties²¹. La théorie doctrinale est pourtant riche sur ce point qui qualifie ce phénomène contractuel de contrat-alliance²², contrat-organisation²³, contrat-coopération²⁴... Ce modèle de contrat aurait ainsi répondu clairement au contrat de société, archétype du contrat-alliance²⁵. Malgré cela, les nouvelles dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016 ne sont pas sans incidences directes et indirectes sur le droit des sociétés. Elles concernent la procédure contractuelle (A), la validité du contrat (B) et ses effets (C).

A. La procédure contractuelle et le droit des sociétés

5. La prise de contrôle d'une société est un terreau de la *punctuation*. L'acquisition se fait par étapes successives. Cette inscription dans la durée est désormais prise en compte par le nouveau droit des contrats qui consolide une grande partie des acquis jurisprudentiels. Deux situations peuvent être distinguées : l'échange des consentements et la conclusion de contrats préparatoires.

1. L'échange des consentements

6. La période dite précontractuelle fait son entrée dans le code civil. Même si elle modifie peu l'état du droit positif, elle mérite une attention particulière en droit des sociétés. À ce stade, notamment, une obligation précontractuelle d'information ambiguë doit attirer l'attention des spécialistes de la matière.

(19) J.-Fr. Hamelin, J.-F. Hamelin, Les classifications du contrat, in *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Analyses et propositions*, dir. M. Latina et G. Chantepie, Dalloz, 2015, p. 5 s.

(20) Sur la notion plus large de contrat d'intérêt commun, S. Lequette, Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun, D. 2016. 1148 s.

(21) Sur ce modèle de contrat-échange, P. Didier, Brèves notes sur le contrat-organisation, in *L'avenir du droit, Mélanges Fr. Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 636.

(22) J.-Fr. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Economica, 2013.

(23) P. Didier, *op. cit.*

(24) S. Lequette, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012.

(25) En ce sens, J.-Fr. Hamelin, Le contrat de société et les pactes d'actionnaires, Droit des sociétés et réforme du droit des contrats, Actes pratiques et ingénierie sociétariaire, mai-juin 2016, p. 7, spéc. n° 8 et 9.

7. La période précontractuelle (art. 1111 et 1112) – La prise de contrôle d'une société est rarement l'objet d'une convention sèche. Les pourparlers, qui prennent souvent la forme de *data rooms*, font partie des opérations d'acquisition. La négociation précède le processus de *signing* qui est suivi de la période de *closing*. Les principes qui régissent la période des pourparlers sont bien connus des spécialistes des fusions-acquisitions. Les articles 1111 et 1112 du code civil nouveau ne devraient opérer aucun changement : la rupture des pourparlers n'est pas en elle-même fautive. Seules les circonstances de la rupture peuvent l'être. Dans ce cas, la victime ne peut tout de même pas obtenir réparation de la perte d'une chance de tirer profit du contrat qui n'a pas été conclu. Tout le monde aura reconnu l'affaire *Manoukian*²⁶. En revanche, la conciliation du droit codifié et de la pratique des affaires oblige parfois à quelques adaptations. Prenons, par exemple, l'article 1112-2 du code civil nouveau qui dispose que « Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun ». La divulgation d'une information confidentielle en violation d'un accord de confidentialité, ce qui est assez fréquent, il s'agit des *non-disclosure agreements* (NDA), fera-t-elle naître une responsabilité de nature contractuelle ou le fondement légal qui prévoit une responsabilité « dans les conditions du droit commun » s'entend-il d'une responsabilité extracontractuelle ?

8. L'obligation précontractuelle d'information (art. 1112-1) – Surtout, le législateur consacre au stade de la période précontractuelle une obligation d'information que les « parties ne peuvent ni limiter, ni exclure » (al. 5)²⁷. Selon l'alinéa 1^{er}, « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ». L'information déterminante est celle qui a « un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ». La preuve de l'existence de cette obligation pèse sur le créancier et celle de son exécution sur le débiteur. Elle est censée ne pas porter sur « l'estimation de la valeur de la prestation ». Quelle est l'incidence de cet article sur le droit des sociétés ?

9. Complémentarité entre les « clauses de déclaration » et l'obligation précontractuelle d'information – De nouveau, les opérations de cession de droits sociaux sont les premières concernées. La pratique exige déjà des parties une information sur ce que l'une des parties sait et sur ce que l'autre partie souhaite. Cet échange d'informations prend actuellement la forme de « clauses de déclaration », « clauses ou lettres de révélation » (*disclo-*

(26) Com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243 et 00-10.949, Bull. civ. III, n° 186 ; D. 2004. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne ; *ibid.* 2922, obs. E. Lamaze-rolles ; Rev. sociétés 2004. 325, note N. Mathey ; RTD civ. 2004. 80, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 85, obs. J. Mestre et B. Fages.

(27) Est-ce qu'une clause par laquelle le cédant stipule que le cessionnaire fait son affaire personnelle de l'état du bien vendu est encore valable aujourd'hui ? Est-ce que demander à l'acquéreur de procéder lui-même à l'ensemble des audits de la société en se déchargeant de toute recherche de l'information est encore valable à l'aune de cet alinéa 5 ?

sure letter)²⁸. Une information incomplète ou inexacte pourrait engager la responsabilité extracontractuelle de son auteur, voire entraîner la nullité si l'intention de tromper est établie. Le nouvel article 1112-1 du code civil va seulement intensifier le mouvement et conforter l'importance des clauses de déclaration. En effet, l'obligation légale d'information n'existe que si le débiteur en a connaissance, s'il connaît son caractère déterminant pour le cocontractant et si son cocontractant peut se prévaloir d'une ignorance légitime ou d'un lien de confiance justifiant qu'il ne se soit pas informé par ses propres soins. Est déterminant selon la loi ce qui est en lien direct et nécessaire avec le contenu ou la qualité des parties. Dans le cadre d'une cession de droits sociaux, tout va dépendre des objectifs poursuivis : s'agit-il d'un cessionnaire bailleur de fonds, simple investisseur, ou s'agit-il pour le cessionnaire de prendre le contrôle de la société ? Ce qui est déterminant variera en conséquence. C'est ici que l'on perçoit la complémentarité entre la pratique des clauses de déclaration et la nouvelle obligation précontractuelle d'information. La preuve du manquement peut être relativement difficile à établir. Il faut à celui qui s'en dit créancier prouver la connaissance par le débiteur de l'existence de l'information, de son caractère déterminant et de son ignorance légitime. Les clauses de déclaration devraient faciliter la preuve à la fois de l'existence de l'obligation d'information et de son ignorance légitime par le cocontractant. Par ces clauses, l'acquéreur reconnaît souvent avoir reçu les informations sincères et fidèles sur l'objet du contrat et précise ce qui est pour lui déterminant. Ces déclarations peuvent figurer soit dans un préambule, qui nécessairement sera plus riche qu'auparavant, soit dans une lettre d'intention permettant de délimiter les contours du futur engagement²⁹. Ainsi si on ne peut exclure ou limiter l'obligation d'information, en revanche les parties peuvent préciser au sein de la convention ce qui est pour elles déterminant³⁰.

10. Obligation précontractuelle d'information et due diligence du cessionnaire – En outre, cette *due diligence* du cocontractant, qui se devine derrière les termes de l'article 1112-1 nouveau du code civil, devrait inciter les cessionnaires de droits sociaux, demain plus qu'aujourd'hui, à se renseigner par eux-mêmes sur l'état de l'entreprise en sollicitant un audit (financier, social, fiscal et environnemental)³¹. Cependant, cette disposition qui semble imposer une obligation de se renseigner est difficilement conciliable avec l'article 1139 qui précise, sans distinguer entre le dol et la réticence dolosive, que l'erreur causée par un dol est toujours excusable³² ! Dans

le doute, il faut encourager les parties à faire preuve de curiosité.

11. Obligation d'information sur la valeur des titres acquis : rupture ou continuité ? – La disposition la plus sensible en droit des sociétés réside à l'alinéa 2 de l'article 1112-1 nouveau du code civil qui précise en substance qu'il n'y a pas d'obligation d'information sur la valeur de la prestation, consolidant en apparence les acquis jurisprudentiels³³. Cette précision est déterminante pour les cessions de droits sociaux. On sait qu'une distinction est opérée selon la qualité du cessionnaire. D'un côté, se trouvent les dirigeants, tenus d'un devoir fiduciaire, qui doivent informer les cédants de la valeur des droits cédés et/ou de l'existence de négociations parallèles³⁴. De l'autre, les tiers et les actionnaires cessionnaires ne sont pas tenus d'informer les cédants de la valeur des droits vendus ou de l'existence de négociations parallèles³⁵. Ce découpage ne devrait pas être remis en cause par l'article 1112-1 qui, *a priori*, entérine l'acquis jurisprudentiel. Cependant, la combinaison de cette disposition avec les articles 1137, alinéa 2, et 1139 nouveaux du code civil sur la réticence dolosive pose question. En effet, l'article 1137, alinéa 2, dispose que « Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ». L'article 1139 ajoute que « L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat ». Mis en perspective avec l'article 1112-1, il semblerait que le silence gardé sur la valeur du bien vendu dans l'intention de tromper, déterminante pour l'une des parties, pourrait relever de la réticence dolosive. En effet, la réticence dolosive est déconnectée de toute obligation préalable d'information. Quand bien même l'article 1112-1 exclurait toute obligation d'information sur la valeur, ce silence pourrait tout de même être analysé comme un manque de loyauté et être sanctionné sur le fondement de la réticence dolosive. Cette interprétation est d'autant plus probable que le rapport remis au président de la République fait observer que « à l'inverse, le texte fait le choix de ne pas subordonner la réticence dolosive à l'existence d'un devoir d'information, conformément à une conception plus solidaire du contrat qui met l'accent sur la sanction de l'intention de tromper (l'erreur provoquée étant toujours excusable) ».

(28) Sur ces clauses contractuelles, M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, Recherche sur un possible imperium des contractants*, PUAM, 2006, spéc. n° 201 s., p. 204 s. Adde, M. Mekki, *La gestion contractuelle du risque de la preuve*, RDC 2009, 453 s.

(29) A. Sorensen et J.-M. Reversac, *Cession d'entreprise : points-clés de la négociation et de la rédaction de la lettre d'intention (letter of intent, memorandum of understanding) (MOU)*, JCP E 2002, 1184.

(30) V. J.-J. Ansault, *Réforme du droit des contrats. - Premières réflexions sur les évolutions des opérations de fusion-acquisition*, JCP E 26 mai 2016, n° 21, 1307.

(31) Sur cette *due diligence* attendue des cessionnaires, v. not. Com. 12 avr. 2016, n° 14-19.200. V. déjà, Dans le même sens, Paris, 15° ch. sect. A., 9 avr. 1986, JCP E 1986, II. 15823.

(32) Sur cette problématique v. déjà, M. Caffin-Moi, *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, thèse dactyl. Paris 2, spéc. p. 81 s.

(33) Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381 (vente de photographies Baldus), D. 2002, 928, obs. O. Tournafond ; RTD civ. 2000, 566, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442 (vente d'un bien immobilier), D. 2007, 1051, note D. Mazeaud ; *ibid.* 1054, note P. Stoffel-Munck ; *ibid.* 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; AJDI 2007, 416, obs. S. Bigot de la Touanne ; RTD civ. 2007, 335, obs. J. Mestre et B. Fages. Sur les ambivalences de la notion de valeur en droit des sociétés, v. Th. Massart, *L'obligation générale d'information, in Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats, op. cit.*, p. 39 s., n° 159 s., spéc. 172 s.

(34) Com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241, Bull. civ. IV, n° 65 ; D. 1996, 518, note P. Malaurie ; *ibid.* 342, obs. J.-C. Hallouin ; *ibid.* 591, note J. Ghestin ; RTD civ. 1997, 114, obs. J. Mestre ; RTD com. 1999, 273, étude H. Le Nabasque ; Com., 12 mars 2013, n° 12-11.970, Rev. sociétés 2013, 689, note T. Massart ; RTD civ. 2013, 373, obs. B. Fages. Pour une étude d'ensemble, L. Godon, *Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés*, Rev. sociétés 2005, 140. Au-delà de la seule cession, le dirigeant est tenu d'un devoir de loyauté au profit de l'actionnaire et de la société, Com. 5 juill. 2016, n° 14-23.904.

(35) Paris, 1^{er} juin 2010, n° 08/6286 ; Paris, 29 mai 2008, n° 06/19015 ; Paris, 15 juin 2010, n° 09/20695.

Le rapport ajoute que « la réticence dolosive est consacrée (art. 1137, al. 2), sans toutefois la subordonner à l'existence d'une obligation d'information par ailleurs consacrée à l'article 1112-1, le texte mettant l'accent sur l'intention de tromper ». Cette incertitude est lourde de conséquences en droit des sociétés car elle menace la validité de nombreuses cessions de droits sociaux entre actionnaires ! En laissant de côté le rapport, dont la valeur normative est tout de même limitée, et en faisant prévaloir l'esprit sur la lettre, seul le manquement à une obligation préalable d'information devrait pouvoir donner lieu à la nullité pour réticence dolosive. L'absence d'obligation d'information sur la valeur devrait exclure toute nullité sur ce fondement. Gageons que cette interprétation raisonnable ait la faveur des juges.

2. Contrats préparatoires

12. Contrats préparatoires, actes courants du droit des sociétés – Les contrats préparatoires sont des actes courants dans le processus contractuel d'acquisition de titres³⁶ et dans les aménagements conventionnels extrastatutaires. Deux contrats sont spécialement visés par l'ordonnance du 10 février 2016 : le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat. Quelques mots s'imposent également sur la promesse de porte-fort traitée au stade des effets du contrat.

13. Le pacte de préférence : une définition compréhensive – L'article 1123 fait entrer le pacte de préférence au sein du code civil. Cet « avant-avant-contrat » est un outil très usité en droit des sociétés³⁷. Un droit de priorité peut ainsi être accordé à un ou plusieurs associés. Ce droit de priorité peut prendre la forme d'une « clause de préemption » qui est censée jouer dès lors qu'un projet de cession est déjà formalisé. Ce droit de priorité peut également prendre la forme d'un « droit de premier refus » obligeant le promettant à notifier une offre au bénéficiaire avant tout projet, dès qu'il a la volonté de céder. L'article 1123, alinéa 1^{er}, propose une définition, perfectible, du pacte de préférence. Quoi qu'il en soit la généralité des termes choisis permet d'embrasser toutes les formes connues de droit de priorité utilisées en droit des sociétés.

14. Le prix et la durée – Ni le prix ni la durée ne sont érigés en conditions de validité. La jurisprudence actuelle est donc toujours applicable³⁸. Cependant, à l'occasion des cessions de droits sociaux, ces éléments méritent d'être encadrés. Le pacte de préférence devrait ainsi énoncer que le prix sera fixé par un tiers évaluateur conformément à l'article 1592 du code civil ou à l'article 1843-4 du code civil, tiers qui peut parfois être orienté par certaines

directives précises adressées par les parties³⁹. Quant à la fixation d'un délai, elle est fortement conseillée. Il peut s'agir d'un terme certain (date butoir) ou incertain (décès du promettant, décès du bénéficiaire, perte d'une qualité telle que celle de dirigeant...). La fixation d'une durée permettra également d'échapper à la controverse relative à la qualification du pacte de préférence : est-il un engagement perpétuel, il serait alors susceptible de le résilier unilatéralement selon les nouvelles dispositions du code civil, ou s'agit-il d'un contrat à durée indéterminée offrant la même faculté⁴⁰ ?

15. La violation du pacte de préférence – L'article 1123 s'est surtout concentré sur la violation du pacte de préférence. Consolidant la jurisprudence de la Cour de cassation, le bénéficiaire peut obtenir la nullité ou la substitution dans les droits du tiers à la condition de prouver que ce dernier avait connaissance de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir⁴¹. Cette double condition paraît difficile à établir en pratique et spécialement en droit des sociétés. Il n'existe pas de service analogue à celui de la publicité foncière ni de mode obligatoire de publicité hors le cas des sociétés cotées (C. com., art. L. 233-11). Même si le texte ne le rappelle pas, la violation du pacte engage également la responsabilité du promettant, tenu de verser des dommages et intérêts. Quant au tiers, il peut aussi être tenu de réparer le dommage causé par son comportement. En ce sens, si la société inscrit en compte les droits d'un tiers et participe activement à la cession alors qu'elle a connaissance de l'existence du pacte, elle pourrait aussi engager sa responsabilité en qualité de complice du promettant.

16. Droit de substitution en présence d'une clause de préemption – En légalisant le pacte de préférence, le législateur pourrait faire évoluer le droit applicable à certaines clauses contractuelles. Tel est le cas des clauses de préemption. Ces dernières, quand bien même figureraient-elles dans les statuts, en cas de violation ne confèrent pas au bénéficiaire un droit de substitution dans les droits du tiers⁴². La nullité semble également exclue, sauf pour les SAS (C. com., art. L. 227-15), à moins qu'il y ait une collusion frauduleuse entre cédant et cessionnaire. Cependant, si on veut bien admettre que la catégorie consacrée par l'article 1123 est une catégorie ouverte, la nullité devrait pouvoir être accueillie plus généreusement et la substitution pourrait demain être envisagée⁴³. En attendant une prise de position franche de

(36) E. Schlumberger, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, Dalloz, 2013 ; D. Gallois-Cochet, *Réforme du droit des contrats, pactes de préférence et promesses unilatérales*, Dr. sociétés n° 4, avr. 2016. Repère 4.

(37) Y. Chartier, *les clauses de préférence et de préemption en cas de cession à des tiers*, RJ com. nov. 1990, n° spécial, p. 77 s.

(38) Civ. 1^{re}, 6 juin 2001, n° 98-20.673, RTD civ. 2002. 88, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 115, obs. P.-Y. Gautier ; RTD com. 2002. 146, obs. B. Bouloc ; RJDA 1/02, n° 25 ; Civ. 3^e, 15 janv. 2003, n° 01-03.700, D. 2003. 1190, note H. Kenfack ; AJDI 2003. 702, obs. F. Cohet-Cordey ; RJDA 4/03, n° 371.

(39) Com. 19 déc. 2006, n° 05-10.198 ; Com., 5 janv. 2016, n° 14-19.584, RTD civ. 2016. 98, obs. H. Barbier.

(40) Sur cette question, N. Blanc, *Le pacte de préférence et le temps*, *Mélanges M.-S. Payet*, Dalloz, 2012, p. 55 s. ; S. Lequette, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, RTD civ. 2013. 49.

(41) Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, D. 2006. 1861, note P.-Y. Gautier, note D. Mainguy ; *ibid.* 2638, obs. S. Amrani-Mekki et B. Faivre-Cosson ; AJDI 2006. 667 ; Rev. sociétés 2006. 808, note J.-F. Barbieri ; RTD civ. 2006. 550, obs. J. Mestre et B. Fages.

(42) Com., 11 mars 2014, n° 13-10.366, D. 2014. 2156, obs. A. Lienhard, note J. Moury ; *ibid.* 2434, obs. J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau ; Rev. sociétés 2014. 384, note B. Saintourens ; RTD civ. 2014. 650, obs. H. Barbier ; Dr. sociétés 2014, comm. 82, note D. Gallois-Cochet. V. déjà, Paris, 21 janv. 2005, RTD com. 2005. 545, obs. P. Le Cannu.

(43) À moins que par application de l'art. 1105, on considère que l'art. L. 227-15 c. com., applicable aux seules SAS, interdit d'étendre la sanction

la Cour de cassation, il demeure encore utile de doubler la clause de préemption d'une clause d'agrément qui permettrait d'éviter l'entrée d'un tiers de mauvaise foi au sein de la société. Si l'on souhaite renforcer l'efficacité du pacte de préférence, il reste également la possibilité de faire de la société, tiers à l'opération, un fiduciaire qui veille au respect du droit de préférence accordé. Ce contrôle sera efficace surtout pour les sociétés par actions pour lesquelles une inscription en compte est prévue (C. com., art. L. 228-1, al. 9, et C. mon. fin., art. L. 211-7).

17. Vices et vertus de l'action interrogatoire – Une innovation majeure de l'ordonnance du 10 février 2016 réside dans la mise en place d'une action interrogatoire applicable immédiatement aux contrats en cours dès le 1^{er} octobre 2016 (art. 9, al. 3 et 4)⁴⁴. Le tiers acquéreur peut interroger le bénéficiaire potentiel afin de vérifier s'il existe effectivement un pacte de préférence et si le bénéficiaire entend s'en prévaloir. Ce mécanisme est un symbole de l'ordonnance du 10 février 2016 en ce qu'il traduit un certain état d'esprit : inciter les parties à régler entre elles leurs différends et considérer le juge comme un recours ultime⁴⁵. L'alinéa 3 de l'article 1123 prévoit que « le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir ». L'alinéa 4 ajoute que « l'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat ». Dans son principe, ce mécanisme préventif doit être approuvé. Il peut en droit des sociétés être adressé à l'ensemble des actionnaires avant toute opération de cession. Vertueux dans son principe, ce dispositif comporte cependant de nombreuses faiblesses. Sans s'attarder sur l'ensemble des vices qui entachent cet instrument (simple faculté pour le tiers qui a tout intérêt à ne pas le mettre en œuvre⁴⁶, contenu de l'écrit, nature et portée de la réponse donnée par le bénéficiaire...) ⁴⁷, une question particulièrement sensible du droit des sociétés se pose ici : le sort des clauses de confidentialité.

Très fréquentes dans les opérations de cession, elles sont destinées à protéger la confidentialité d'un actionnaire. L'ordonnance du 10 février 2016, à la différence du projet de 2015 qui faisait produire tous ses effets à la clause en autorisant le bénéficiaire à ne pas répondre à l'interrogation du tiers, n'en fait plus mention. Si on doit approuver la suppression de cette exception qui privait

d'effet le dispositif de l'action interrogatoire invitant les parties à faire de la clause de confidentialité une clause de style, l'ordonnance ne règle pas la question de l'efficacité de ces clauses. À vrai dire, le bénéficiaire se doit au nom de la loi de répondre à cette interrogation. En revanche, il se limitera au strict minimum en informant le tiers sur l'existence du pacte et son intention sans avoir à divulguer le contenu de son pacte de préférence. D'ailleurs, la clause de confidentialité pourrait rappeler qu'elle cède devant l'interrogation du tiers, que la réponse se limitera au strict minimum sans information sur le contenu du pacte et que toute réponse du bénéficiaire rappellera au tiers l'interdiction de divulguer l'information à autrui à peine de sanction.

En outre, il faudra s'interroger à l'avenir sur la compatibilité de l'action interrogatoire avec les principes qui gouvernent le droit des procédures collectives. Parmi les actes prohibés qui seraient accomplis après la date de cessation des paiements (C. com., art. L. 632-1), ne pourrait-on pas demain y inclure les actions interrogatoires qui feraient perdre à une entreprise débitrice le bénéfice du pacte au profit du tiers ?

Enfin, on peut s'inquiéter du détournement de ce mécanisme par un tiers qui souhaiterait connaître les intentions de son concurrent sans réelle intention d'acquérir les biens ou par le promettant qui ne souhaite pas vendre au bénéficiaire et passerait par un tiers pour tester les intentions de celui-ci.

18. La promesse unilatérale de contrat : acte courant du droit des sociétés – La signature d'un acte de cession est souvent précédée d'une promesse conclue à la condition suspensive d'obtenir l'agrément du cédé, diverses autorisations en matière d'investissements étrangers par exemple, l'obtention d'un mode de financement... Il peut s'agir d'une promesse synallagmatique de contrat, si tous les éléments objectivement et subjectivement essentiels ont déjà fait l'objet d'un accord définitif⁴⁸. Le plus souvent, la promesse unilatérale de contrat est préférée par les parties. La prise de contrôle d'une société est fréquemment précédée de la conclusion de promesses unilatérales croisées, promesse unilatérale d'achat et promesse unilatérale de vente ayant le même objet et rédigées dans les mêmes termes. Ces contrats sont parfois maladroitement requalifiés de promesses synallagmatiques par la Cour de cassation⁴⁹. Pour éviter une telle requalification, les parties doivent clairement indiquer qu'il s'agit de promesses unilatérales, prévoir les modalités de levée de l'option et insister sur les motivations d'un tel montage. Ces promesses croisées servent souvent de cadre à l'organisation d'une opération de sortie des bailleurs de fonds, dans le cadre d'une convention de portage. Les opérations d'investissement

de la nullité au-delà des seuls cas de collusion frauduleuse au sens de l'arrêt du 11 mars 2014, préc.

(44) E. Jeuland, Les actions interrogatoires en question, JCP 2016, n° 737 ; A. Bénabent, Les nouveaux mécanismes, RDC Hors-série, 2016.

(45) Sur cet esprit, M. Mekki, Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat, in M. Mekki (dir.), Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats, RDC n° 2, dossier spécial, juin 2016.

(46) Pour y remédier, une solution pourrait être de confier les opérations de cession à un tiers tel qu'un fiduciaire qui se chargerait de veiller ainsi au respect du pacte de préférence et d'interroger les bénéficiaires potentiels ou encore de confier cette tâche à la société elle-même, à condition qu'il n'y ait pas d'inertie de la part des dirigeants sociaux à réaliser cette police des cessions.

(47) Sur ces différents points, v. M. Mekki, La force obligatoire en demi-teinte des contrats préparatoires, BRDA, août 2016, à paraître.

(48) V. sur ce point, Com., 8 oct. 2013, n° 12-22.304, Rev. sociétés 2014. 221, note J.-J. Ansault ; RTD com. 2014. 173, obs. B. Bouloc.

(49) Com., 22 nov. 2005, n° 04-12.183, D. 2006. 149 ; *ibid.* 2638, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *ibid.* 2793, chron. J. Moury ; *ibid.* 2007. 267, obs. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles ; Rev. sociétés 2006. 521, note J.-F. Barbiéri ; RTD civ. 2006. 302, obs. J. Mestre et B. Fages. V. cep. un arrêt ambigu, Com., 13 sept. 2011, n° 10-19.526, D. 2012. 130, note A. Gaudemet ; *ibid.* 231, chron. N. Molfessis ; *ibid.* 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; Rev. sociétés 2012. 22, note B. Fages ; RTD civ. 2011. 758, obs. B. Fages ; RTD com. 2011. 788, obs. B. Bouloc.

réalisées par des associés professionnels, simples bailleurs de fonds qui ne souhaitent exercer aucun pouvoir au sein de la société, s'appuient souvent sur des promesses unilatérales de contrat. Ces techniques contractuelles vont être directement impactées par l'article 1124 nouveau du code civil.

19. Exécution forcée en nature des promesses unilatérales de contrat – Actuellement, le promettant qui se rétracte de sa promesse unilatérale avant la levée de l'option est tenu de verser de simples dommages et intérêts, solution applicable à la cession de droits sociaux⁵⁰ malgré l'existence de certaines décisions ambiguës qui concernent davantage des promesses synallagmatiques de vente et pour lesquelles l'exécution forcée n'a jamais posé de difficulté⁵¹. Désormais, pour les promesses unilatérales conclues après le 1^{er} octobre 2016 (art. 9, al. 1 et 2, de l'ordonnance du 10 févr. 2016), la « révocation » du promettant n'empêche pas le bénéficiaire de lever l'option et d'exiger l'exécution forcée en nature. Cet alinéa entend clairement combattre la jurisprudence *Consorts Cruz* de 1993, rendue au fondement de l'article 1142⁵², et des arrêts rendus en 2011⁵³ et 2013⁵⁴ par la Cour de cassation qui motivent l'octroi de simples dommages et intérêts par l'absence de consentement définitif à la vente du promettant au visa des articles 1101 et 1134 du code civil. Cette efficacité renforcée de la promesse unilatérale de contrat doit être prise en compte par les parties prenantes à une cession de droits sociaux. Elle viendra sans aucun doute renforcer l'efficacité des clauses de *drag long* et de *tag long* (clauses de sortie)⁵⁵.

Cependant, si cette exécution forcée est généralement appréciée en matière immobilière, amenant les notaires à prévoir une clause d'exécution forcée en nature, l'octroi de simples dommages et intérêts pouvait aussi satisfaire ceux qui optaient pour des promesses unilatérales croisées plutôt que pour une promesse synallagmatique. Dans ces conditions, peut-on envisager d'introduire une clause contractuelle excluant toute exécution forcée par éviction de l'article 1124, alinéa 2, nouveau du code civil ? Le principe de liberté contractuelle (C. civ., nouv. art. 1102) et les observations du rapport remis au président de la République selon lequel toutes les dispositions qui ne sont pas formellement qualifiées d'impératives sont de nature supplétive, militent pour la validité d'une telle clause d'éviction. Dès lors que les parties en sont d'accord, les dommages et intérêts seraient tout autant « satisfaisants » pour les parties et conformes à la prévisibilité des contractants⁵⁶. Aucun ordre public ne

semble pouvoir y faire obstacle en droit des sociétés⁵⁷.

Une autre précaution pour les rédacteurs s'impose lorsque la promesse unilatérale d'achat ou de vente est assortie de conditions suspensives. Ces dernières suspendent parfois la naissance du droit d'option du bénéficiaire à leur réalisation. Dans ce cas de figure, l'article 1124, alinéa 2, qui vise « la révocation pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter », n'exclurait pas toute révocation dès lors que les conditions sont pendantes car, par définition, le droit d'opter n'est pas encore né. Prudence donc dans la détermination de la prise d'effet du droit d'opter.

Enfin, la cession de droits sociaux à un tiers qui connaissait l'existence de la promesse est nulle. L'exécution forcée dans ce cas est impossible. Peut-on par une clause contractuelle prévoir que le bénéficiaire ne se contente pas de la nullité mais puisse être substitué dans les droits du tiers ? Rien ne l'interdit et on voit mal quel ordre public en droit commun des contrats ou en droit des sociétés pourrait s'y opposer.

20. La promesse de porte-fort – La promesse de porte-fort a été remodelée par l'ordonnance du 10 février 2016. L'article 1204 nouveau du code civil dispose que « On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers (al. 1). Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts (al. 2). Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit (al. 3) ». Cet instrument est souvent utilisé en droit des sociétés⁵⁸. Il permet de remédier à la pluralité de représentants dans les prises de décision et facilite également la gestion des sociétés où s'opère souvent une « dissociation entre la maîtrise de fait, c'est-à-dire l'associé majoritaire, et le pouvoir que détiennent les représentants légaux de la société. Cette institution permet au majoritaire de se porter fort des engagements de la personne morale, sans outrepasser ses droits et en respectant la répartition des pouvoirs »⁵⁹. La promesse de porte-fort de ratification prend des formes diverses. Son utilité est très marquée dans la gestion des cessions de droits sociaux. Le cédant majoritaire des actions peut se porter fort de la cession des actions appartenant aux minoritaires. La clause de sortie conjointe (clause de *tag along*) peut être accompagnée d'une promesse de porte fort⁶⁰. Le cédant peut se porter fort d'une reprise par le cessionnaire des engagements figurant dans les pactes

(50) V. not. Com. 13 sept. 2011, préc. V. très clairement, Com. 14 janv. 2014, n° 12-29.071, non publié.

(51) V. not. Com. 10 juin 1976, n° 74-14.595, Bull. civ. IV, n° 190.

(52) Civ. 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, D. 1994. 507, note F. Bénac-Schmidt ; *ibid.* 230, obs. O. Tournafond ; *ibid.* 1995. 87, obs. L. Aynès ; AJDI 1994. 384 ; *ibid.* 351, étude M. Azencot ; *ibid.* 1996. 568, étude D. Stapylton-Smith ; RTD civ. 1994. 584, obs. J. Mestre ; RJDA 3/94, n° 274.

(53) Civ. 3^e, 11 mai 2011, n° 10-12.875, D. 2011. 1457, note D. Mazeaud ; *ibid.* 1273, édito. F. Rome ; *ibid.* 1460, note D. Mainguy ; *ibid.* 2679, chron. A.-C. Monge et I. Goanvic ; *ibid.* 2012. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; AJDI 2012. 55, obs. F. Cohet-Cordey ; RTD civ. 2011. 532, obs. B. Fages ; RJDA 8-9/11, n° 690.

(54) Civ. 3^e, 12 juin 2013, n° 12-19.105, AJDI 2013. 784.

(55) N.-L. Ravisy et M.-L. Levesque, Les accords conclus entre actionnaires dans les opérations de LBO, Gaz. Pal. 27 mai 2004, n° 148, p. 9.

(56) En ce sens égal., J.-B. Seube (dir.), Pratiques contractuelles..., *op. cit.*, p. 48 ; comp. C. Pérès, Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats : JCP 2016 n° 454, spéc. p. 772, qui hésite sur la validité d'une telle éviction.

(57) *Contra*, E. Schlumberger, Les avant-contrats, in Droit des sociétés et réforme..., *op. cit.*, p. 44 s., n° 180 s., spéc. n° 211.

(58) G. Tillement, Promesse de porte-fort et droit des sociétés, Rev. sociétés 1993. 51.

(59) G. Goffaux-Callebaut, *Du contrat en droit des sociétés. Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, L'Harmattan, 2008, n° 416, p. 294.

(60) Le cédant peut obtenir du cessionnaire qu'il acquière les titres des bénéficiaires d'une clause de sortie conjointe aux mêmes conditions et au même prix. V. A. Couret et A. Reygrobellet, Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux, Bull. July 31 mai 2015 n° 5, spéc. n° 17.

extrastatutaires. La promesse de porte-fort permet de garantir aux actionnaires minoritaires un dividende minimum (C. com., art. L. 232-16). Le cessionnaire peut se porter fort que la société proposera un contrat de travail de dirigeant au cédant. Dans les pactes extrastatutaires, elle peut donc prendre la forme d'une convention de vote ou d'un pacte de stabilité des dirigeants sociaux. La promesse de porte-fort peut également servir de garantie. Il peut s'agir d'une promesse de porte-fort d'exécution par laquelle le cédant renforce l'efficacité d'une clause de garantie de passif (social, environnemental ou fiscal...) ⁶¹. La promesse de porte-fort d'exécution, née de la pratique et remplissant les mêmes fonctions qu'une garantie personnelle, est également sacralisée par l'article 1204 nouveau du code civil. Celle-ci peut notamment prendre la forme d'une clause anti-dilution par laquelle certains actionnaires vont garantir aux actionnaires minoritaires que l'augmentation éventuelle du capital social n'aura pas de conséquences sur leur niveau de participation ⁶². Un doute subsistait avec l'article 1205, alinéa 3, du projet de 2015. L'ancien article 1205, alinéa 3, énonçait « si le tiers ratifie la promesse faite pour lui ... ». Cette formule malheureuse pouvait laisser croire, contrairement à l'alinéa 1^{er}, que la promesse de porte-fort d'exécution n'était pas reconnue par le code. Le doute d'une telle consécration n'est plus possible car le nouvel article 1204, alinéa 3, dispose que « Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit ». Le rapport remis au président de la République confirme cette analyse.

Les procédures contractuelles que l'on rencontre en droit des sociétés, spécialement les cessions de droits sociaux, sont directement « impactées » par la réforme du droit des obligations. La validité des contrats conclus l'est également.

B. La validité du contrat et le droit des sociétés

21. Le contrat de société et les cessions de droits sociaux sont régis par des textes spéciaux mais également soumis au droit commun des contrats ⁶³. La validité du contrat à l'aune du droit des sociétés amène à aborder deux séries de conditions : les conditions subjectives et les conditions objectives.

1. les conditions de validité subjectives

22. Les conditions subjectives renvoient à deux séries de dispositions de l'ordonnance : les conditions relatives à la capacité et au pouvoir (représentation) ainsi que les dispositions relatives au consentement.

⁽⁶¹⁾ Sur ces clauses, G. Goffaux-Callebaut, *Du contrat en droit des sociétés. Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, L'Harmattan, 2008, spéc. n° 486 et., p. 338 s.

⁽⁶²⁾ Cette promesse de porte-fort d'exécution peut être doublée d'une clause d'exécution forcée obligeant le promettant à transmettre ses propres actions à titre de « réparation ».

⁽⁶³⁾ C. civ., art. 1844-10 et C. com. art. L. 235-1.

23. Capacité – Les conditions relatives à la capacité et au pouvoir intéressent principalement la société en qualité de partie au contrat. Les règles relatives à la capacité des contractants figurent aux articles 1145 et suivants nouveaux du code civil. En particulier, un article suscite quelques inquiétudes. Il s'agit de l'article 1145 qui dispose dans son alinéa 2 que « La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles » ⁶⁴. Cette référence aux actes « utiles à la réalisation de leur objet » pourrait générer un contentieux probablement non voulu par le législateur. La conformité à l'objet social semblait autrefois suffire. « L'utilité des actes » pourrait compliquer le contrôle de validité des actes par une référence plus systématique à la notion d'intérêt social ⁶⁵. Ce standard accorderait un pouvoir plus important aux juges dans l'appréciation de l'opportunité de l'acte ⁶⁶. L'alinéa 2 de l'article 1145 est d'autant plus perturbant pour la pratique qu'il ne précise pas de quelle manière l'utilité de l'acte pourrait être appréciée : est-ce un acte objectivement utile ou subjectivement utile selon les clauses statutaires ? Est-ce que l'utilité s'apprécie *ex ante* ou *ex post* ? L'utilité est-elle purement économique ou peut-elle être d'ordre politique ou stratégique ? Certains vont très loin dans le scénario catastrophe. Notamment un auteur fait observer qu'il « est en effet probable que le texte sera utilisé un jour ou l'autre pour plaider qu'une société n'est pas tenue d'exécuter tel contrat qu'elle a certes signé, mais dont elle estime qu'il n'est pas utile dès lors qu'elle a signé un autre contrat similaire à de meilleures conditions » ⁶⁷. Cette conception utilitariste de la validité des actes accomplis par la société pourrait accélérer l'extension du champ d'application de cette boussole qu'est l'intérêt social ⁶⁸ et que déplorent un certain nombre d'auteurs. Encore une fois, les parties ont tout intérêt à densifier le contenu de leurs actes en expliquant les motivations et les utilités de l'acte ainsi accompli en attendant que les juges apportent quelques éclairages. Enfin, cet « acte utile » n'est-il pas un avatar de la cause ⁶⁹ ? Résurgence malvenue dans un droit qui se veut plus attractif et plus prévisible. Enfin, même si le texte n'opère pas une telle distinction, il convient de maintenir la dichotomie objet statutaire/objet légal. Le contrôle de conformité des actes accomplis par la société n'est pas le même. Dans le cas de l'objet statutaire,

⁽⁶⁴⁾ Cet article pourrait relancer le débat sur la théorie de la personne morale : fiction ou réalité ?, N. Dissaux, *Des choses minimes, le législateur doit aussi avoir cure...*, D. 2015. 1215.

⁽⁶⁵⁾ Notion peu présente dans le code de commerce, v. not. C. com., art. L. 221-4, L. 233-3, L. 241-3 et L. 242-6.

⁽⁶⁶⁾ M. Germain, *Sur une jurisprudence de l'intérêt social*, *Mélanges P. Le Cannu*, Dalloz, 2014, p. 289. Adde, D. Poracchia et D. Martin, *Regard sur l'intérêt social*, *Rev. sociétés* 2012. 475.

⁽⁶⁷⁾ B. Dondero, *La réforme du droit des contrats. - Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, *JCP E* 12 mai 2016, n° 19, 1283, spéc. n° 49.

⁽⁶⁸⁾ *Contra*, P. Mousseron, *Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social*, D. 2016. 906, pour qui la référence au sein de l'art. 1145 à l'objet social permet d'éviter toute référence à l'intérêt social : « L'article 1145, alinéa 2, du code civil définit la capacité par renvoi explicite à l'objet social. Si elle ne constitue pas une rupture, cette formule confirme le maintien de la référence à cette notion en dépit des sirènes de l'intérêt social ».

⁽⁶⁹⁾ Y. Chaput, *De la cause et/ou de l'objet de la société*, *Mélanges J. Stoufflet*, LGDJ, 2001, p. 25.

il s'agit de l'activité économique de la société conditionnant l'opposabilité de certains actes accomplis en son nom et pour son compte. Dans le cas de l'objet légal, il s'agit du but poursuivi (réaliser des bénéfices ou des économies) qui conditionne la validité de certains actes (nullité des actes « désintéressés » notamment).

24. Pouvoir – Le pouvoir renvoie aux dispositions relatives à la représentation (art. 1153 s.). Ces articles régissent toutes les formes de représentation et concernent le droit des sociétés⁷⁰ tant sur le plan de la représentation légale⁷¹, judiciaire⁷² que conventionnelle⁷³. Plusieurs dispositions clarifient le régime juridique de la représentation à l'égard duquel la jurisprudence n'est pas toujours très claire. Une distinction fondamentale est faite entre les cas où le représentant agit sans pouvoir ou au-delà des pouvoirs conférés par le représenté et celui où il détourne ses pouvoirs. Dans le premier cas, le représenté peut se prévaloir de l'opposabilité et le tiers peut demander la nullité s'il établit qu'il n'avait pas connaissance de ce défaut de pouvoir. Sur ce dernier point, le tiers est désormais autorisé à demander la nullité, ce que la Cour de cassation refusait jusqu'à lors, en raison du caractère relatif de la nullité prononcée⁷⁴. En revanche, en cas de détournement de pouvoir, c'est la nullité du contrat à la demande du représenté qui est prononcée mais à condition d'établir que le tiers connaissait ou ne pouvait ignorer ce détournement de pouvoir⁷⁵. L'article 1105 nouveau du code civil est ici d'une grande utilité car il permet de régler les risques de conflits entre règles spéciales et droit commun des contrats. Ainsi, si l'article 1155 nouveau du code civil dispose que « Lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration », il ne remet pas en cause les dispositions spéciales applicables aux SAS, par exemple, dans lesquelles les statuts accordent souvent au président un pouvoir de représentation en termes généraux⁷⁶.

(70) L'application peut cependant être discutée car le dirigeant n'est pas réellement un mandataire et la représentation de la société n'est pas réellement légale. Cette situation intermédiaire peut être un argument pour contester l'application des art. 1153 s. au cas des dirigeants sociaux. Dans les rapports entre les « représentants » et la société, le dessaisissement de la personne morale est permanent. Au sein de la représentation légale et judiciaire, il existe un dessaisissement temporaire (C. civ., art. 1159 nouv.). Quant à la représentation conventionnelle, elle ne dessaisit pas le représenté (C. civ., art. 1159, al. 2 nouv.) ! v. Ph. Didier, *Les origines de la représentation légale de la société*, in *Mélanges M. Germain*, LexisNexis, 2015, p. 273. Sur cette représentation originale, v. D. Martin, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, Thèse Nancy, 1977.

(71) SA, C. com., art. L. 225-56, al. 1 (le directeur général « représente la société dans ses rapports avec les tiers ») ; C. com., art. L. 225-66, al. 1^{er} (« le président du directoire, ou le cas échéant, le directeur unique représente la société dans ses rapports avec les tiers »).

(72) Administrateurs ou mandataires *ad hoc* notamment.

(73) V. not. M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, préf. A. Viandier, LGDJ, 1998. V. égal. la délégation de pouvoir analysée comme la conclusion d'un mandat, not. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2015, 28^e éd., spéc. n° 268.

(74) En ce sens, Civ. 1^{re}, 12 nov. 2015, n° 14-23.340, à paraître au bulletin ; D. 2015. 2374 ; AJCA 2016. 42, obs. Y. Dagorne-Labbe ; RTD civ. 2016. 105, obs. H. Barbier.

(75) Comp. dans les sociétés par actions ou les SARL, les sociétés sont engagées par les actes de leurs dirigeants quand bien même ils dépasseraient l'objet social, à moins de prouver que le tiers savait ou aurait dû savoir que ces actes étaient accomplis au-delà de l'objet social.

(76) B. Dondero, *op. cit.*, n° 53.

Une autre disposition majeure est la mise en place d'une action interrogatoire, exclusivement applicable à la représentation conventionnelle, en cas de doute sur les pouvoirs du représenté. Le défaut de réponse dans un délai raisonnable du représenté potentiel rendra l'acte ainsi accompli totalement opposable (art. 1158). La mesure est dangereuse et il faudra être attentif au courrier reçu et s'attendre à ce que les juges soient particulièrement exigeants quant à la rédaction de l'interpellation.

La théorie de l'apparence (C. civ., art. 1156 nouv.) est également consacrée et devrait entraîner quelques changements en droit des sociétés. En effet, la théorie de l'apparence ne joue le plus souvent en droit des sociétés qu'en cas de dépassement de pouvoir alors que l'article 1156 l'envisage également en cas d'absence de pouvoir. Surtout, l'article 1156 exige la prise en compte du comportement du représenté, ce qui n'est pas la position de la jurisprudence actuelle. Cependant, l'adverbe « notamment » permet de réduire le « comportement du représenté » à la qualité d'indice parmi d'autres.

La disposition la plus problématique au regard du droit des sociétés est celle qui prohibe les conflits d'intérêts (C. civ., art. 1161 nouv.). L'article dispose qu'« Un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté (al. 1). En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié (al. 2) ». Cette disposition peut venir se heurter à certaines conventions conclues entre la société et ses dirigeants, formes de « contrats avec soi-même » très encadrés, spécialement depuis la loi NRE du 15 mai 2001. Certaines de ces conventions sont totalement libres. C'est le cas par exemple dans les sociétés en nom collectif. D'autres sont dites réglementées et soumises au respect d'une procédure particulière (C. com., art. L. 225-38)⁷⁷. D'autres encore échappent à toute procédure car ce sont des opérations courantes conclues à des « conditions normales » (C. com., art. L. 225-39). Comment concilier l'article 1161 nouveau du code civil et la question des conventions entre, d'un côté, les dirigeants et certains actionnaires et, de l'autre, la société ?

Une solution peut consister à se référer à l'article 1105 nouveau du code civil et considérer que le droit commun est incompatible avec les règles du droit spécial. L'éviction se fait en amont⁷⁸.

Cependant, il existe d'autres types de contrats avec soi-même pour lesquels il n'existe pas de règles spéciales au sens strict. Prenons le cas d'un dirigeant qui représente deux sociétés, une SCI, bailleuse et une société commerciale, preneuse, et qui accomplit un acte entre ces deux mêmes sociétés (résiliation du bail commercial par exemple). L'absence de textes spéciaux obligera les

(77) G. Baranger, *Conventions réglementées. Dossiers pratiques Francis LeFebvre 2007*. Adde, A. Couret, *La prévention des conflits d'intérêts : nouveau régime des conventions*, RJDA 2002. 290.

(78) Ph. Didier, *La représentation dans le nouveau droit des obligations*, JCP G 16 mai 2016, n° 20-21, 580. Adde, S. Bahbouhi, *La société contractante*, in *Droit des sociétés et réforme...*, *op. cit.*, p. 22 s., n° 74 s.

juges à appliquer l'article 1161 et à prononcer la nullité du contrat ainsi conclu sauf ratification ou autorisation des deux représentés. Dans toutes les hypothèses où un doute persiste, notamment en l'absence formelle de textes spéciaux, il conviendra d'obtenir une autorisation préalable de la société, autorisation qui pourrait d'ailleurs être rédigée de manière générale et concerner plusieurs actes. L'article 1161 nouveau du code civil pourrait connaître un certain succès dans les conventions conclues entre sociétés d'un même groupe⁷⁹. À suivre donc...

25. L'intégrité du consentement : l'erreur – L'intégrité du consentement renvoie aux questions relatives aux vices du consentement. Cette théorie des vices du consentement est souvent sollicitée dans les cessions de droits sociaux et prend en la matière une coloration particulière. Prenons le cas de l'erreur, désormais régie par les articles 1132 et suivants nouveaux du code civil. Ces dispositions procèdent pour l'essentiel à une consolidation des acquis jurisprudentiels. En droit des sociétés, la question se pose régulièrement de savoir si la cession des actions d'une société dont on découvre un passif important peut être annulée sur le fondement de l'erreur sur les qualités substantielles. Actuellement, en principe, seule la substance des droits sociaux, vecteurs de droits incorporels, importe et non celle de la société à moins, tempère la jurisprudence, que la société concernée soit « privée non seulement de l'essentiel de son actif mais surtout de la possibilité de réaliser l'objet social, d'avoir une activité économique et donc de toute rentabilité »⁸⁰. L'erreur sur les potentialités de la cession de droits sociaux n'est donc pas en principe une cause de nullité. Cette erreur est indifférente mais les parties peuvent en faire un élément essentiel par une clause expresse qu'il convient alors de rédiger avec précaution (C. civ., art. 1133, al. 1^{er}, et 1135 nouv.).

Dans le même esprit, une erreur sur la valorisation des droits sociaux demeure une erreur sur la valeur indifférente (C. civ., art. 1136 nouv.), à moins que cette erreur sur la valeur soit la conséquence d'une première erreur sur les qualités substantielles⁸¹. Telle est l'analyse qui peut être faite d'un arrêt de la Chambre commerciale du 10 novembre 2015⁸². Il a été jugé que si l'erreur sur la société cible n'est pas en principe une cause de nullité, il en va autrement lorsque cette erreur de valorisation est due à une présentation erronée d'un bilan « affectant les données objectives de la cession ». La reproduction de l'attendu s'impose : « l'arrêt relève que la présentation erronée du bilan, qui devait servir de référence à la fixation de la valeur des parts sociales a eu pour conséquence l'établissement d'une valorisation très inférieure à la valeur réelle de celles-ci et ajoute que l'erreur de M. X... sur la valorisation de ses parts n'est que la consé-

quence de cette méprise ; que de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que l'erreur portait sur la situation financière de la société dont les parts étaient cédées, la cour d'appel a pu déduire que cette erreur affectait les données objectives de la cession et avait été déterminante du consentement de M. X... »⁸³.

Ce qui se présente actuellement comme une exception et une application de la jurisprudence *Poussin*⁸⁴, pourrait demain devenir la règle si on se livre à une interprétation audacieuse de l'article 1133, alinéa 1^{er}. Cet article dispose que « les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté ». Ne peut-on pas en effet considérer que l'exploitation d'une société viable entre dans le vocable relativement large de « prestation due » ? Selon certains auteurs, « Le nouvel article [1133] pourrait permettre de rompre avec une vision trop restrictive : L'erreur de droit ou de fait est une cause de nullité du contrat si elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due. L'erreur ne porte plus nécessairement sur la substance de la chose mais aussi sur une prestation : la prestation est ici la transmission de l'entreprise représentée par les droits sociaux. On peut donc espérer que les juges profitent d'une rédaction qui est beaucoup plus accueillante pour la notion d'erreur »⁸⁵. Cependant, si la lettre laisse effectivement place à une marge d'interprétation, il paraît peu probable que le législateur ait souhaité rompre avec la jurisprudence traditionnelle et déstabiliser ainsi un grand nombre d'opérations de cession. La qualité essentielle des droits sociaux réside dans le transfert de droits, sauf clause expresse faisant de l'exploitation de la société une qualité substantielle expressément convenue (C. civ., art. 1133, al. 1^{er}, nouv.) ou un motif entré dans le champ contractuel (C. civ., art. 1135 nouv.)⁸⁶. Les clauses de garantie de passif qui pallient les insuffisances de la théorie de l'erreur continuent donc d'avoir leur utilité⁸⁷.

[...]

(79) B. Dondero, *Conflits d'intérêts : les réformes attendues en matière de conventions conclues dans le cadre d'un groupe*, Bull. Joly 2013. 843.

(80) Com., 1^{er} oct. 1991, n° 89-13.967, D. 1992. 190, note G. Virassamy ; Rev. sociétés 1992. 497, note R. Didier ; RTD civ. 1992. 80, obs. J. Mestre ; RTD com. 1992. 186, obs. C. Champaud et D. Danet ; *ibid.* 199, obs. Y. Reinhard ; Dr. sociétés 1992, comm. 13, note H. Le Nabasque.

(81) Com. 12 févr. 2008, RDC 2008. 730, note Y.-M. Laithier.

(82) Com., 10 nov. 2015, n° 14-11.370, non publié au bulletin ; Rev. sociétés 2016. 362, note J.-J. Ansault ; JCP E 2016. 1217, note M. Caffin-Moi.

(83) Rappr. Jurisprudence sur la rentabilité d'un contrat de franchisage conclu sur la base de données économiques et financières erronées, Com. 4 oct. 2011, D. 2011. 3052, note N. Dissaux ; Com. 12 juin 2012, D. 2013. 391, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki.

(84) V. égal. Com., 7 févr. 1995, n° 93-14.257, D. 1996. 50, note R. Blas-selle ; RTD civ. 1995. 878, obs. J. Mestre.

(85) A. Couret et A. Reygrobellet, *op. cit.*, n° 34.

(86) En ce sens, M. Caffin-Moi, *Les vices du consentement*, in *Droit des sociétés et réforme du droit des contrats...*, *op. cit.*, p. 51 s., n° 222 s., spéc. n° 231.

(87) V. not., P. Mousseron, *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, Nouvelle édition Fiduciaires, 1997. Adde, G. Goffaux-Callebaut, *th. préc.*, spéc. n° 488 s., p. 339 s.

(88) Par exemple, le dol est sanctionné quelle que soit la nature de l'erreur provoquée, pour rappel, v. déjà, Com. 12 mai 2015, n° 14-12.473 : « l'erreur du cessionnaire sur la valeur des titres sociaux, dès lors qu'elle a été provoquée par une manœuvre du cédant, peut justifier l'annulation de l'acte de cession pour dol ».

4

Négociations et obligation de confidentialité

Par Magali Jaouen, Professeur de droit privé à l'Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis

Article paru dans l'AJCA – juin 2016

La revue AJ Contrat publiera au mois d'octobre 2016 un dossier intitulé « La réforme du droit des contrats : enjeux pratiques » avec les articles suivants :

- L'application de la loi nouvelle dans le temps, Gaël Chantepie
- Les clauses relatives aux litiges, Jean-Daniel Bretzner
- Principales évolutions du régime de la signature, du cachet et de la copie numériques, Eric A. Caprioli et Pascal Agosti
- Violence économique et dépendance économique et les enjeux de la juste mesure du pouvoir d'achat : le point de vue de l'économiste, Laurent Benzoni

NÉGOCIATIONS ET OBLIGATION DE CONFIDENTIALITÉ

par Magali Jaouen

Professeur de droit privé à l'Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis

La protection des informations confidentielles des entreprises est une exigence essentielle afin de préserver la compétitivité et d'encourager l'innovation. La reconnaissance de la valeur économique de certaines données telles que les savoir-faire, les fichiers clientèle, les méthodes de distribution, ou encore les informations en matière de recherche et développement, implique la mise en place d'une protection juridique efficace contre les risques de divulgation et d'exploitation illicites de ces informations vitales pour l'entreprise. Ce besoin de protection est particulièrement pressant au stade des négociations qui peuvent précéder la conclusion d'un contrat définitif. Le devoir d'information qui irrigue cette phase, au nom de la loyauté, impose aux parties la transparence et chacune doit communiquer à l'autre l'ensemble des informations susceptibles d'être déterminantes du consentement¹. Mais est-ce à dire que cette transparence exclut toute protection de la confidentialité des informations ainsi échangées ? Comment se prémunir contre le risque de divulgation des informations sensibles ? Les parties en négociation peuvent recourir à des moyens techniques de protection telle l'anonymisation ou le codage des données, ou encore l'organisation d'une *data room* (ou salle de données), très fréquente en matière d'opérations de fusion-acquisition ou de cessions de titres sociaux². Elles ont également à leur disposition des moyens juridiques de protection dont l'efficacité est toutefois variable. Jusqu'à présent, en l'absence d'une protection générale de la confidentialité³, les parties en négocia-

tion étaient incitées à conclure des accords de confidentialité. Or, la réforme du droit civil des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016 a apporté une nouveauté en consacrant, au sein des futures dispositions du code civil relatives à la conclusion du contrat, une obligation générale de confidentialité à l'occasion des négociations. Même s'il s'agit d'un progrès, la protection légale de la confidentialité reste toutefois insuffisante et les parties sont, hier comme aujourd'hui, incitées à organiser elles-mêmes une protection sur mesure par la conclusion d'accords ou clauses de confidentialité.

■ L'insuffisance de l'obligation légale de confidentialité au cours des négociations

La consécration légale d'une obligation générale de confidentialité au cours des négociations constitue une avancée indéniable qui peut paraître toutefois limitée, la généralité du texte rendant la sanction de la violation de cette obligation très incertaine.

La consécration légale d'une obligation générale de confidentialité

En l'état actuel des textes, aucune disposition de droit interne ne pose l'existence d'un devoir général de confidentialité à l'occasion des négociations. La protection légale de la confidentialité des informations échangées au cours des négociations n'est en effet assurée que partiellement, par une poignée de textes spéciaux dont le champ d'application est limité à certaines personnes⁴, ainsi qu'à certaines informations⁵. Ce n'est pas à dire qu'aucune sanction n'est actuellement possible en dehors du champ couvert par ces textes spéciaux. La divulgation ou l'utilisation d'une information dont on connaît le caractère confidentiel constitue, en effet, une faute et la Cour de cassation a très tôt sanctionné ce type de comportement. Bien que rare, cette jurisprudence a en effet exploité les règles de la concurrence déloyale sur le fondement de l'article 1382 du code civil⁶. Mais cette construction jurisprudentielle est loin de fournir une assise solide pour offrir une protection efficace aux parties en négociation.

S'inspirant notamment de l'article 2.1.16 des principes d'Unidroit et de l'article 2.302 des principes du droit européen des contrats⁷, l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats est venue consacrer une obligation générale de confidentialité à l'occasion des négociations en posant, au futur article 1112-2 du code civil, que « celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun ». Cette obligation se présente comme le corollaire du devoir d'information que le futur article 1112-1 du code civil met à la charge de « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre ». Envisagée du point de vue des seules parties à la négociation, en effet, la transparence attendue du devoir d'information a d'autant plus de chance

(1) Sur l'évolution de l'articulation entre transparence et confidentialité au stade des négociations, V. not. J. Mestre, « Transparence et droit des contrats », in *La transparence*, colloque de Deauville organisé les 19-20 juin 1993 par l'Association Droit et Commerce, RJ com. 1993, n° spécial, p. 77.

(2) V. not. B. Dondero et C. Hausmann, « Les *data rooms* : une pratique vue sous un angle théorique », *Dr. et patr.* 2008, n° 175, p. 62.

(3) Cette carence est en passe d'être comblée avec l'adoption prochaine de la directive du Parlement européen et du Conseil relative au secret des affaires. En France, les débats entourant l'adoption de ce texte se sont cristallisés sur les risques que cette protection du secret fait peser sur la liberté d'expression en général et sur le travail des lanceurs d'alerte en particulier. Sur ce point, V. la thèse de J.-M. Garinot, *Le secret des affaires*, préf. E. Loquin, « CREDIMI », LexisNexis, 2011. Adde F. G'Sell et P. Durand-Barthez, *Protection contre l'appropriation illicite des secrets d'affaires et des informations commerciales confidentielles*, rapport de la Fondation pour le droit continental, sept. 2013.

(4) C'est par exemple le cas de l'article L. 226-13 du code pénal relatif au délit de violation du secret professionnel et qui vise uniquement les personnes dépositaires d'un secret « soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ».

(5) Il en va ainsi de la protection du secret de fabrication par l'article L. 1227-1 du code du travail qui s'impose aux seuls employés de la personne détentrice de ce secret et ne protège que des informations d'ordre technique et non de nature commerciale ou encore stratégique.

(6) V. not. J. Schmidt ; *Com.* 3 oct. 1978, n° 77-10.915, *Bull. civ. IV*, n° 208 ; *D.* 1989, 55, not. J. Schmidt ; *Com.* 3 juin 1986, n° 84-16.971, *Bull. civ. IV*, n° 110 ; *Civ. 1^{re}*, 5 juill. 2006, n° 05-12.193, *Bull. civ. I*, n° 360.

(7) http://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/Textes_proposes_synthese.pdf

d'être satisfaite que les parties sont assurées de la protection des informations à caractère confidentiel. La confiance est encouragée par la garantie d'une protection contre les divulgations et/ou utilisations non autorisées de certaines informations « sensibles ». En ce sens, la consécration d'un devoir ou d'une obligation générale de confidentialité au sein du code civil représente sans doute un progrès, même si l'on peut regretter qu'elle soit limitée à la phase des négociations. Cette nouvelle disposition supplétive a en outre le mérite d'offrir un fondement textuel aux parties qui n'ont pas pris le soin de conclure un accord de confidentialité, que ce soit involontairement ou volontairement, en raison du caractère minime de l'enjeu du contrat projeté par exemple. Mais les progrès attendus de ce nouveau texte, par rapport à la jurisprudence bâtie sur le terrain de l'article 1382 du code civil, seront probablement assez réduits, la généralité de l'obligation ainsi consacrée rendant incertaine la sanction de sa violation.

La sanction incertaine de l'obligation légale de confidentialité

Le texte de l'ordonnance est venu apporter une précision salutaire par rapport au projet initial. Là où ce dernier n'avait visé que « celui qui utilise une information confidentielle », l'ordonnance est venue y ajouter celui qui « divulgue ». L'utilisation vise, en effet, uniquement les cas d'exploitation de l'information obtenue par une partie à son profit et à des fins autres que celles pour lesquelles elle avait initialement été communiquée. La divulgation est plus large, car elle permet de sanctionner les cas où, sans nécessairement l'avoir exploitée à son profit, l'une des parties communique l'information à des tiers susceptibles de l'utiliser en leur faveur. Mais, en dehors de cette précision quant au comportement fautif, le texte est assez vague et rend incertaine la protection de la confidentialité. Tout d'abord, le texte se révélera certainement délicat à mettre en œuvre en l'absence de toute définition de la notion d'« information confidentielle ». Si l'on s'entend sans problème pour en exclure toutes les informations qui présentent un caractère « public », encore convient-il d'opérer un tri au sein de l'ensemble restant. Certes, la notion d'information confidentielle peut revêtir des visages très différents selon les parties et selon le contexte et, de ce point de vue, il n'y a pas vraiment lieu de s'étonner de la généralité de l'obligation ainsi posée par le texte. La principale difficulté à cet égard réside en réalité dans des questions de preuve. Ces difficultés sont déjà très sensibles en présence d'un accord de confidentialité, nous le verrons. Elles sont nécessairement accrues lorsque les parties n'ont rien prévu.

Ensuite, le texte soulève une interrogation quant à la nature de la responsabilité consécutive à la violation de cette obligation générale de confidentialité. Alors que le projet d'ordonnance avait visé la « responsabilité extra-contractuelle », l'ordonnance précise quant à elle que la divulgation ou l'utilisation d'une information

confidentielle par une partie « engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun ». Sans aucune hésitation, cette expression renvoie à la responsabilité délictuelle de droit commun, qui est le seul fondement possible lorsque les parties sont en négociations et qu'elles n'ont encore conclu aucun contrat ni avant-contrat. C'était d'ailleurs le seul fondement envisagé par l'article 25 du projet Terré qui visait quant à lui « les conditions du droit commun de la responsabilité délictuelle ». Mais en se référant à la responsabilité de manière générale, l'ordonnance ne se limite pas à ce fondement et semble renvoyer également à la responsabilité contractuelle qui est le fondement retenu lorsque les parties ont

conclu un accord de négociation mais dans lequel elles ont omis d'insérer une clause de confidentialité. Le rapport au président de la République conforte cette interprétation : la responsabilité encourue au cours des négociations est « en principe de nature extracontractuelle, sauf aménagement conventionnel de cette phase de négociation et de sa rupture »⁽⁸⁾. Les deux fondements paraissent donc *a priori* envisageables. Enfin, en visant les « conditions du droit commun » de la responsabilité, l'ordonnance laisse entendre que les dommages et intérêts alloués en ce cas ont pour unique fonction la réparation du préjudice subi par le créancier de l'obligation de confidentialité, sans pouvoir donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts punitifs en permettant par exemple la condamnation à la restitution du bénéfice ou du profit qu'en aurait retiré l'autre partie. C'est là une différence notable par rapport aux principes d'Unidroit ou aux principes Landö par exemple. Et, même si la réforme projetée de la responsabilité civile envisage de consacrer une amende civile pour sanctionner les fautes lucratives, le « droit commun » de la responsabilité civile restera fondé sur le principe classique de la réparation intégrale du préjudice⁽⁹⁾.

■ La prépondérance de l'obligation conventionnelle de confidentialité au cours des négociations

Lorsqu'elle est convenue au cours des négociations précontractuelles, l'obligation de confidentialité peut résulter soit d'une clause insérée dans un accord préparatoire enserrant les pourparlers⁽¹⁰⁾, soit d'un accord autonome de confidentialité. L'utilité de ces accords sur la confidentialité est double⁽¹¹⁾. En attirant l'attention des parties⁽¹²⁾ sur l'importance et la valeur attachées à certaines informations échangées au cours des négociations, ils peuvent tout d'abord jouer un rôle pédagogique et préventif. En permettant aux parties de se doter d'une protection ciblée et « sur mesure », ils remplissent ensuite une fonction complétive. Mais, l'information demeurant le principe, les accords sur la confidentialité font l'objet d'une interprétation stricte⁽¹³⁾, tant sur le terrain de la validité que sur celui de l'efficacité.

La consécration d'un devoir ou d'une obligation générale de confidentialité au sein du code civil représente sans doute un progrès, même si l'on peut regretter qu'elle soit limitée à la phase des négociations

(8) Rapport au président de la République annexé à l'ordonnance, JO 11 févr.

(9) V. not. l'article 1258 de l'avant-projet de réforme présenté le 29 avril 2016 qui dispose que, « sous réserve de dispositions ou de clauses contraires, la réparation doit avoir pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit ».

(10) Il peut s'agir par exemple d'un accord de principe, d'une lettre d'intention ou encore d'un protocole d'accord.

(11) En ce sens, V. not. J. Mestre (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, 2011, V° *Clause de secret et de confidentialité* ; W. Dross, *Clausier*, 2^e éd., Litec, 2011, V° *Confidentialité* ; C. Caseau-Roche, « La clause de confidentialité », *AJCA* 2014. 119 s. Adde F.-X. Testu, « La confidentialité conventionnelle », *Dr. et patr.* 2002, n° 102, p. 84.

(12) Ou simplement de l'une d'entre elles.

(13) V. not. A. Latreille, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *LPA* 2006, n° 156, p. 4 (1^{re} partie), et n° 157, p. 4 (suite et fin).

La validité des accords de confidentialité

La validité des accords de confidentialité est reconnue de longue date. Mais, en l'état d'une jurisprudence relativement peu fournie, quelques zones d'ombre demeurent et la plus grande prudence doit être de mise au moment de la rédaction de l'accord. Les parties doivent tout d'abord veiller à ce que le contenu de l'accord soit certain, c'est-à-dire que son objet soit précis et déterminé. Elles doivent, en effet, préciser l'objet de la confidentialité, à savoir les informations protégées. Une première exigence se dessine : si l'obligation conventionnelle de confidentialité peut *a priori* porter sur tout type d'informations échangées au cours des négociations, encore faut-il qu'il ne s'agisse pas d'informations déjà connues du public. À défaut, l'engagement de confidentialité se trouverait privé de contenu¹⁴. En outre, même dans le champ des informations non publiques, il est indispensable que les parties soient très précises et désignent clairement les données et informations objet de la protection. Une clause trop générale faisant interdiction aux parties d'utiliser directement ou indirectement l'ensemble des informations échangées au cours des pourparlers risque, en effet, d'être privée de toute efficacité¹⁵. Pour cibler les informations confidentielles, les parties peuvent par exemple établir une liste d'informations en veillant à les désigner de manière suffisamment précise pour les identifier mais sans en dévoiler la teneur. Il est fréquent également que les parties prévoient selon quelle « procédure » les informations confidentielles seront identifiées au fur et à mesure de leur communication au cours des négociations¹⁶. La validité de l'accord de confidentialité suppose ensuite que son contenu soit licite, ce qui n'est pas le cas lorsque cet accord se heurte à une obligation légale ou conventionnelle d'information, de révélation ou de divulgation. Il en va ainsi notamment lorsque la confidentialité a pour objet l'existence même des négociations contractuelles. Il a ainsi été décidé qu'une clause de confidentialité stipulée dans un contrat de

sous-traitance et en vertu de laquelle le sous-traitant s'engage à ne pas révéler l'existence même du contrat sous-traité ne pouvait faire échec à l'obligation que l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 fait peser sur l'entrepreneur principal de faire agréer le sous-traitant¹⁷. De même, une obligation contractuelle de confidentialité ne peut faire échec au devoir de loyauté qui s'impose aux dirigeants de société à l'égard de tout associé¹⁸. Au-delà, le devoir général d'information qui pèse sur les parties au stade des négociations peut lui aussi constituer un obstacle à la validité des accords sur la confidentialité. En prévoyant, dans son alinéa 5, que « les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir » d'information, le futur article 1112-1 du code civil ne dit pas autre chose. Par ailleurs, il est fréquent que les accords de confidentialité soient assortis d'un engagement de non-concurrence. Or, là encore, le maître mot en jurisprudence est la rigueur et, dans le doute, l'accord peut être qualifié d'engagement de non-concurrence et sa validité soumise aux conditions rigoureuses posées en la matière : l'accord doit être proportionné, justifié par la protection de l'intérêt légitime du créancier et limité dans son étendue temporelle et/ou spatiale¹⁹.

L'efficacité des accords de confidentialité

La délimitation du périmètre de l'accord de confidentialité

L'efficacité des accords de confidentialité dépend bien évidemment du soin avec lequel les parties les ont rédigés. Elles doivent, là encore, être particulièrement vigilantes et prévoyantes pour verrouiller leur accord. Il peut à cet égard être utile de rédiger un préambule destiné à éclairer l'interprète sur le contexte et les raisons qui ont présidé à la conclusion d'un accord de confidentialité. Surtout, les parties doivent délimiter le périmètre de l'obligation conventionnelle de confidentialité.

Il s'agit tout d'abord d'une délimitation *ratione personae*. Il peut, en effet, être nécessaire d'envisager le cercle des personnes tenues par l'accord de confidentialité. S'il n'y a *a priori* aucun problème pour identifier le débiteur principal de l'obligation de confidentialité, partie à l'accord de confidentialité, la difficulté concerne les autres personnes susceptibles de participer aux négociations et qui, de ce fait, pourraient avoir connaissance des informations confidentielles. Il peut s'agir par exemple des préposés de l'une des parties en négociation, d'un conseil non couvert par un secret professionnel, d'autres partenaires commerciaux, de filiales, etc. Si le principe d'opposabilité des contrats aux tiers permet de sanctionner, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, le tiers qui divulgue ou utilise une information couverte par une obligation conventionnelle de confidentialité dont il a eu connaissance, aucune poursuite n'est possible à l'encontre du tiers ayant obtenu cette information de manière licite, sans se rendre complice de la violation de l'accord de confidentialité. Aussi est-il vivement conseillé de prévoir une extension du cercle des coobligés. En pratique, il est fréquent que l'accord de confidentialité soit assorti d'un engagement de porte-fort en vertu duquel le récipiendaire de l'information se porte fort, soit de la ratification de l'accord, soit du parfait respect de l'obligation de confidentialité par les tiers.

La délimitation du champ couvert par l'accord de confidentialité doit ensuite s'effectuer *ratione temporis*. La difficulté ne concerne pas tant le point de départ de l'obligation conventionnelle de confidentialité que la durée de la protection qu'elle prévoit. À partir de quand les parties retrouvent-elles leur liberté ? L'obligation au secret disparaît-elle du seul fait que les négociations n'ont pas abouti à la conclusion du contrat définitif ? L'utilité et la valeur de certaines informations peuvent parfois justifier que la protection se prolonge alors même que les parties ne seraient plus en relation. Les parties doivent donc anticiper ces difficultés et prévoir le maintien de l'obligation de confidentialité en dépit de l'échec des négociations, et ce pendant une durée « raisonnable »²⁰. C'est là une supériorité

(14) Rapp. J. Mestre, préc. : l'obligation de confidentialité serait ainsi privée « d'objet et de cause ».

(15) C'est ainsi le sort qui a été réservé récemment à une clause de confidentialité rédigée en des termes très généraux et insérée dans un accord de négociation en vue de la conclusion d'un contrat de partenariat entre deux sociétés (TGI Nanterre, 2 oct. 2014, *Sté Digitre c/ Sté Néo Avenue*, CCC 2015. Comm. 3, obs. G. Loiseau ; confirmé par Versailles, 12^e ch., 24 nov. 2015, n^o 14/08171).

(16) Sur ces différentes techniques, V. not. J. Mestre, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, op. cit. ; A. Latreille, préc., spéc. n^o 93.

(17) Com. 30 juin 2015, n^o 13-28.692, AJCA 2015. 470, obs. J.-M. Garinot. L'article 15 de la loi du 31 décembre 2015 prévoit que sont nulles les stipulations ayant pour objet ou pour effet de faire échec aux dispositions de cette loi. Or, l'agrément du sous-traitant ayant pour but la protection de ce dernier par l'octroi de l'action directe en paiement contre le maître de l'ouvrage, aucune clause ne saurait faire échec à cette règle d'ordre public.

(18) V. not. Com. 12 mars 2013, n^o 12-11.970, Rev. sociétés 2013. 689, note T. Massart.

(19) Quant à l'exigence d'une contrepartie financière, celle-ci n'est requise que s'il s'agit d'un vrai engagement de non-concurrence et uniquement si cet engagement figure dans un contrat de travail. La clause de confidentialité *stricto sensu* n'est en revanche pas soumise à l'exigence d'une contrepartie financière, y compris lorsqu'elle est stipulée dans un contrat de travail. En ce sens, V. not. Soc. 15 oct. 2014, n^o 13-11.524, Bull. civ. V, n^o 240 ; Cah. soc. 2014. 686, obs. J. Icard ; RDC 2015. 123, note G. Loiseau.

de l'obligation conventionnelle sur l'obligation légale. En outre, il peut être prudent de préciser les causes de libération du débiteur de l'obligation de confidentialité²³, même si tout le monde s'accorde pour admettre l'existence d'un terme implicite lorsque l'information initialement protégée par le secret tombe dans le domaine public.

La sanction de la violation de l'accord de confidentialité

Même lorsqu'ils sont ainsi dotés de la précision nécessaire, les accords de confidentialité ne sont pas d'une efficacité à toute épreuve au moment d'envisager la sanction de leur violation, soit la mise en œuvre des principes classiques de la responsabilité contractuelle. La principale difficulté concerne la preuve. C'est tout d'abord la preuve de la violation de l'accord qui est souvent délicate à apporter par la victime. Le fardeau probatoire est certes allégé lorsque l'obligation de confidentialité se présente comme une véritable obligation de ne pas faire – ne pas divulguer, ne pas exploiter à des fins autres que celles envisagées par les parties. En ce cas, en effet, il suffit de prouver la divulgation ou l'utilisation de l'information spécialement protégée par l'accord.

Toutefois, si cette preuve peut paraître aisée lorsque le cercle des récipiendaires de l'information est restreint, il n'en va pas de même lorsque plusieurs personnes ont été en contact avec les informations. Il est donc vivement conseillé aux parties de redoubler de vigilance et, le cas échéant, d'anticiper cet aléa probatoire en se préconstituant la preuve de ce

La précaution consiste souvent à prévoir dans l'accord de confidentialité des clauses de sanction renforçant son efficacité et évitant ainsi de se soumettre à l'aléa de l'évaluation judiciaire de la réparation. Ce peut être par exemple une clause pénale

que les informations ont bien été communiquées à telles personnes et qu'elles ont bien été identifiées comme étant confidentielles. Les difficultés de preuve concernent également le préjudice réparable en cas de violation. Une fois l'information divulguée, le mal est fait et il est souvent difficile d'évaluer le préjudice réellement subi par l'entreprise, préjudice qui peut être de nature économique et/ou morale²². La précaution consiste souvent à prévoir dans l'accord de confidentialité des clauses de sanction renforçant son efficacité et évitant ainsi de se soumettre à l'aléa de l'évaluation judiciaire de la réparation. Ce peut être par exemple une clause pénale, la difficul-

té d'évaluation étant toutefois simplement reportée en amont²³. De même, une clause dite de libération peut parfois être stipulée en cas d'engagements réciproques de confidentialité. Opérant à l'instar de l'exception d'inexécution, une telle clause prévoit ainsi qu'en cas de divulgation par l'une des parties, l'autre sera corrélativement libérée de sa propre obligation de non-divulgation²⁴. Enfin, une réparation en nature n'est pas exclue et peut consister dans l'interdiction de poursuivre l'exploitation des données confidentielles protégées par l'accord.

Même si l'on a pu affirmer que, dans une conception du droit fondée sur l'idée que la circulation de l'information est le principe et le secret l'exception, les accords sur la confidentialité constituent « le seul mode adéquat de réservation des connaissances »²⁵, l'efficacité de ces accords n'est pas encore pleinement assurée en droit positif. La mise en place d'une réglementation du secret des affaires permettra peut-être de pallier cette carence que le futur article 1112-2 du code civil consacrant une obligation générale de confidentialité ne comble qu'imparfaitement.

(20) En ce sens, V. not. A. Latreille, préc., spéc. n° 113, qui précise à cet égard que « les Principes Unidroit considèrent qu'une période trop longue peut contrevenir aux législations prohibant les pratiques commerciales restrictives ». Comp. J.-M. Garinot, *op. cit.*, n°s 273 s. : l'auteur regrette que la soumission de la confidentialité au droit commun des contrats aboutisse à interdire la confidentialité « perpétuelle », c'est-à-dire l'interdiction de divulgation sans limitation de durée. L'auteur invite à adopter un autre raisonnement en termes de droit d'usage portant sur l'information appréhendée comme un bien. L'accord de confidentialité s'analyserait, non pas en un engagement de confidentialité, mais comme un accord conférant au récipiendaire de l'information un droit d'usage pendant un certain temps. Une fois le contrat principal éteint ou si les négociations échouent, le droit d'usage prend fin. « Il ne s'agit donc pas d'un engagement perpétuel mais de la perte d'un droit d'usage portant sur le secret, c'est-à-dire sur le bien d'autrui. »

(21) J. Mestre, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*

(22) Sur ces difficultés, V. not. J.-M. Garinot, *op. cit.*, n°s 277 s.

(23) W. Dross, *Clausier*, *op. cit.*, v° Confidentialité.

(24) J. Mestre, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*

(25) P. Catala, « La "propriété" de l'information », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97 s., spéc. n° 29.

5

Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux : l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les articles L. 145-1 s. du code de commerce et le bail commercial

*Par Joël Monéger, Professeur émérite à l'Université Paris-Dauphine,
Directeur honoraire de l'Institut Droit Dauphine*

Extrait d'un article à paraître dans la RTDcom. – juillet/septembre 2016

La Revue trimestrielle de droit commercial publiera plusieurs articles consacrés à la Réforme du droit des contrats dans son numéro de juillet/septembre 2016 :

- La vente de fonds de commerce après l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, Bernard Saintourens
- Réforme du droit civil des contrats par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et contrats d'exploitation du droit d'auteur et des droits voisins. Frédéric Pollaud Dulian
- Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats, Muriel Chagny
- Réforme du droit des contrats et des obligations : commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? Emmanuelle Claudel
- Réforme du droit des contrats : les contrats financiers à l'épreuve de la distinction entre contrat d'adhésion et contrat de gré à gré, Nicolas Rontchevsky

Organisation générale du commerce

Baux commerciaux

Joël Monéger
Professeur émérite
à l'Université Paris-Dauphine
Directeur honoraire
de l'Institut Droit Dauphine

1. Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux : l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les articles L. 145-1 s. du code de commerce et le bail commercial

Mots clés | Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Abus de dépendance – Annulation du contrat de bail – Application de la loi dans le temps – Avant-contrat – Bonne foi droit commun et droit spécial – But et cause du contrat – Caducité – Centre commercial – Cession de bail – Cession de position contractuelle – Charges et travaux – Clause abusive – Clause essentielle – Clause réputée non écrite – Contenu du contrat – Contrat d'adhésion – Contrat de bail commercial – Contrat de gré à gré – Déséquilibre significatif – Dol – Durée du bail – Durée perpétuelle – Ensemble contractuel – Équilibre du contrat – Formation du contrat de bail – Forme du bail – Information due à l'autre partie – Imprévision – Interpellation interrogatoire – Liberté contractuelle – Loyer – Négociation du contrat – Obligation conditionnelle – Obligation essentielle – Obligation de délivrance – Ordre public – Pacte de préférence – Prix – Promesse de bail – Représentation – Résolution du bail – Révision du contrat de bail – Révision – Vices du consentement.

Origine et confection des nouveaux textes du code civil. Napoléon aurait dit que le code civil devrait être refait trente ans après sa publication⁽¹⁾. Le code l'a fait mentir. Il avait oublié ses qualités. Profondément ancré dans les principes

sociétaux de l'époque, œuvre de conciliation et d'équilibre, superbement écrit, il a, avec le concours des juges auxquels Portalis l'avait confié, traversé les ans en s'adaptant par touches successives. Régulièrement amendé depuis la fin de

(1) « Pourtant il faudra le refaire dans trente ans », formule citée par L. Leveueur, *in* 1804-2004 : le bicentenaire du code civil, une occasion de rénover le titre « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général », CCC 2004. Repère 1.

la Seconde Guerre mondiale, grâce à la sagacité de Jean Foyer et à la plume de Jean Carbonnier², il conservait une apparence de pérennité scripturale. Toutefois, s'agissant, entre autres³, du droit commun des contrats et des obligations, la connaissance de la jurisprudence était indispensable pour lire la norme invoquée. Les discussions sur l'opportunité de rénover le droit des contrats ont été animées depuis la fin des années quarante, pour s'estomper jusqu'à ce que soient publiés les projets des groupes animés successivement par Pierre Catala et François Terré, au début du siècle, alors que les projets européens se faisaient prégnants et que nos voisins remaniaient profondément leur code en ce domaine. On notera l'usage de la consultation publique sur le projet qui a permis d'ajouter, de gommer ou d'améliorer les textes. De même, l'éviction partielle du Parlement a présenté l'avantage d'éviter les surenchères et réduit le risque d'une perte de cohérence et de qualité d'écriture. Celui-ci, après la bronca du Sénat, d'abord avec une majorité de gauche, ensuite de droite, le Gouvernement avait été habilité à légiférer par ordonnance avec des orientations à suivre. À l'automne 2016, en principe avant l'entrée en vigueur des nouveaux textes, le Parlement se verra offrir la possibilité de les amender. Souhaitons que ce ne soit pas l'ouverture d'une boîte de Pandore⁴...

Objectifs de la réforme⁵. Il n'est pas utile d'insister sur les objectifs affirmés

par le Gouvernement dans le rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance, comme la sécurité juridique et l'attractivité du droit français. La sécurité juridique, « premier objectif » souligné dans le rapport, dépend de bien d'autres facteurs⁶. L'incertitude sur la mise en œuvre d'une réforme, la complexité des nouveaux textes ou leur écriture dans une langue ajuridique, la mobilité de la jurisprudence sont des facteurs négatifs. La lisibilité et l'accessibilité du nouveau droit commun des contrats répondent aux exigences de sécurité. Les nouveaux textes entérinent, le plus souvent, la jurisprudence. Ils assurent ainsi une continuité bienvenue. Paradoxalement, l'abandon de la jurisprudence relative à la faculté du promettant de se dédire, tant que la condition suspensive n'a pas joué, vient utilement stabiliser l'usage de cette technique contractuelle. L'attractivité du nouveau droit des contrats est, cependant, relative. D'un côté, les tenants de l'instauration d'un droit plus équilibré, plus protecteur, exprimeront leur satisfaction ; de l'autre, ceux qui ne se contentent pas de la réaffirmation, même solennelle, du principe de liberté contractuelle (art. 1102) et du rôle de la volonté dans la formation du contrat (art. 1101), jugeront cette attractivité avec une touche de réserve. C'est à l'aune de l'étendue concrète de cette liberté et du rôle laissé à la volonté des parties qu'ils inclineront en faveur ou en défaveur des nouveaux textes. À cet égard, le dernier objectif, inscrit au rap-

- (2) V. G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, Dalloz, 2016 et les auteurs cités au fil des pages. Sur la genèse, nos 5 à 24. Cité *infra*, G. Chantepie et M. Latina. N. Dissaux et Ch. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, août 2016, cité ci-après Dissaux et Jamin.
- (3) La réforme n'est pas encore applicable que celle du droit de la responsabilité est en marche. V. G. Viney, *Après la réforme du contrat la nécessaire réforme des textes du code civil relatifs à la responsabilité*, JCP 2016. 99 ; J.-S. Borghetti, *Commentaire des principales dispositions de l'avant-projet de réforme*, D. 2016. 1386 et 1442 ; M. Bacache, *Relativité de la faute contractuelle et responsabilité des parties à l'égard des tiers*, *ibid*, 1454 ; Ph. Stoffel-Munck (dir.), *Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile – observations et propositions de modifications*, JCP 2016, suppl. nos 30-35, 25 juill. 2016.
- (4) Le projet de loi de ratification comporte un seul article. Il a été déposé à l'Assemblée nationale, le 6 juill. 2016. Il n'est pas à exclure que la Commission des lois propose des corrections et des amendements sont toujours possibles en séance. On sait que jusqu'à la ratification, le texte est susceptible d'être attaqué pour illégalité devant le Conseil d'État, alors même que le juge judiciaire est tenu de le mettre en œuvre.
- (5) G. Chantepie et M. Latina, *ouvr. préc.*, nos 25 s. ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, éd. F. Lefebvre, 2016, nos 16 s. et 23 s. Cet ouvrage est cité ci-après B. Mercadal, *ouvr. préc.*
- (6) V. Levevner, *Faut-il avoir confiance dans la réforme ?*, RDC 2015. 661 ; H. Barbier, *Les grands mouvements du droit commun des contrats*, RTD civ. 2016. 247. V. Dissaux et Jamin, *intr.*, p. V.

port⁷, est celui « d'un équilibre des droits et devoirs entre les parties » pour satisfaire, à l'image des autres droits et projets d'harmonisation européens, entre autres buts, celui de la justice contractuelle.

Axe majeur de la réforme : l'équilibre contractuel. L'axe majeur de la réforme : l'équilibre contractuel irrigue l'ensemble des nouveaux textes, en particulier, les normes régissant la bonne foi, les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, l'imprévision, les normes régissant l'interprétation des contrats, le régime des pactes de préférence ou les contrats sous condition suspensive. Certains aspects de la réforme empruntent à la tradition libérale. D'autres procèdent de l'évolution contemporaine privilégiant une approche protectrice du faible dans le contrat et les idées solidaristes. Il faut, en la matière, considérer que le droit du code civil d'hier n'est plus celui du XXI^e siècle. Raisonner le droit des contrats selon les dogmes du passé ne permet pas de comprendre la vie contemporaine du contrat. C'est particulièrement vrai en matière de baux commerciaux. Les postulats de liberté contractuelle, d'autonomie de la volonté et d'égalité des contractants sont trop éloignés du réel pour répondre aux questions majeures posées par le « déséquilibre » contractuel. Dès 1989, Françoise Auque avait observé à propos de l'équilibre contractuel, qu'il s'agissait d'une institution « sur laquelle manifestement personne ne s'entend, [qu'elle était un] objectif que nul n'a pu réaliser »⁸. Le droit nouveau se plaît à infirmer ce regret. Ainsi que Laurence Fin-Langer le souhaitait dans sa thèse, consacrée à l'équilibre contractuel⁹, il fallait que le principe descend des limbes de la seule pensée doc-

trinale et s'inscrive dans l'ordre juridique « post-moderne ». Pour elle, « l'équilibre contractuel représente un concept et une notion. En tant que concept, il sert d'instrument pour la compréhension du contrat et son évolution. Il met l'accent sur l'échange de prestations organisé par le contrat »¹⁰. La notion, quant à elle, permet de compléter, en droit positif, le dogme de l'autonomie de la volonté réaffirmé dans la réforme à l'article 1101, en imposant l'observation du contenu du contrat et, en particulier, les clauses abusives qui se trouvent au-delà de l'équilibre. Que le point d'équilibre soit variable et glisse, selon les époques et selon les situations, selon « l'environnement » du contrat, sur la ligne de crête des engagements réciproques, cela ne prive pas d'intérêt l'équilibre contractuel en tant que notion ou concept, il contribue à « une répartition juste des droits, obligations et prestations »¹¹, à « l'harmonie du contrat »¹². Paradoxalement, il est clair que la réforme est plus susceptible de rétablir l'équilibre entre les obligations des parties que la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014. Celle-ci qui avait cette prétention, semble avoir échoué. Elle pourrait même avoir empiré la situation du preneur qu'elle entendait protéger au nom de l'équilibre¹³. Cela légitime un peu plus, l'examen de la réforme du droit commun ; notamment en espérant y trouver les remèdes aux déséquilibres que cette loi spéciale n'a pas prescrits.

Modernisation du droit des contrats. Celle-ci est patente au fond et en la forme. Les textes régissant la promesse unilatérale de contrat, la caducité en cas d'ensemble contractuel, la cession de contrat et de dette, les actions interro-

(7) Rapport préc. : Objectifs de la réforme, *in fine*.

(8) F. Auque-Warembourg, Rapports locaux : l'équilibre introuvable, JCP 1989. I. 3421, ici n° 67.

(9) *L'équilibre contractuel*, thèse Orléans, dir. C. Thibierge, Bibl. dr. privé, t. 366, LGDJ 2002.

(10) *Ibid*, n° 776. Pour une analyse approfondie, v. nos 185 s. et 776. *Adde* : G. Chantepie, La notion d'équilibre du contrat, Loyers et copr., oct. 2016.

(11) L. Fin-Langer, th. préc., n° 776, p. 569. Sur le juste en droit des baux commerciaux, nos obs. *in* Mélanges offerts à Pascale Bloch, 2015.

(12) *Op. cit, loc. cit.* et nos 225 s.

(13) F. Kenderian, La loi « Pinel » a-t-elle réellement rééquilibré les baux commerciaux ?, colloque de Lille II, 24 juin 2016, Loyers et copr., oct. 2016.

gatoires, la sanction du réputé non écrit, la sanction limitée des contrats perpétuels qui deviennent *ipso jure* des contrats à durée déterminée¹⁴, la définition de l'offre, la détermination du moment auquel les parties seront réputées avoir fixé la date du contrat, les contrats passés en la forme électronique en sont autant d'exemples¹⁵. Même le vocabulaire est actualisé, serait-ce au prix d'une irritation cutanée des auteurs classiques qui trouvent que les nouveaux termes « ne sont pas toujours simplificateurs »¹⁶. Il est certain que la juridicisation des mots communs demande parfois une longue période de « naturalisation » juridique¹⁷.

Coordination du nouveau droit commun des contrats et des dispositions régissant le contrat de bail commercial.

La coordination va suivre les principes généraux qui commandent l'applicabilité des droits commun et spécial. Il y a une question de domanialité entre les dispositions générales et les dispositions spéciales. Il faut dissocier les questions en tentant une division, aussi simple que possible. La domanialité des normes générales nouvelles réglée (I), il faudra observer le contrat de bail commercial au travers du prisme du nouveau droit civil des contrats et obligations (II).

I - La domanialité des normes générales nouvelles et les normes spéciales aux baux commerciaux

À titre liminaire, et *a priori*, il faut considérer que le droit des contrats d'octobre 2016 s'applique comme s'appliquait

le droit antérieur. Il est le droit commun. Il est le droit subsidiaire et complémentaire des droits spéciaux. Le droit spécial peut l'écartier de son domaine. Il est nécessairement privilégié lorsque la disposition concernée déroge clairement au droit commun. *Lex specialia generalibus derogant*. L'ordonnance a réintroduit dans le code civil, une disposition à l'effet de préciser quel droit, du spécial ou du général, voire les deux, a vocation à s'appliquer. La détermination des espaces de compétence des deux droits, commun et spécial n'est pas aussi simple que peut le laisser penser l'adage et les effets du premier sur le second et inversement demandent une clarification (A). À la question temporelle vient s'ajouter celle des espaces propres aux différentes normes, dont il faut esquisser l'applicabilité (B).

A - Le temps des normes de droit commun et du droit spécial aux baux commerciaux

Application de la loi dans le temps. Le législateur n'est pas expert s'agissant de l'application de la loi nouvelle dans le temps. Les débats sur la mise en œuvre dans le temps des lois n° 2014-626 du 18 juin 2014 et n° 2015-990 du 6 août 2015 en matière de baux commerciaux en sont des exemples topiques¹⁸. Il est vrai que la matière est fort délicate à manier et que le glissement de l'opinion doctrinale, en principe raisonnée, vers le choix dogmatique, voire idéologique, est difficile à éviter. Il l'est d'autant plus que la matière concerne des contrats qui régissent des intérêts privés alors que la loi, notamment nouvelle, a la légitime prétention

(14) Art. 1210, al. 2. La solution avait été suggérée par Brigitte Berlioz-Houin dans sa thèse, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. Paris 2, dactyl., 1973, p. 184 et 188. V. O. Litty, *Inégalités des parties et durée du contrat* (étude de quatre contrats usuels, préf. J. Ghestin, Bibl. dr. privé, t. 322, LGDJ, 1999, spéc. n° 144 s. V. aussi, A.-S. Lavefve-Laborde, *La pérennité contractuelle*, préf. C. Thibierge, Bibl. dr. privé, t. 447, LGDJ, 2005, spéc. n° 42 s.

(15) À ce propos, certains commentateurs ont relevé que le régime de ces contrats aurait justifié qu'ils fassent l'objet d'un chapitre propre au titre des contrats spéciaux.

(16) B. Mercadal, ouvr. préc., n° 20 ; Dissaux et Jamin, intr., p. IV.

(17) On pense à la jurisprudence sur l'implication d'un véhicule à moteur en droit de la responsabilité civile.

(18) V. le débat animé entre deux auteurs : J.-D. Barbier, Application de la loi du 18 juin 2014 dans le temps, *Gaz. Pal.* 9 août 2014, n° 189K6. 47 ; *ibid* : Loi Pinel : désaccords sur son application dans le temps, *Gaz. Pal.* 14 avr. 2015, n° 221q3. 6 ; J.-P. Blatter, *Persiste et signe*, *AJDI* 2015. 477.

d'assurer le respect de l'intérêt général au travers de la régulation des intérêts privés. Ainsi que l'écrit J.-D. Barbier¹⁹ : « Dans cette matière, on sait que la loi est faite pour le preneur et le contrat pour le bailleur ». Même si la généralisation comporte une note d'excès, elle s'avère pertinente pour expliquer la relation entre les parties dans les centres commerciaux les plus performants.

Contrairement à la loi Pinel du 18 juin 2014, l'ordonnance contient, dans un article 9, des dispositions précises conformes aux principes régissant l'application de la loi dans le temps, tels que Roubier les a formalisés²⁰. Il est indiscutable que l'ordonnance entre en application le 1^{er} octobre 2016, qu'elle soit ou non ratifiée par le Parlement à cette date²¹. Elle pose, dans son article 9 qu'elle ne s'applique qu'aux contrats passés, renouvelés ou même tacitement reconduits²² à compter de cette date. Logiquement, il en est de même des avenants aux contrats en cours. C'est là un point qui méritera l'attention des parties à un bail commercial : l'avenant sera appliqué sous l'empire de la loi nouvelle alors que le contrat restera, jusqu'à son renouvellement, soumis à la loi antérieure, sauf à étendre par ledit avenant, l'application de la loi nouvelle.

Pour les baux passés avant le 1^{er} octobre 2016, l'application de la loi ancienne est de règle. Le rapport de présentation de l'ordonnance affirme même vouloir « ne pas susciter d'interrogation sur ce point... »²³. Seuls (ord., art. 9), les articles 1123 (al. 3 et 4), 1158 et 1183 nouveaux sont d'application immédiate

au 1^{er} octobre 2016 aux contrats passés antérieurement. Il est donc possible d'interroger le bénéficiaire d'un pacte de préférence ancien sur ce qu'il entend faire ou de vérifier l'étendue du pouvoir d'un représentant pour prévenir l'action éventuelle en nullité. Ces dispositions dérogatoires participent à la prévention du contentieux contractuel. En matière procédurale, l'article 9, alinéa 4 de l'ordonnance, disposition spéciale dérogatoire, affirme le principe de la poursuite de la procédure selon la loi ancienne, avec la précision que cela vaut pour les actions devant les juges du fond et de cassation. Il s'agit dans un souci de sécurité juridique d'éviter qu'un contrat ancien se trouve soumis à la loi de procédure nouvelle, ainsi qu'un avis de la Cour de cassation l'avait énoncé en 1999²⁴. Cela vaut aussi pour les questions de preuve, contrairement à ce que la Cour de cassation a pu juger²⁵.

De l'extension de l'application dans le temps du droit nouveau. À défaut de précisions, la Cour de cassation pourrait être invitée à dire que l'ordonnance établit des textes qui répondent à « des exigences impérieuses d'ordre public » et l'appliquer à des situations contractuelles nées sous l'empire de la loi ancienne. La question, on le sait, est posée s'agissant de la loi Pinel et une réponse ministérielle²⁶ invite les juges à consacrer la mise en œuvre immédiate de la loi aux baux nés antérieurement²⁷. Le débat est délicat à trancher s'agissant des dispositions propres à la loi Pinel car l'affirmation que la loi nouvelle « répond à des considérations d'ordre public particulièrement impératives ». Il l'est moins s'agissant des textes

- (19) Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : le contrat d'adhésion : Gaz. Pal. 2016. 270g7, 5 juill. 2015. 55. *Adde* : F. Auque, Le bailleur de centre commercial : un bailleur comme les autres ?, AJDI 2007. 536.
- (20) *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, 2^e éd., 1960, réimp. 2008. *Adde* : S. Gaudemet, J.-Cl. Civ. code, art. 2, fasc. 10, 20 et 30 ; J. Monéger, *Le temps de la loi et l'ordre public*, Loyers et copr. 2016. Repère 8.
- (21) V. le projet de loi de ratification déposé à l'Assemblée nationale, le 6 juill. 2016.
- (22) V. art. 1214 et 1215 nouv.
- (23) En ce sens G. Chantepie et M. Latina, *ouvr. préc.*, p. 39, n° 46 ; B. Mercadal, *ouvr. préc.*, n°s 105 s.
- (24) *Ibid.*, n° 48, p. 42. *adde* : Cass., avis, 22 mars 1999 : n° 99-000.005.
- (25) *Op. cit.*, *loc. cit.* et Civ. 1^{re}, 28 avr. 1986, n° 82-16.347 ; Bull. civ. I, n° 106.
- (26) Quest. n° 93154, 16 févr. 2016. Rép. min. : JOAN Q 31 mai 2016. 4684.
- (27) J. Monéger, Loyers et copr. 2016. Repère 8 ; Ch.-É. Brault, Les congés à échéance triennale et l'application de la loi du 18 juin 2014 dans le temps, Gaz. Pal. 5 juill. 2016. Doctr. 270a4, 60-61.

de l'ordonnance qui a été voulue, selon les termes mêmes du rapport au président de la République²⁸, comme supplétive : « Dans la tradition du code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné ». C'est là une indication utile à considérer avant d'affirmer que tel ou tel texte est d'ordre public, alors même que le législateur ne l'a pas retenu au nombre de ceux auxquels il entendait conférer cette nature. C'est vrai pour le droit commun des contrats, cela l'est aussi pour les baux commerciaux. Le silence du législateur a un sens. En tout cas, dans la période qui suit la promulgation du texte, il pourrait être étrange que les juges prennent une position sur la nature du texte et le considère d'ordre public, là où la loi a, fusse implicitement, dans la tradition législative, choisi de ne pas rendre d'ordre public une disposition nouvelle²⁹.

On le voit, la coordination, dans l'espace temporel, du droit commun des contrats et du droit propre aux baux commerciaux, n'est pas évidente. Elle ne l'est pas non plus, en dépit de l'existence d'un texte clarificateur, dans la détermination du domaine d'application de la loi générale, face à la loi spéciale.

B – Les domaines du droit commun et du droit spécial

De la liberté contractuelle. Les articles 1102 et 1103 nouveaux affirment

avec force ce que l'on savait exister et même consacré par le Conseil constitutionnel³⁰, mais méritait une affirmation expresse : la liberté contractuelle est un principe cardinal du droit : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat » mais « dans les limites fixées par la loi »³¹. Celle-ci, et ce n'est pas innocent, est inscrite dans le chapitre consacré aux « dispositions liminaires », pour ne pas avoir osé user de l'expression « principes généraux » ou « principes cardinaux ».

L'expérience enseigne que dans nombre de cas, le locataire, plus rarement le bailleur, ne consulte un praticien du droit que pour savoir s'il n'aurait pas dû s'abstenir de contracter. La liberté de ne pas contracter implique que l'accord qui résulte de l'absence d'exercice de cette liberté a nécessairement un sens. Le choix libre de contracter mérite d'être pris en compte dans l'évaluation ultérieure des engagements. Le fait ne pas s'interroger sur la pertinence de signer un contrat de bail n'est pas anodin. Le juge, serait-il enclin, à protéger l'équilibre contractuel, ne peut complètement ignorer le choix effectué par une personne pleinement capable et qui est une professionnelle du commerce. Certes, lorsque le débat sur les clauses du bail est approfondi, le contrat contient les normes voulues par les deux parties. C'est encore vrai lorsque l'une d'entre elles adhère aux stipulations contractuelles proposées par l'autre. Même si l'équilibre contractuel fait défaut, il procède de l'exercice, *a priori* réfléchi, de la liberté d'adhérer ou non aux stipulations en cause. Cela

(28) V. Rapport. Réforme du droit des obligations, suppl. aux revues Dalloz, 2016, p. 2, dernier paragraphe de l'extrait du rapport.

(29) J. Monéger, Le statut des baux commerciaux est-il encore un ordre public de protection ?, coll. Lille, 24 juin 2016, Loyers et copr. 2016, oct.

(30) Cons. const. 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, D. 2014. 1516, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano ; Dr. soc. 2013. 673, étude J. Barthélémy ; *ibid.* 680, étude D. Rousseau et D. Rigaud ; *ibid.* 2014. 464, chron. S. Hennion, M. Del Sol, P. Pierre et M. Hallopeau ; *ibid.* 1057, étude J. Barthélémy ; Constitutions 2013. 400, chron. A.-L. Cassard-Valembois ; RTD civ. 2013. 832, obs. H. Barbier.

(31) B. Mercadal, ouvr. préc., n°s 115 s. Dissaux et Jamin, com. s. 1102, p. 7.

a nécessairement un effet sur l'appréciation qui peut être portée sur la validité du choix contractuel³². C'est la raison pour laquelle l'article 1102, alinéa 1 précise que la loi peut fixer des limites à la liberté contractuelle et que l'alinéa 2 rappelle le nécessaire respect des règles qui intéressent l'ordre public. S'agissant des baux commerciaux, rien de bien nouveau est à déduire de ces textes. Il y a bien longtemps que l'ordre public doit y être respecté, serait-il seulement de protection et serait-il dégagé de sa gangue rédactionnelle par le juge. Il y a de nombreux textes qui réduisent le jeu de la libre rédaction du bail, les uns concernant les parties, les autres le bien loué, d'autres encore la durée du bail...

La dissociation des domaines respectifs des règles générales et des règles particulières. La maxime *lex specialia generalibus derogant* avait été jugée suffisante dans l'avant-projet soumis à discussion publique pour assurer la pérennité de la distribution domaniale entre les normes générales et les normes spéciales à certains contrats ; les premières n'étant appelées à jouer que si les secondes ne fixaient pas une norme précise ou suffisante à régler le point en débat, soit pour établir le contrat de bail, soit pour assurer la saine exécution. Le code civil d'origine était doté d'un article 1107 qui affirmait le principe d'une application à tous les contrats des règles générales avant d'énoncer, d'une part, que « les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux », et d'autre part, que « les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce »³³. La rédaction du nou-

vel article 1105 est meilleure. En effet, nul besoin de rechercher dans le code civil les règles spéciales au contrat de bail ou de s'interroger sur la qualification, au demeurant inappropriée, du bail commercial, de « transactions commerciales établies par les lois relatives au commerce ». Il suffit de constater qu'il existe des règles particulières au bail commercial pour les considérer comme nécessairement applicables à celui-ci.

« Les règles générales s'appliquent sous réserve (des règles) particulières »³⁴. L'énoncé du troisième alinéa de l'article 1105 établit clairement l'existence de domaines séparés, et une application distributive des normes. Cela signifie, s'agissant du bail commercial, que les dispositions du nouveau régime s'appliquent nécessairement dès lors qu'aucune règle particulière du code de commerce ne vient en écartier l'application. Cela conduira à bien déterminer le champ d'application de la norme spéciale, car dès que la partie qui y a intérêt pourra démontrer qu'elle se trouve hors le régime spécial au bail commercial, les nouvelles dispositions visant à rétablir l'équilibre contractuel ou au moins à sanctionner le déséquilibre auront vocation à s'appliquer. Ainsi, à titre d'exemple, ce n'est pas parce que le droit des baux commerciaux organise, dans son article L. 145-39 du code de commerce, la révision du loyer, en cas de dépassement de plus de 25 % de son montant par le jeu de la clause d'indexation, que le nouvel article 1195 du code civil relatif à l'imprévision n'a pas vocation à s'appliquer. Cela veut dire, d'abord, que la révision du loyer du bail commercial obéit à la norme d'ordre public spéciale qui nécessairement prévaut sur celle de l'article 1195 du code

(32) Sur les contrats d'adhésion, v. *infra*, 2^e partie.

(33) V. Ch. Goldie-Génicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009.

(34) V. M. Chagny, *Droit commun et droits spéciaux*, in *Réforme du droit commun du contrat et droit de la distribution*, colloque Lille 2, Centre de recherche René Demogue, 11 mars 2016 : RLDA 2016. 5967, suppl. juill.-août n° 117, p. 9 s. ; *adde* : M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, *Nouv. Bibl. th.*, vol. 32, Dalloz, 2004 ; R. Raymond, *Droit commun et droit spécial des contrats d'affaires*, th. Univ. Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2012.

civil dont la nature supplétive apparaît clairement. Cela emporte, ensuite, que l'onérosité excessive de l'exécution du contrat qui résulte d'un « changement de circonstances imprévisible lors de sa conclusion » ne semble pas exister en deçà de 25 % d'augmentation, le législateur ayant considéré ce seuil comme pertinent dans un contrat de longue durée. Cela conduit, enfin, à retenir qu'il ne peut y avoir d'acceptation, comme le permet ledit article, lors de la signature du bail, de son renouvellement ou d'un avenant en cours de bail, du risque imprévisible d'un jeu excessif de l'indice d'évolution du loyer de 25 % et plus. Si le dépassement est constaté, il conviendra de s'interroger sur la possibilité pour le preneur d'invoquer, en lieu et place de la disposition spéciale, la mise en œuvre de l'article 1195 du code civil³⁵. L'enjeu n'est pas anodin dans la mesure où la règle spéciale n'autorise le juge qui constate la réunion des éléments numériques qu'à adapter le loyer à la valeur locative, alors que l'article 1195 l'autorise, à la demande d'une partie, à réviser, non seulement le loyer, mais le contrat ou à y mettre fin. C'est dire que le contrat de bail doit être passé au scanner du droit commun.

II - Le contrat de bail commercial observé par le prisme du droit commun nouveau

Le nouveau droit commun a vocation à s'appliquer dans les espaces non régis par les dispositions spéciales, qu'elles soient celles des articles 1709 et suivants du code civil propre au contrat spécial de bail, ou par les articles L. 145-1 et suivants du code de commerce. L'examen portera, pour être simple, sur la formation du contrat (A) avant d'être étendu aux effets du contrat (B).

A - La formation du contrat de bail commercial et les nouvelles dispositions générales issues de l'ordonnance du 10 février 2016

En sélectionnant les articles les plus importants issus de la réforme, des remarques seront faites concernant successivement la formation (1) et la nature du contrat (2).

1 - La formation du contrat

S'agissant de la forme du contrat, celui-ci devra être rédigé par écrit dès lors qu'il est d'un montant supérieur à 1 500 euros ; mais cela n'est pas nouveau et n'est exigé qu'aux fins de preuve selon l'article 1173. D'autres évolutions pourraient avoir des effets non négligeables. On notera, que le nouvel article 1124 abandonne la jurisprudence de la Cour de cassation quant à la faculté de mettre à néant une promesse unilatérale tant que le délai d'option court. Le contrat promis peut, à la demande du bénéficiaire de la promesse, être constaté sur sa demande par le juge. Mais, au-delà de la consécration légale du devoir pré-contractuel d'information à l'article 1112-1³⁶, ce sont les actions interrogatoires qui sont susceptibles de jouer un rôle en matière de bail commercial pendant la négociation du contrat.

Les actions interrogatoires des articles 1123, 1158 et 1183 et la sécurisation du contrat. D'évidence, les parties au bail doivent avoir la capacité d'offrir ou de souscrire à un bail commercial. La réforme n'a pas d'effet à cet égard, sauf s'agissant de la représentation des parties au bail et la protection du bénéficiaire d'une promesse inscrite dans un pacte de préférence. L'article 1183 permet d'obtenir la confirmation d'un acte susceptible d'être atteint d'une nullité relative pour transgression d'une règle de protection de l'autre partie. [...]

(35) *Infra*, 2^e partie, A.

(36) B. Mercadal, *ouvr. préc.*, n^{os} 163 s. Pour une analyse approfondie, v. Dissaux et Jamin, *com. s.* 1112-1, p. 18 et 19.

6

La réforme du code civil : quels enjeux pour nos contrats ?

*Par Valérie Valais, Directrice Affaires publiques & Corporate Development
Dassault Systèmes - Membre du Cercle Montesquieu et du groupe de
travail sur le droit des contrats*

Article paru dans Dalloz IP/IT – mai 2016

Cet article est extrait d'un dossier publié par la revue Dalloz IP/IT de mai 2016 intitulé « Réforme du droit des contrats : premiers impacts dans le secteur de l'IT », avec les articles suivants :

- Le devoir général d'information : un impact majeur dans la formation des contrats informatiques, S. Lemarchand, p. 233
- Les apports de l'ordonnance en matière de pourparlers et d'avant-contrats, P. Fournier, p. 236
- L'équilibre dans le contenu du contrat, P. Sirinelli, p. 240
- Les enjeux de la réforme du code civil et ses innovations, I. Eid, p. 245.

LA RÉFORME DU CODE CIVIL : QUELS ENJEUX POUR NOS CONTRATS ?

*Le contrat constitue l'un des trois piliers du code civil avec la famille et la propriété¹. C'est donc avec la plus grande attention qu'a été accueillie l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. La réforme entend inscrire le droit français dans le *xxi*^e siècle. Elle entrera en vigueur le 1^{er} octobre 2016 et donne lieu à une double réorganisation, à la fois matérielle, par sa refonte intégrale du livre III du code civil, et conceptuelle, par l'inscription du commerce électronique, jusqu'alors soumis à une loi spécialisée, dans notre droit commun.*

Valérie Valais

Directrice Affaires publiques & Corporate Development Dassault Systèmes - Membre du Cercle Montesquieu et du groupe de travail sur le droit des contrats

Depuis sa création en 1804, notre droit des contrats a subi de très modestes modifications, si bien qu'avec l'essor des nouvelles technologies, il était devenu – en apparence au moins – obsolète. Les quelques avancées qu'il est possible de relever découlent pour la plupart de la production normative européenne. En effet, le droit communautaire, devenu européen, a permis, par ses interventions visant à encadrer les contrats spéciaux, d'accompagner la transition numérique. On pense notamment à la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique² (transposée en droit français par la loi de 2004 pour la confiance dans l'économie numérique³) ou encore à la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative au droit des consommateurs⁴. Ce faisant, le droit dérivé de l'Union européenne a contribué à la désuétude des dispositions du code civil.

Par ailleurs, la création de règles spécialement conçues pour régir les relations entre cocontractants professionnels ou avec les consommateurs accentue le phénomène d'éviction du droit commun. En effet, le droit commun s'est trouvé en concurrence avec le droit de la consommation et le droit du commerce ou de la distribution. À l'ère du numérique, la plupart des contrats

■1 J.-L. Halpérin, *Le Code civil*, 2^e éd., Dalloz, coll. « Connaissances du droit », 2003.

■2 Dir. 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »).

■3 L. n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (JO 22 juin).

■4 Dir. 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

Suppression
de la cause en tant
que condition de
validité du contrat

électroniques conclus le sont par des personnes agissant en leur qualité de consommateur et, partant, relèvent du droit de la consommation. Parallèlement, les contrats commerciaux conclus entre professionnels sont soumis aux règles de la concurrence. En conséquence, le droit commun est devenu une sorte de droit subsidiaire, tant les occasions de l'appliquer sont rares. La réforme insère dans le droit commun des contrats des dispositions qui tendent à rendre l'application de ce droit plus systématique, notamment par l'introduction de dispositions d'ordre public. On pense notamment au principe de bonne foi consacré de manière élargie à l'article 1104 et au devoir général d'information introduit par l'article 1112-1.

Outre le manque de modernité et d'attractivité, le droit français des contrats

souffrait également d'un problème de lisibilité. L'émergence de lois spéciales et le nombre grandissant de solutions jurisprudentielles rendaient l'accès au droit vivant des contrats difficile. L'ordonnance quant à elle permet de redonner une certaine unité au droit des contrats en s'inspirant largement de la jurisprudence tout en tenant compte des évolutions apportées par les nouvelles technologies. Les différents thèmes abordés dans cette étude permettront de mettre en lumière les points d'impact de la réforme en matière de contrats électroniques.

Très attendue et largement débattue, l'ordonnance poursuit trois objectifs : elle modernise des dispositions vieilles de près de plus de deux siècles et, en ce sens, contribue à rendre le droit français des contrats plus lisible (I), plus prévisible (II) et attractif (III).

I - LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS AU SERVICE D'UNE MEILLEURE LISIBILITÉ ET D'UN ACCÈS FACILITÉ

La réorganisation du livre III du code civil rend plus accessible le droit des contrats. D'une part, la réforme a le mérite d'unifier ce droit, notamment en incorporant certaines solutions jurisprudentielles (on pense par exemple à la partie consacrée aux négociations précontractuelles, inspirée de la jurisprudence *Manoukian*⁵) et en intégrant dans la partie relative à la formation du contrat les règles sur l'e-contrat. D'autre part, la réforme améliore la lisibilité du droit des contrats tout en conservant l'esprit du code civil ; elle regroupe les règles applicables aux contrats de façon logique, en reflétant les différentes étapes de la relation contractuelle. Ainsi, le titre III est réécrit en tenant compte de la chronologie de la vie du contrat⁶, allant des prémices (négociations, avant-contrats) à la formation (consentement, contenu du contrat), pour se terminer par les effets du contrat et les remèdes en cas d'inexécution. De même, le titre IV est agencé de façon à clarifier la lecture du régime général et de la preuve des obligations en abordant dans un pre-

mier temps les dispositions générales, et dans un second temps l'admissibilité des différents modes de preuve.

Par ailleurs, l'ordonnance abandonne certaines notions présentes dans le code civil actuel, mais non définies et dont le maintien apparaît peu utile, telles les obligations de faire, de ne pas faire, et de donner.

Toujours dans l'idée d'améliorer la lisibilité et l'accessibilité du droit des contrats, la réforme entreprend une modernisation du langage en privilégiant des termes plus contemporains. Cette simplification linguistique a donné lieu à la suppression de la cause en tant que condition de validité du contrat (art. 1128). Toutefois, les solutions fondées sur cette notion semblent maintenues. Ainsi, le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations ni par son but (art. 1162), et le contrat à titre onéreux devient nul en cas de contrepartie illusoire ou dérisoire au moment de sa formation (art. 1169).

⁵Civ. 3^e, 28 juin 2006, n° 04-20.040, D. 2006. 2963, note D. Mazeaud ; *ibid.* 2638, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2006. 754, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 770, obs. P. Jourdain : les juges ont refusé l'indemnisation au titre de la perte d'une chance de conclure un contrat en considérant que la perte des gains escomptés n'est pas une conséquence des « conditions de la rupture qui seules sont fautives » mais simplement une conséquence de la rupture des pourparlers, qui ne constitue pas une faute en elle-même.

⁶Rapp. au président de la République relatif à l'Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Dès lors, la réforme entreprend une codification qui s'avère nécessaire et opportune dans la mesure où elle rend le droit des contrats et le régime général et de la preuve des obligations plus précis et cohérents.

II - LA SÉCURITÉ JURIDIQUE AU CŒUR DE LA RÉFORME

La sécurité juridique est l'un des principaux objectifs poursuivis par la réforme. L'ordonnance contient des dispositions permettant d'appréhender le droit positif des contrats dans sa globalité et d'en assurer la prévisibilité. L'idée générale est avant tout de rétablir l'équilibre de la relation contractuelle et de garantir la protection de la partie faible.

À cette fin, l'ordonnance consacre le principe de bonne foi à tous les stades de la vie du contrat, y compris durant les négociations et lors de sa formation (art. 1104). Autre notion consacrée par l'ordonnance, cette fois en matière de consentement vicié, la réticence dolosive, soit la dissimulation intentionnelle d'une information déterminante (art. 1137). Cette notion fait écho au devoir général d'information introduit à l'article 1112-1. Cette disposition d'ordre public laisse entendre que les conditions générales ne produisent leurs effets que si toutes les parties en ont eu connaissance, permettant ainsi une meilleure protection de l'e-acheteur.

Deux autres concepts viennent encadrer le stade de la formation du contrat ; d'abord, l'ordonnance prévoit le régime de la rétractation de l'offre à l'article 1116 et énonce qu'elle « engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat ». En parallèle de quoi, les avant-contrats voient leur efficacité renforcée par l'introduction des articles 1123 et 1124. L'article 1123, relatif au pacte de préférence, introduit les sanctions de nullité et de substitution lorsqu'un contrat a été conclu en violation du pacte avec un

CE QU'IL FAUT RETENIR

La réforme inscrit le droit des contrats dans l'ère du numérique en adaptant ce dernier aux besoins de la pratique et à l'économie contemporaine. Reste que la réforme suppose une articulation délicate à appréhender entre le droit commun et les lois spéciales, et il reviendra au juge de se prononcer sur ce point dans les prochains mois.

Par ailleurs, on peut légitimement s'interroger sur le fait de savoir si l'objectif de la réforme visant à renforcer la sécurité juridique est véritablement atteint, et ce, notamment au regard du renforcement de la protection du plus faible consacré par le texte, et des nouvelles opportunités de saisir le juge offertes par la réforme, permettant ainsi aux parties à un contrat de le remettre en cause sous certaines conditions. La pratique contractuelle nous imposera en conséquence une grande vigilance afin de nous assurer que le contrat pourra continuer à constituer un gage de sécurité juridique entre les parties audit contrat.

tiers qui en connaissait l'existence ainsi que l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, tandis que l'article 1124 intéresse la promesse unilatérale et prévoit que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ne peut empêcher la formation du contrat promis. Cependant, on déplore que la réforme ne donne pas de statut particulier à l'offre, ni n'établisse de hiérarchie avec les avant-contrats.

Outre l'incorporation de principes jurisprudentiels et de concepts éprouvés en doctrine et essentiels pour les praticiens, la réforme entend protéger la partie faible au contrat par l'introduction de notions telles que l'abus de dépendance économique, sanctionné par la nullité du contrat (art. 1143), ou encore la généralisation des clauses abusives (art. 1171), définies comme les clauses créant un déséquilibre significatif entre les parties. Cet article a donc pour effet de rapprocher le droit commun des contrats de la protection offerte à la partie faible en droit de la consommation. En pratique, il est toutefois possible de s'interroger sur l'articulation entre le droit commun et le droit de la consommation.

L'article 1170 constitue également une nouveauté en droit commun, bien qu'il convienne de nuancer son caractère

Introduction
de dispositions
propres aux
contrats
conclus par voie
électronique

innovant. En effet, l'article 1170 relatif à l'obligation essentielle du débiteur constitue une consécration de la célèbre jurisprudence *Chronopost*⁷ dans la mesure où il prohibe toute clause ayant pour effet de priver de sa substance

l'obligation essentielle du débiteur et trouvera notamment à s'appliquer aux clauses limitatives de responsabilité. Par l'introduction de cet article, on peut également noter une réminiscence des effets attachés à la cause.

III - UNE MODERNISATION AU SERVICE DE L'ATTRACTIVITÉ DU DROIT FRANÇAIS

En se modernisant, le droit français gagne en attractivité, notamment dans le domaine des contrats informatiques.

À titre d'exemple, il convient de rappeler l'introduction de dispositions propres aux contrats conclus par voie électronique dans le chapitre relatif à la formation du contrat, et l'adaptation des règles générales à l'ère du numérique. Ainsi, la réforme prévoit que le contrat naît au moment où l'acceptation parvient à l'offrant, et non pas au moment où celle-ci est émise par l'acceptant, comme le prévoyait jusqu'ici la jurisprudence de la Cour de cassation⁸. Cette disposition reflète la réalité économique et pratique, notamment en matière d'e-commerce. De même, la modernisation du droit français passe par le renforcement du principe selon lequel une copie fiable a la même force probante qu'un original, ce qui devrait grandement faciliter l'archivage électronique, enjeu majeur notamment pour les entreprises.

Enfin, la réforme attache une grande importance à l'équilibre dans l'exécution du contrat et, partant, à un partage équitable du risque que les cocontractants professionnels ont accepté de prendre. On pense notamment à la théorie de l'imprévision reconnue à l'article 1195 – ce

qui dénote une nouvelle fois avec la jurisprudence de la Cour de cassation⁹. Cette théorie repose sur la possibilité pour une partie de demander la renégociation du contrat à son cocontractant en cas de changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat et rendant son exécution excessivement onéreuse pour elle alors qu'elle n'a pas accepté d'en assumer le risque. Si la renégociation n'aboutit pas, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat, ou bien une partie seule peut lui demander de réviser le contrat ou d'y mettre fin. Bien que cette notion soit connue de la pratique (on pense notamment aux clauses de *hardship*, *MAC*, ou *gross-up* insérées dans les contrats), la consécration de la théorie de l'imprévision par l'ordonnance accroît considérablement le rôle du juge qui peut, en solution ultime, dans un délai raisonnable et en l'absence de disposition contraire, réviser le contrat ou y mettre fin (art. 1195). L'intervention du juge aurait pour objectif de « sauver le contrat », dès lors que la préservation de la relation entre les parties se fait dans leur intérêt mutuel ou, dans le cas contraire, de mettre fin à un déséquilibre en sanctionnant l'usage abusif d'une partie d'une prérogative unilatérale.

■7 Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, D. 1997. 121, note A. Sériaux ; *ibid.* 145, chron. C. Larroumet ; *ibid.* 175, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 1997. 418, obs. J. Mestre ; *ibid.* 1998. 213, obs. N. Molfessis ; RTD com. 1997. 319, obs. B. Bouloc.

■8 Com. 7 janv. 1981, n° 79-13.499.

■9 Civ. 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, qui avait rejeté cette théorie.

7

**Incidences en matière de transactions immobilières,
À propos de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016**

*Par Frédérique Cohet, Maître de conférences à l'Université Grenoble Alpes,
membre du CRJ324*

Extrait d'un article paru dans l'AJDI – mai 2016

Dans son numéro de mai 2016, l'AJDI a consacré un dossier à la réforme du droit des obligations. Outre la question de l'impact de l'ordonnance du 10 février 2016 sur les transactions immobilières (AJDI 2016. 324, traitée par Frédérique Cohet), ont été examinées les incidences de la réforme dans les domaines des baux d'habitation (Nicolas Damas, AJDI 2016. 336), de l'intermédiation immobilière (Moussa Thioye, AJDI 2016. 340), du droit auquel sont soumises les sociétés civiles immobilières (Sylvaine Porcheron, AJDI 2016. 343) et des baux commerciaux (Alain Confino, AJDI 2016. 345 ; sur ce sujet, V. aussi Françoise Auque, AJDI 2016. 184).

INCIDENCES EN MATIÈRE DE TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES

A propos de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016

par **Frédérique Cohet**

Maître de conférences à l'université Grenoble Alpes, membre du CRJ

Longtemps désirée¹, longuement préparée², largement commentée³, la réforme du droit des contrats, après avoir emprunté le chemin de la procédure de l'article 38 de la Constitution⁴, est sur le point d'entrer en application. Lourde de plus de 300 nouveaux articles, l'ordonnance du 10 février 2016 a vu, en effet, son entrée en vigueur retardée au 1^{er} octobre 2016. Conformément aux règles de l'application de la loi dans le temps, les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 demeureront soumis au droit applicable jusqu'à cette date. Les instances en cours avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance étudiée seront tranchées selon le droit applicable antérieurement, tout comme les décisions rendues à la suite d'un recours. Ce différé, pleinement justifié par l'ampleur de la réforme, fera exception pour trois nouveautés intéressant les pactes de préférence, la représentation et la confirmation des actes nuls : les actions interrogatoires destinées à mettre fin à une situation d'incertitude (respectivement prévues par les alinéas 3^e et 4^e du nouvel art. 1123 et les nouveaux art. 1158 et 1183 C. civ.). Ces actions pourront être mises en œuvre dès le 1^{er} octobre 2016 pour des contrats formés avant cette date. Reste toutefois à intervenir la ratification de cette ordonnance qui devra être déposée devant le Parlement dans les six mois à compter de sa publication⁵.

Si la méthode a pu faire débat, le bien-fondé de la réforme n'est pas discuté⁶. Sans bouleverser la matière, l'ordonnance rend le droit des obligations plus lisible, plus accessible et plus sécurisant.

C'est en tant que « socle commun des nombreux contrats spéciaux »⁷ que la réforme ainsi opérée du droit des contrats sera ici abordée. Les règles générales qu'elle édicte ne trouveront à s'appliquer, aux termes du nouvel article 1105 du code civil, que sous réserve des dispositions particulières à certains contrats contenues ou non dans ce même code⁸. On remarque, toutefois, que se trouvent intégrées à ce socle commun des dispositions empruntées à des réglementations spéciales tels l'obligation précontractuelle d'information, le délai de réflexion ou de rétractation, la protection contre les clauses abusives ou encore la protection du contractant le plus faible.

Nous laisserons de côté le remaniement de la structure du code civil, avant tout pédagogique⁹, pour nous arrêter aux principales dispositions introduites ou clarifiées, tantôt dans le courant de la jurisprudence, tantôt à contre-courant de celle-ci, dans le sens affirmé d'une modernité favorable à son accessibilité et à sa lisibilité, pour plus de sécurité des transactions juridiques et afin de redonner à notre droit une attractivité perdue¹⁰. Se faisant, l'ordonnance abandonne des dispositions jugées passéistes et inutiles, et tranche sur des questions jusqu'ici laissées aux fluctuations de la jurisprudence.

Si le droit des contrats gagne ainsi en clarté, les innovations de la réforme laissent planer comme un parfum de contentieux à venir. S'il faut « être sobre de nouveauté en matière de législation »¹¹, c'est en raison des incidences pratiques qu'elle peut avoir pour ceux qui la mettent en œuvre. Or la réforme, enjeu de justice du XXI^e siècle¹², tout en conservant bon nombre des règles actuelle-

(1) Le travail préparatoire initié avec le bicentenaire du code civil a donné lieu à une étude d'ampleur dans le cadre des groupes de travail dirigés par les professeurs Pierre Catala, puis François Terré, à des projets académiques avant que la Chancellerie prenne le relais pour arriver, après trois tentatives, à la proposition d'un projet d'ordonnance en février 2015, sans compter les projets européens et internationaux d'harmonisation du droit des contrats (les principes d'Unidroit pour le commerce international publiés en 1994 et en 2004, les principes du droit européen des contrats élaborés par la commission Lando et publiés en 1995 et en 2003, le code Gandolfi [projet de code européen des contrats] publié en 2000, le projet de cadre commun de référence remis au Parlement européen le 21 janv. 2008, et les travaux de la Société de législation comparée et l'association Henri-Capitant des amis de la pensée juridique française ayant abouti à la rédaction de principes contractuels communs publiés en février 2008).

(2) Présenté par le gouvernement le 27 nov. 2015, le projet de loi a mis plus d'un an pour aboutir à la loi d'habilitation n° 2015-177 du 16 févr. 2015 malgré la procédure accélérée, laissant ainsi le temps aux acteurs de la vie économique et juridique d'émettre leurs observations.

(3) Not. : La réforme du droit des obligations : quelles innovations, RDC avr. 2016, n° hors-série ; n° spécial : Contrats et obligations, incidences de la future réforme sur la pratique notariale, JCP N 2015, n° 47, n° 1206 ; D. Mazeaud, Gaz. Pal. 23 févr. 2016, n° 8 ; M. Mekki, JCP N 2016, 1110 ; M. Mekki, L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve et des obligations, D. 2016 n° 494 et 608 ; C. Vernières, Defrénois 2016. 165 ; l'impact de la réforme des obligations sur la pratique notariale, ouvrage coll. Ss. dir. M. Grimaldi, éd. Defrénois, 2016, à paraître ; M. Mignot, commentaire article par article, LPA 2016, n° 41 à 47.

(4) En suite de l'art. 8 de la loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures habilitant le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour modifier la structure et le contenu du livre III du code civil.

(5) Bien que l'ancienne garde des Sceaux ait annoncé que la présentation de l'ordonnance à la ratification du Parlement pourrait être l'occasion d'un amendement de celle-ci, il est peu probable que cela soit le cas. En toute hypothèse, la ratification de l'ordonnance paraît acquise : V. M. Verpeaux, *Droit constitutionnel français*, 2^e éd., PUF, 2015, n° 333.

(6) V. not. B. Dondero, La réforme du droit des contrats, blog, 12 févr. 2016 ; D. Mainguy, JCP N 2016. Actu. 151 ; M. Mekki, *ibid.* N 2015. 1111.

(7) Selon l'expression de Guillaume Meunier *in* D. 2016. 416.

(8) R. Myriam, *in* Gaz. Pal. 8 mars 2016, n° 10, note : « Le nouvel art. 1105 dudit code – heureusement introduit suite aux craintes suscitées par la disparition, dans l'avant-projet, d'une disposition équivalente à l'art. 1107 du code version Napoléon – permet en effet de faire vivre le bon vieil adage "*Specialia generalibus derogant*". Soulagement ! »

(9) On notera toutefois que le titre III du livre troisième du code civil, consacré aux différentes manières dont on acquiert la propriété, est désormais intitulé « Des sources des obligations ». Il est suivi d'un titre IV intitulé « Du régime général des obligations » et d'un titre IV bis dédié à « la preuve des obligations ». Le titre III débute par trois articles préliminaires, introduits à la faveur des discussions et amendements postérieurs à la publication du projet le 25 févr. 2015, rappelant les différences sources possibles des obligations. Mais ce n'est qu'au titre des « Dispositions liminaires » du chapitre premier du sous-titre I dédié au contrat que débute l'énoncé de règles novatrices pouvant impacter les contrats spéciaux.

(10) V. Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016, JO 11 févr. 2016, texte n° 25 ; G. Cuniberti, La faible attractivité internationale du droit français des contrats, *in* *Les relations privées internationales*, Mélanges B. Audit, LGDJ, 2014, p. 253.

ment applicables, opère des modifications d'importance sur la portée desquelles on peut s'interroger¹³. La sécurité juridique, inscrite comme un objectif de l'ordonnance selon le rapport qui l'accompagne, est parfois contredite par la seconde finalité recherchée qu'est la justice contractuelle. Dans l'attente d'années d'interprétations, de débats judiciaires et de commentaires qui témoigneront du sens exact de la réforme¹⁴, nous tenterons de rendre compte des principales innovations du droit des contrats pouvant intéresser la pratique des transactions immobilières, sans prétendre à l'exhaustivité.

Ces innovations concernent au premier chef le processus de formation du contrat. Elles intéressent également, à des degrés divers, la formation et l'exécution de celui-ci. Chacune de ces périodes est dominée par les principes de liberté contractuelle¹⁵, de force obligatoire et de bonne foi qui font l'objet de dispositions liminaires. Ces dernières visent à faciliter l'interprétation des règles applicables au contrat, sans pour autant constituer des dispositions supérieures à celles qui suivent¹⁶. Toutefois, tandis que les contrats légalement formés tiennent toujours lieu de loi à ceux qui les ont faits¹⁷ et que la liberté contractuelle ne permet pas plus qu'hier de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public¹⁸, la bonne foi, dont la présence doit guider la négociation, la formation et pas seulement l'exécution des contrats¹⁹, est affirmée d'ordre public²⁰. L'ordonnance prend ainsi partie pour une dimension éthique du rapport contractuel, unissant « le souffle de la morale et celui de la liberté », selon la formule de M. Cornu²¹, au moment tant de sa formation que de son exécution.

■ Le processus de formation du contrat

Le code civil ignorait la période préparatoire à la formation du contrat, qu'elle fût ou non contractuelle,

laissant aux juges la charge d'en préciser les contours. Cette carence est comblée avec l'introduction au sein de code Napoléon d'une section consacrée à la conclusion du contrat regroupant les règles applicables aux phases précontractuelle et contractuelle préparatoire du contrat définitif, leur donnant ainsi plus de lisibilité tout en restreignant la liberté de cette période.

La période précontractuelle

La période reste dominée par le principe de libre rupture²², mais cette liberté n'est effective qu'en présence de personnes agissant de bonne foi. Cette dualité de principes, liberté et bonne foi, domine tant les négociations que l'expression et la rencontre des volontés.

Les négociations

Le principe de bonne foi. Le principe de bonne foi lors des négociations est rappelé à l'article 1112 du code civil, tout comme celui de liberté. Mais nulle définition de la bonne foi n'est précisée et l'on peut hésiter à se référer soit à la manière d'exécuter une obligation préexistante, soit à la matière d'une obligation préexistante. Poly-sémique, la bonne foi peut en effet tout aussi bien correspondre à une ignorance légitime qu'à une volonté collaborative.

Jusque-là, la jurisprudence retenait volontiers l'abus de la liberté de ne pas contracter afin de sanctionner certains comportements excessifs au cours de cette période précontractuelle²³. En visant la bonne foi, le nouveau libellé du code civil ne devrait-il pas conduire à une limitation de cette jurisprudence ? La mauvaise foi implique une intention que la légèreté fautive ne dissimule pas. La liberté de l'initiative, du déroulement et de la rupture des pourparlers ne devrait donner lieu à sanction qu'en présence d'une déloyauté caractérisée, de la violation d'un devoir de comportement nécessairement extérieur au contrat.

La violation de ce devoir, que les « parties ne peuvent ni limiter, ni exclure »²⁴, peut conduire tant à l'annulation du contrat, lorsqu'elle dissimule un dol, qu'à la mise en cause de la responsabilité délictuelle de son auteur.

Cette dernière est seule envisagée au stade des négociations, mais elle l'est doublement.

Bonne foi et informations confidentielles. Les négociations ne doivent, tout d'abord, pas être l'occasion pour une partie de détourner des informations confidentielles qui lui auraient été confiées. Inspiré du projet Terré²⁵, l'article 1112-2 nouveau du code civil consacre la jurisprudence qui impose aux participants, en l'absence de contrats de pourparlers obligeant à la confidentialité, un devoir de réserve. Dispensera-t-il de la rédaction de contrats encadrant les négociations ? On peut le penser dans la mesure où son champ d'application est plus vaste que celui envisagé par le projet d'ordonnance qui ne visait que l'utilisation sans autorisation d'une information confidentielle. En interdisant la divulgation comme l'utilisation de telles informations, le nouveau texte envisage tant les situations contractuellement encadrées que celles qui ne le sont pas. Dès lors que l'autorisation d'utilisation ou de divulgation n'est pas accordée, celui qui utilise ou divulgue engage sa responsabilité, dans les conditions de droit commun, alors même que le contrat ne serait pas conclu.

Bonne foi et devoir d'information. Le nouvel article 1112-1 du code civil consacre, ensuite, un devoir d'information précontractuelle dont il définit précisément les contours.

Ainsi, au-delà des obligations spécifiques d'information, plus que nombreuses en matière de vente immobilière, le code civil, reprenant en cela les solutions jurisprudentielles, impose une obligation

La bonne foi peut tout aussi correspondre à une ignorance légitime qu'à une volonté collaborative.

(11) Selon la célèbre formule de J.-E.-M. Portalis, Discours préliminaire sur le projet de code civil présenté le 1^{er} pluviôse an IX, rappelée par M. Mekki, *in* JCP N 2015, n° 1236, § 1.

(12) V. l'expression de Ph. Dupichot, *in* Le droit des contrats doit renouer avec sa tradition civiliste, Village-justice, 16 févr. 2016.

(13) V. N. Molfessis, JCP 2016. Actu. 180 ; L. Leveneur, *ibid.* N 2015. 1236.

(14) V. D. Mainguy, préc.

(15) Principe à la valeur constitutionnelle affirmée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 13 juin 2013, n° 2013-672.

(16) V. Rapport au président de la République, préc., note 8.

(17) V. C. civ., nouv. art. 1103, reprenant largement la règle formulée à l'actuel art. 1134, al. 1^{er}, du code civil.

(18) C. civ., art. 1102, al. 2.

(19) Comme l'avait déjà admis la jurisprudence.

(20) C. civ., nouv. art. 1104, reprenant en cela les propositions de réforme présentées sous l'égide de l'association Henri-Capitant des amis de la pensée juridique française et de la Société de législation comparée, mais également celles du projet Terré.

(21) Préface *in* Le droit contemporain des contrats, Economica, 1987, p. I.

(22) Précédemment affirmé en jurisprudence. V. not. Com. 4 mai 2010, n° 09-14.415.

(23) V. not. Com. 20 mars 1972, RTD civ. 1972. 779, note G. Dury ; Civ. 3^e, 28 juin 2006, visant l'attitude de l'auteur d'une rupture de pourparlers au cours de cette période ; Civ. 3^e, 3 oct. 1972.

(24) C. civ., nouv. art. 1112-1, al. 5.

(25) Art. 25 du projet Terré.

de parler au contractant. Sans égard pour la qualité des parties, l'ordonnance se réfère aux connaissances de celles-ci. Le texte ne vise que la connaissance d'une information et les caractères de celle-ci appréciés de part et d'autre. Celui qui sait doit communiquer ce qui est de nature à déterminer le consentement de l'autre dans la mesure où ce dernier est dans une situation d'ignorance légitime ou de confiance vis-à-vis de son cocontractant. Cette dernière peut-elle être sans limite ? Plusieurs règles permettent d'en douter. La première tient au fait que la charge de la preuve de l'obligation d'informer pèse sur celui qui se prétend victime d'un défaut d'information, conformément au droit de la preuve. Lorsque la victime prétendra qu'elle était créancière d'une information, elle devra établir l'existence de cette créance et c'est alors que le débiteur devra prouver qu'il a fourni l'information en cause. Quand il aura été prouvé qu'une information était due ou connue du seul débiteur, il faudra encore apprécier si celle-ci a un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Ainsi, la présence d'un rapport de confiance ne peut légitimer toute ignorance. Elle facilitera simplement la preuve d'une créance informative liée au rapport préexistant. C'est ainsi que le mandataire professionnel est tenu d'une obligation d'information et de conseil relativement aux modalités ou à l'opportunité de l'acte juridique envisagé. Aussi le rédacteur d'un acte de prêt manquera-t-il à son obligation d'information s'il ne vérifie pas l'état des inscriptions et la valeur de la garantie stipulée au profit du prêteur²⁶.

L'objet de l'obligation précontractuelle d'information est également précisé, dans la continuité des solutions judiciaires. Le devoir d'information « ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation »²⁷. On retrouve ici la solution admise en jurisprudence selon laquelle les parties n'ont pas d'obligation d'informer leur interlocuteur relativement à la valeur de la chose objet de leurs négociations²⁸. On devrait en conséquence admettre que le défaut de

renseignement sur la valeur d'un bien ne saurait davantage participer d'une réticence dolosive que d'une erreur. Pourtant, l'erreur sur une telle valeur ne vicie-t-elle pas le consentement²⁹ selon le nouvel article 1139 du code civil qui énonce clairement que l'erreur qui résulte d'un dol « est une

cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ».

Il semble que les rédacteurs de l'ordonnance, en dissociant devoir d'information et dol par réticence, ont souhaité en désolidariser les régimes. Ainsi les manœuvres dolosives peuvent-elles conduire à une erreur sur la valeur quand bien même la victime de cette erreur ne bénéficierait pas d'une créance informative³⁰. La jurisprudence *Baldus* se trouve ainsi condamnée et l'acquéreur ne pourra plus garder intentionnellement sous silence une information telle celle relative à la valeur du bien vendu dès lors qu'il sait cette information déterminante pour le vendeur.

Ainsi, le marchand de biens qui acquiert dans l'intention de revendre avec un bénéfice pourrait se voir reprocher de ne pas avoir porté à la connaissance de son vendeur la valeur estimée du bien ainsi acquis, non pas au titre d'un devoir d'information, mais en raison du fait que ce comportement est constitutif d'un dol.

On ne saurait, toutefois, confondre devoir de contracter de bonne foi et réticence dolosive. Hors de toute obligation précontractuelle d'information et de manœuvres dolosives, le devoir de contracter de bonne foi impose de révéler à son partenaire de négociation des informations variables suivant les circonstances. Il impose, en effet, un devoir de transparence d'ordre public en amont de tout échange des consentements, dont la Cour de cassation a déjà admis l'existence et sanctionné le non-respect sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Le futur article 1112-1 du code civil s'inscrit dans cette lignée. La bonne foi, érigée en norme générale de compor-

tement, s'impose indépendamment de la qualité de contractant.

Toutefois, la réparation du préjudice résultant de cette faute « ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu »³¹. Cette limitation, déjà admise en jurisprudence³², cantonne le préjudice réparable aux frais occasionnés par la négociation et aux études préalables auxquelles les parties peuvent avoir recours. On retrouve cette même limite en cas de rétractation de l'offre, situation également marquée par l'absence de lien contractuel.

L'offre et l'acceptation

L'introduction de l'offre et de l'acceptation dans le code civil ne peut qu'être saluée en ce qu'elle est l'occasion de précisions et de choix de solutions attendues par la pratique.

La force juridique de l'offre. L'offre, qui se caractérise toujours par sa fermeté, sa précision et son absence d'équivoque, est clairement placée sous le signe de la liberté contractuelle. Elle peut ainsi être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire³³, qu'elle ait ou non été assortie d'un délai. Une fois parvenue à son destinataire, elle ne peut être retirée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, avant l'expiration d'un délai raisonnable (qui reste à l'appréciation souveraine des juges du fond). Mais la rétractation de l'offre, assortie ou non d'un délai, en violation de ces règles, ne peut former le contrat. L'affirmation, qui n'est pas unanimement admise³⁴, a le mérite de mettre fin aux hésitations auxquelles la reconnaissance d'une valeur juridique propre à l'offre pouvait donner lieu. Elle trouve son prolongement dans la disposition de l'alinéa second du nouvel article 1117 du code civil qui assèche les discussions doctrinales et met fin à l'absence de jurisprudence clairement arrêtée sur les questions du sort de l'offre en cas de décès ou d'incapacité de l'offrant. Ces deux événe-

Les rédacteurs de l'ordonnance, en dissociant devoir d'information et dol par réticence, ont souhaité en désolidariser les régimes.

(26) En ce sens, Civ. 1^{re}, 5 févr. 1991, Bull. civ. I, n° 46.

(27) C. civ., nouv. art. 1112-1, al. 2.

(28) V. jurisprudence *Baldus* : Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, D. 2002. 928, obs. O. Tournafond ; RTD civ. 2000. 566, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP 2001. II. 10510 : ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

(29) Not. Civ. 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, D. 2007. 1051, note D. Mazeaud ; *ibid.* 1054, note P. Stoffel-Munck ; *ibid.* 2966, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; AJDI 2007. 416, obs. S. Bigot de la Touanne ; RTD civ. 2007. 335, obs. J. Mestre et B. Fages. C. civ., nouv. art. 1136.

(30) En ce sens : O. Deshayes, hors-série RDC févr. 2016, La réforme des contrats : quelles innovations.

(31) C. civ., nouv. art. 1112, al. 2.

(32) Arrêt *Manoukian* : Com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243, D. 2004. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne ; *ibid.* 2922, obs. E. Lamazerolles ; Rev. sociétés 2004. 325, note N. Mathy ; RTD civ. 2004. 80, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 85, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP 2004. I. 163, p. 1632, obs. G. Viney ; jurisprudence confirmée par Civ. 3^e, 28 juin 2006, n° 04-20.040, D. 2006. 2963, note D. Mazeaud ; *ibid.* 2638, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2006. 754, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 770, obs. P. Jourdain ; 3 juin 2009, n° 08-16.813.

(33) C. civ., nouv. art. 1115 et 1116 ; V. Civ. 3^e, 10 mai 1989, n° 87-18.130, D. 1990. 365, note G. Virassamy ; *ibid.* 37, obs. E.-N. Martine ; *ibid.* 1991. 317, obs. J.-L. Aubert ; *ibid.* 1993. 236, chron. D. R. Martin ; RTD civ. 1990. 64, obs. J. Mestre ; *ibid.* 69, obs. J. Mestre.

(34) V. T. Genicon, RDC 2008. 1109 ; Civ. 3^e, 7 mai 2008, n° 07-11.690, D. 2008. 1480, obs. G. Forest ; *ibid.* 2965, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *ibid.* 2009. 440, chron. M.-L. Mathieu-Izorce ; RTD civ. 2008. 474, obs. B. Fages ; JCP N 2008. Actu. 459.

ments rendent l'offre caduque, qu'elle ait ou non été assortie d'un délai³⁵. Si la solution est discutable³⁶, elle a le mérite d'éviter toute incertitude inhérente à la présence ou à l'absence d'un délai de maintien de l'offre, en cas de déclaration d'intention d'aliéner par exemple³⁷. Autre est l'hypothèse où la loi impose à l'offrant de maintenir son offre dans un délai donné. Une telle offre, telle celle formulée par l'organisme prêteur en matière de crédit immobilier, est irrévocable pendant le délai légal de trente jours³⁸.

L'acceptation. Tout comme l'offre, l'acceptation peut être rétractée à condition que cette rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation elle-même³⁹. Dans le cas contraire, le contrat sera formé par la rencontre de l'offre et de l'acceptation, au lieu de sa réception par l'offrant⁴⁰. L'ordonnance opte, en effet, pour le système dit de la réception afin de déterminer le lieu et le moment de la formation des contrats entre non-présents, système qui avait la préférence de la Cour de cassation depuis 2011⁴¹.

On notera, ici, que la solution retenue pourrait conduire à certaines attitudes déloyales. En effet, si l'offrant, informé de l'acceptation, se rétracte avant que celle-ci ne lui soit parvenue, le contrat ne devrait pas pouvoir se former, faute de rencontre des volontés suivant le système de la réception. La bonne foi devant dominer cette période précontractuelle, le juge ne pourrait-il pas condamner une telle pratique ?

L'ordonnance rappelle que la loi ou le contrat lui-même peuvent prévoir un délai de réflexion, avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation, ou un délai de rétractation, avant l'expiration duquel le bénéficiaire peut rétracter son consentement, sans engager sa responsabilité. On connaît bien ces délais en matière de vente immobilière et de crédit. L'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation pour la vente d'un logement à un non-professionnel et l'article L. 312-10 du code de la consommation pour

le prêt immobilier ne seront donc qu'une expression particulière d'une règle de droit commun. Contrairement au projet d'ordonnance, le futur article 1122 du code civil ne précise pas que le bénéficiaire du délai de rétractation peut se rétracter sans avoir à fournir de motif. La période étant également dominée par la bonne foi, les juges pourront-ils reprocher à la partie qui se rétracte ou qui ne s'engage pas à l'issue du délai de réflexion qui lui est accordé de ne pas invoquer un juste motif ? Telle ne semble pas avoir été la finalité du texte qui vise seulement à une plus grande intelligibilité du droit des contrats⁴².

Dans le même esprit, la sous-section 4 de la section consacrée à la conclusion du contrat reprend les particularités inhérentes à l'utilisation de la « voie électronique ».

L'ordonnance se contente, pour l'essentiel, de reprendre les dispositions introduites au sein du code civil par l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 transposant la directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000, et auxquelles font écho certaines dispositions du droit spécial de la vente immobilière. C'est ainsi que l'article L. 721-2 du CCH, modifié par l'ordonnance n° 2015-1075 du 27 août 2015, qui admet la remise des documents destinés à l'information de l'acquéreur d'un lot ou d'une fraction de copropriété d'un immeuble à usage total ou partiel d'habitation « sur tous supports et par tous moyens, y compris par un procédé dématérialisé sous réserve de l'acceptation expresse par l'acquéreur », trouve son pendant dans les articles 1125 et 1126 nouveaux du code civil. Cette pratique devrait pouvoir être étendue aux informations que le prêteur de deniers doit communiquer à l'emprunteur en suite de la modification des dispositions inhérentes à l'information de ce dernier introduites par l'ordonnance n° 2016-251 du 25 mars 2016.

Les contrats préparatoires

Les avant-contrats que sont le pacte de préférence et la promesse unilatérale de vente font aussi leur entrée dans le code civil au titre de la formation du contrat. On regrettera de ne pas y trouver d'autres avant-contrats tel l'accord de principe que le projet Terré comme l'avant-projet Catala proposaient de reconnaître. Un tel contrat préparatoire a une importance particulière en matière de vente d'immeuble lorsque les deux parties s'accordent sur le principe de la vente et ses conditions essentielles tout en conditionnant leur engagement définitif dans le contrat préparé à la réalisation d'un événement à venir. Sans doute l'ordonnance

a-t-elle souhaité abandonner ce type d'accord au droit des contrats spéciaux⁴³. Or, en matière de transactions immobilières, ce type de contrat procède uniquement de la pratique que les tribunaux ont volontiers accueillie. Un appui législatif eut-été bien venu.

La promesse synallagmatique aurait également pu faire son apparition aux côtés des avant-contrats, tant il est fréquent qu'elle se différencie de l'acte préparé en raison des diverses modalités qui l'affectent généralement⁴⁴.

La sécurité juridique des avant-contrats en sortira, toutefois, partiellement renforcée sans pour autant que soit mis fin à toutes les interrogations liées aux nouveautés dont elle est assortie.

Le pacte de préférence. Le pacte de préférence est défini, sans surprise, comme un « contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter »⁴⁵. Aucune modification de sa pratique ne devrait en résulter. Il reste un contrat distinct de celui préparé, qui n'est qu'éventuel, et peut concerner tous types d'opérations. Faisant simplement naître un droit de priorité en vue de la réalisation de l'opération projetée, il n'a pas à respecter les conditions de réalisation de celle-ci⁴⁶.

Le nouvel article 1122 du code civil ne précise pas que le bénéficiaire du délai de rétractation peut se rétracter sans avoir à fournir de motif.

(35) Contrairement à ce qu'admettait la Cour de cassation dans sa dernière position : Civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 13-16.529, D. 2014. 1574, note A. Tadros ; *ibid.* 1715, chron. I. Darret-Courgeon et I. Guyon-Renard ; *ibid.* 2015. 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; AJ fam. 2014. 509, obs. C. Vernières ; RTD civ. 2014. 877, obs. H. Barbier. *Contra* : Civ. 3^e, 10 mai 1989, n° 87-18.130, Bull. civ. III, n° 109. ???.

(36) V. not. S. Pimont, RDC 2015. 743.

(37) Dans un tel cas, la jurisprudence considère que le délai offert à la commune pour préempter est un délai accordé au bénéficiaire de l'offre afin de formuler son acceptation, mais non imposé à l'offrant. En ce sens : Civ. 3^e, 17 sept. 2014, n° 13-21.824, AJDA 2014. 1800 ; D. 2014. 1874 ; *ibid.* 2015. 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; RTD civ. 2014. 879, obs. H. Barbier ; CCC 2014, comm. 265, note L. Leveneur.

(38) V. art. L. 312-10 C. consom.

(39) C. civ., nouv. art. 1118, qui en donne également une définition.

(40) C. civ., nouv. art. 1121. V. Civ. 3^e, 16 juin 2011, n° 09-72.679, D. 2011. 2260, note N. Dissaux ; *ibid.* 2012. 459, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki ; *contra* : 17 sept. 2014, n° 13-21.824, AJDA 2014. 1800 ; D. 2014. 1874 ; *ibid.* 2015. 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; RTD civ. 2014. 879, obs. H. Barbier.

(41) Civ. 3^e, 16 juin 2011, n° 09-72.679, D. 2011. 2260, note N. Dissaux ; *ibid.* 2012. 459, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki ; JCP N 2011. 1273, note J.-J. Barbieri ; *ibid.* 2011. 1016, obs. Y.-M. Sérinet ; *contra* : Com. 7 janv. 1981, n° 79-13.499, Bull. civ. IV, n° 14.

(42) V. Rapport au président de la République, préc.

(43) V. P.-Y. Gautier, *Morceaux de code* : D. 2015. 1112.

(44) En ce sens égal. : M. Mekki et Th. Semere, JCP N 2015, n°1208.

(45) C. civ., nouv. art. 1123.

(46) Déjà en ce sens : Civ. 3^e, 15 janv. 2003, n° 01-03.700, D. 2003. 1190, et les obs., note H. Kenfack ; AJDI 2003. 702, obs. F. Cohet-Cordey.

Afin d'affermir sa force obligatoire, on pensait voir arriver un changement des conditions de sanction du non-respect de l'engagement du promettant. Jusqu'ici, la Cour de cassation se contentait d'admettre l'engagement de la responsabilité du promettant qui ne respectait pas ce droit de priorité, sauf, pour son bénéficiaire, à démontrer l'existence d'une collusion frauduleuse⁴⁷. La preuve de cette dernière, que l'on pouvait qualifier de diabolique, permettait, au choix du créancier, d'obtenir la nullité du contrat ou sa substitution dans les droits du tiers acquéreur, sans préjudice d'une allocation de dommages-intérêts.

Le projet d'ordonnance maintenait ces trois types de sanctions tout en allégeant les conditions de leur prononcé puisqu'il se contentait de la mauvaise foi du tiers contractant pour retenir la nullité ou la substitution du bénéficiaire. Hélas, l'ordonnance revient sur cette rédaction et prévoit, outre la mise en cause de la responsabilité du promettant en cas de violation du pacte de préférence, uniquement « lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu »⁴⁸.

Sans doute s'est-il agi de distinguer la force obligatoire du pacte de préférence de celle de la promesse unilatérale. Il pouvait, en effet, paraître anormal que le pacte de préférence puisse conduire à la formation du contrat envisagé au profit du bénéficiaire en présence de la formation d'un contrat avec un tiers en violation de ses droits (en cas de substitution si mauvaise foi), tandis que la violation de l'engagement du promettant dans le cadre d'une promesse unilatérale avec mauvaise foi du tiers contractant ne peut conduire qu'à des dommages-intérêts, outre la nullité du contrat frauduleux.

Tout en érigeant en principe la solution jurisprudentielle, l'ordonnance introduit une action interrogatoire au profit du tiers afin de sécuriser l'opération qu'il entend réaliser. Ce dernier se voit accorder la

faculté d'interroger le bénéficiaire du pacte quant à son existence et à son intention de s'en prévaloir. L'absence de réponse de celui-ci dans un délai raisonnable, fixé par le tiers demandeur, lui ferme les voies de l'action en nullité et de celle en substitution. Restera donc

seule ouverte l'action en responsabilité. On peut considérer que cette dernière sera alors limitée au promettant.

Qu'advient-il en cas de non-usage de cette action interrogatoire du tiers ? Dans la mesure où cette dernière n'a pas de caractère obligatoire, on ne saurait lui reprocher de ne pas l'avoir utilisée. Toutefois, l'absence d'interrogation du bénéficiaire n'est-elle pas de nature à caractériser la mauvaise foi du tiers ? Pourra-t-on en déduire qu'il n'a pas souhaité respecter le droit de priorité du bénéficiaire ? L'action interrogatoire, de pure faculté, ne devrait pas permettre de caractériser la bonne ou la mauvaise foi du tiers. L'absence d'exercice de cette action laissera simplement planer une incertitude sur la validité de l'opération conclue en violation des droits du bénéficiaire, qui pourra toujours démontrer que le tiers avait connaissance du pacte ainsi que de son intention de s'en prévaloir. Sans cette double preuve, il devra se contenter d'une action en responsabilité tant contre le promettant, sur un fondement contractuel, qu'à l'encontre du tiers, sur un fondement délictuel, si sa connaissance du pacte est établie.

Conseil

Les rédacteurs d'actes ne peuvent que vivement conseiller la mise en œuvre de cette action, sous peine de voir leur responsabilité engagée, dans la mesure où son absence peut menacer l'efficacité juridique de l'acte rédigé. Les conditions formelles de mise en œuvre de cette action n'étant pas précisées, il leur appartiendra de les imaginer.

L'absence d'interrogation du bénéficiaire n'est-elle pas de nature à caractériser la mauvaise foi du tiers ?

On relèvera que la réserve liée à la présence d'une clause de confidentialité, envisagée par le projet d'ordonnance, disparaît heureusement de la version adoptée. Permettre au bénéficiaire de ne pas répondre à l'interpellation du tiers en présence d'une telle clause rendait, en effet, ce mécanisme sans grand intérêt et risquait de voir lesdites clauses se généraliser.

L'introduction de l'alternative offerte au bénéficiaire de demander la nullité ou sa substitution au tiers acquéreur ne peut qu'être saluée tant il paraissait juridiquement improbable que la substitution dans un acte nul puisse se réaliser⁴⁹.

La promesse unilatérale. La promesse unilatérale de contrat est également définie par le nouveau texte, dans la continuité de ce qu'admettaient la doctrine et la jurisprudence. Contrat « par lequel une partie, le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, le droit, pendant un certain temps, d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire »⁵⁰, la promesse unilatérale se caractérise par le fait que le promettant, en accordant au bénéficiaire un droit d'option, a d'ores et déjà donné son consentement à la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés (et déterminables sans doute). La reconnaissance de cette faculté d'option reste un élément de qualification essentiel de cet avant-contrat⁵¹, tout comme la détermination des éléments essentiels du contrat préparé.

Contredisant la Cour de cassation qui refusait de condamner autrement que par une allocation de dommages-intérêts le promettant qui ne respectait pas son engagement, l'ordonnance redonne à cet avant-contrat l'efficacité juridique qu'il avait perdue⁵².

En disposant que « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis », le nouvel

(47) Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, D. 2006. 1861, note P.-Y. Gautier, note D. Mainguy ; *ibid.* 2638, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; AJDI 2006. 667 ; RTD civ. 2006. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; Rev. sociétés 2006. 808, note J.-F. Barbieri (qui estime que la démonstration de la connaissance de l'intention du bénéficiaire de la préférence de se prévaloir de celle-ci serait un ton au-dessus de la preuve d'une collusion frauduleuse, cette dernière s'entendant seulement d'une commune volonté de porter atteinte à un droit, sans que l'on sache vraiment si le titulaire de ce droit avait l'intention d'en faire usage) ; Civ. 1^{re}, 11 juill. 2006, n° 03-18.528, D. 2006. 2510, note P.-Y. Gautier ; *ibid.* 2638, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; AJDI 2007. 226, obs. F. Cohet-Cordey ; RTD civ. 2006. 759, obs. J. Mestre et B. Fages.

(48) C. civ., nouv. art. 1123, al. 2.

(49) En ce sens not. : N. Dissaux et C. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats*, commentaire article par article, supplément du Code civil, éd. Dalloz 2016.

(50) C. civ., nouv. art. 1124, al. 1^{er}.

(51) V., p. ex. : Civ. 3^e, 4 juill. 2007, n° 06-16.238 ; Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, n° 09-65.673, D. 2012. 459, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki ; AJ fam. 2011. 160, obs. P. Hilt ; RTD civ. 2011. 111, obs. J. Hauser ; *ibid.* 346, obs. B. Fages ; *ibid.* 379, obs. B. Vareille ; Civ. 3^e, 8 févr. 2011, n° 10-10.408.

(52) Civ. 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, D. 1994. 507, note F. Bénac-Schmidt ; *ibid.* 230, obs. O. Tournafond ; *ibid.* 1995. 87, obs. L. Aynès ; AJDI 1994. 384 ; *ibid.* 351, étude M. Azencot ; *ibid.* 1996. 568, étude D. Stapylton-Smith ; RTD civ. 1994. 584, obs. J. Mestre ; Defrénois 1994, art. 35845, n° 61, obs. P.-H. Delebecque ; JCP 1995. II. 22366, note D. Mazeaud. Dans le même sens : Com. 13 sept. 2011, n° 10-19.526, D. 2012. 130, note A. Gaudemet ; *ibid.* 231, chron. N. Molfessis ; *ibid.* 459, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki ; Rev. sociétés 2012. 22, note B. Fages ; RTD civ. 2011. 758, obs. B. Fages ; RTD com. 2011. 788, obs. B. Bouloc.

article 1124 du code civil consacre en effet, dans son alinéa second, la portée de l'engagement du promettant. Ce dernier a définitivement consenti au contrat préparé dans le contrat de promesse unilatérale, pour un temps donné (fixé par contrat ou lié au délai de prescription de droit commun⁵³), et ne saurait, de par sa seule volonté, priver cet acte juridique de sa force obligatoire.

Certains considèrent que l'on pourrait voir ici une atteinte disproportionnée au principe de liberté contractuelle et qu'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est à prévoir s'agissant de la conformité de cette disposition à la Constitution⁵⁴. Pourtant, le promettant a librement consenti à limiter sa liberté de contracter dans le contrat de promesse. Il est d'ores et déjà engagé et doit respecter cet engagement. Le nouveau texte s'appuie sur cette évidence que nombre d'auteurs ayant critiqué la jurisprudence *Cruz* n'hésitaient pas à rappeler. Les rédacteurs de promesses unilatérales seront ainsi dispensés de prévoir dans leur acte une clause d'exécution forcée en nature⁵⁵.

En écho avec la suppression de la distinction des obligations de faire, ne pas faire ou donner et avec la possibilité nouvellement offerte par l'article 1217 du code civil à toute partie de poursuivre l'exécution forcée en nature, après mise en demeure de son débiteur, le texte ne fait pas cas de la nature de l'engagement du promettant. Toutefois, l'article 1221 du même code réserve l'hypothèse d'une exécution impossible et, nouvellement, celle « d'une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ».

La pratique consistant à prévoir contractuellement l'exécution forcée du contrat de promesse n'est donc pas totalement conduite à disparaître tout comme pourrait apparaître celle consistant à l'exclure si l'on considère que les futurs articles 1217 et 1221 du code civil ne sont pas d'ordre public. Aussi la convention

pourrait-elle repousser toute limitation d'une exécution en nature, possible, en raison du coût engendré par celle-ci pour son débiteur. Reste l'utilité des clauses pénales, voire de dédit. Ces dernières ne devront toutefois être envisagées que dans la mesure où les parties acceptent par avance de voir le contrat ne pas être exécuté par la faute d'une partie qui, en conséquence, devra s'acquitter d'une somme prédéterminée pour se libérer.

La rétractation tacite de l'engagement du promettant par conclusion d'un contrat en violation de la promesse unilatérale est sanctionnée par la nullité dès lors que le tiers contractant en connaissait l'existence⁵⁶. La solution est heureuse. Elle laisse néanmoins une difficulté et une interrogation.

Une difficulté : comment établir cette connaissance ? On sait que la publicité foncière d'un tel avant-contrat ne permet pas de constituer les tiers de mauvaise foi dans la mesure où elle n'est que facultative (Décr. n° 55-22, 4 janv. 1955)⁵⁷. Elle ne sert qu'à l'information des usagers. Tant que l'option n'est pas levée, le bénéficiaire ne dispose que d'un droit purement personnel et mobilier⁵⁸. Cette publicité a tout de même le mérite d'attirer l'attention du rédacteur d'acte, qui ne manquera pas d'informer les parties à l'acte de vente. Aussi, l'acquéreur éventuel sera informé de l'existence de la promesse. Mais cela ne suffira pas à protéger le bénéficiaire dès lors que cette connaissance est acquise postérieurement à la formation du contrat. En effet, seul le contrat conclu en violation d'une promesse connue au jour de sa formation peut être annulé. Pour autant, le rédacteur d'acte qui aura connaissance de cet avant-contrat peut-il recevoir l'acte définitif sans risquer de voir sa responsabilité engagée ?

À défaut de prouver cette connaissance, le bénéficiaire ne peut qu'obtenir une allocation de dommages-intérêts à la charge du promettant, fautif de ne pas avoir respecté son obligation contractuelle.

Une interrogation : l'annulation du contrat permettra-t-elle au bénéficiaire de lever l'option ? Si l'on se rapproche des solutions admises en cas d'annulation de la décision de préemption pour une opération ayant donné lieu à la formation d'un contrat de promesse unilatérale⁵⁹, la réponse est : oui, mais.

Conseil

Ce « mais » conduit à conseiller au bénéficiaire qui agirait en nullité à lever l'option dans l'attente du prononcé de celle-ci afin d'éviter que l'expiration du délai d'option au jour de ce prononcé n'empêche de constater la rencontre des volontés formant le contrat préparé.

En effet, le promettant ne pouvant revenir sur sa volonté définitive de contracter, dès lors que l'option est levée dans le délai imparti au bénéficiaire pour se faire, malgré la vente à un tiers, l'annulation de celle-ci, en raison de sa rétroactivité, permettra la formation du contrat définitif.

Ainsi, la rétractation tant expresse que tacite par vente à un tiers ne saurait nier la faculté d'option offerte au bénéficiaire. Mais seule la levée de celle-ci dans le délai d'option permettra de le transformer en acquéreur.

Véritable droit, et non pas simple faculté, le sort de l'option est conditionné par la seule attitude du bénéficiaire. Doit-on considérer que la jurisprudence qui a pu voir dans la stipulation d'une indemnité d'immobilisation consécutrice une cause de requalification du contrat de promesse unilatérale en promesse synallagmatique est obsolète ? Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 1^{er} décembre 2010 avait ouvert la voie. Le libellé de l'article 1124 du code civil est clair en ce sens⁶⁰. La promesse unilatérale est caractérisée par la reconnaissance d'un droit d'opter pour la conclusion d'un contrat. Dès lors que ce droit existe, la promesse ne saurait être requalifiée en synallagmatique, quelle

(53) Sauf à mettre en demeure le bénéficiaire d'opter dans un délai raisonnable. V. Civ. 4 avr. 1949, D. 1949. 316.

(54) M. Fabre-Magnan, D. 2015. 826.

(55) Admise par Civ. 3^e, 27 mars 2008, n° 07-11.721, D. 2008. 2965, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2008. 475, obs. B. Fages.

(56) C. civ., nouv. art. 1124, al. 3. V. Civ. 10 avr. 1948, D. 1948. Jur. 421, note Lénoan ; JCP 1948. II. n° 4403, note J. Becquécq ; Civ. 1^{re}, 7 janv. 1960, Bull. civ. I, n° 15, qui a admis que la simple connaissance du droit d'option par l'acquéreur suffisait au prononcé de la nullité de la vente conclue en violation de ce droit, sans qu'il soit nécessaire qu'un concert frauduleux soit établi. La connaissance peut être établie par tous moyens. Nullité à laquelle on peut sans doute adjoindre des dommages et intérêts dus par le tiers fautif. V. Civ. 3^e, 8 juill. 1975, n° 73-14.486, Bull. civ. III, n° 249 ; Gaz. Pal. 1975. 2. Jur. 781.

(57) La promesse unilatérale qui peut être publiée en application de l'art. 37-1 du décret du 4 janv. 1955 n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 28-2. Civ. 3^e, 20 févr. 1979, n° 77-14.255, D. 1980. Jur. 613, note M. de La Marnière ; JCP 1980. II. 19376, note Dagot ; Civ. 3^e, 16 mars 1994, n° 91-19.797, D. 1994. 486, note A. Fournier ; RDI 1995. 144, obs. P. Delebecque et P. Simler ; M. Maury, JCP N 1994. I. 341.

(58) Civ. 1^{re}, 22 mars 1966, n° 64-10.751, Bull. civ. I, n° 203.

(59) V. Civ. 3^e, 22 sept. 2010, n° 09-14.817, Bull. civ. III, n° 171 : dès lors que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente sous condition suspensive du non-exercice d'un droit de préemption n'a pas levé l'option, l'annulation par la juridiction administrative de la décision de préemption ne lui confère aucun droit à l'annulation de la vente conclue entre le promettant et le titulaire du droit de préemption.

(60) Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, n° 09-65.673, D. 2012. 459, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki ; AJ fam. 2011. 160, obs. P. Hilt ; RTD civ. 2011. 111, obs. J. Hauser ; *ibid.* 346, obs. B. Fages ; *ibid.* 379, obs. B. Vareille ; RDC 2011. 420, obs. Y.-M. Laithier.

que soit l'importance de l'indemnité conventionnellement prévue. On réservera, toutefois, le cas des contrats d'adhésion au sein desquels la clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite⁶¹.

■ La formation du contrat

Les conditions de la formation régulière d'un contrat sont revisitées par l'ordonnance, tout comme les modalités de celle-ci, qui intéressent plus particulièrement les opérations immobilières.

Les conditions de formation du contrat

Méritent ici d'être signalées quelques dispositions nouvelles relatives à la validité du contrat ainsi qu'à la sanction du non-respect de ces règles.

La validité du contrat

Outre le consentement et la capacité des parties, la formation régulière d'un contrat suppose désormais un « contenu licite et certain ». L'éviction de la cause, plus formelle que réelle, ne révolutionne nullement la matière.

Le contenu du contrat. Le prix de la vente devra toujours être licite et déterminé, ou déterminable, hors le cas particulier des contrats de prestation de services et des contrats cadres⁶². Mais l'équivalence objective des prestations ne s'impose nullement. La lésion n'est pas plus qu'hier source de nullité, sauf, en matière de vente immobilière, à être de plus de sept douzièmes⁶³. De même, la vente consentie à prix illusoire ou dérisoire, soit à vil prix, sera toujours susceptible de nullité⁶⁴.

Le spectre de la cause continue toutefois à planer avec le nouvel article 1170 du code civil. Ce texte, de portée générale, fait écho à la jurisprudence *Chronopost et Faurecia 2*⁶⁵ en précisant que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Si une clause évasive de réparation peut relever de cette catégorie dès lors qu'elle prive l'obligation essentielle du débiteur de sa substance, la clause évasive de garantie des

vices cachés, par exemple, n'en relèvera qu'exceptionnellement. Il est clair qu'une telle clause introduit un déséquilibre dans les obligations des parties, mais elle ne privera l'obligation du vendeur de sa substance que dans la mesure où le vice non garanti conduit

à la destruction de la chose objet de son obligation. Réserve nous semble toutefois être faite des cas où le vendeur aura alerté l'acquéreur relativement aux risques de la chose par la fourniture de l'une de ces nombreuses informations dont il a la charge.

Différente doit être l'appréciation des clauses contenues dans un contrat d'adhésion. Pour ces derniers, ce sont les clauses créant un « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » qui seront réputées non écrites. Les clauses limitatives de réparation ou évulsives de garanties sont donc, ici, de nature à être évincées, tout comme les clauses pénales ou les clauses résolutoires⁶⁶.

Une gradation est ainsi introduite entre les contrats s'agissant de l'appréciation de leur contenu suivant les circonstances de leur formation⁶⁷, mais non de leur forme⁶⁸.

Si la vente d'immeuble, du moins en l'état, devrait échapper à la qualification de contrat d'adhésion⁶⁹ en ce que ses conditions générales sont le plus souvent débattues, le contrat de vente en l'état futur d'achèvement et le prêt immobilier rentreront plus

volontiers dans son champ. En regard des dispositions du droit de la consommation, le code civil affirme la nullité des stipulations créant un déséquilibre significatif. L'appréciation de celui-ci ne porte toutefois ni sur l'objet principal (la somme prêtée), ni sur l'adéquation du prix à la prestation (le taux pratiqué). Le déséquilibre n'est pas la lésion. Seules seront donc considérées les clauses encadrant les obligations des parties. Cette nouvelle disposition devrait permettre d'étendre la protection contre les clauses abusives ou excessives aux emprunteurs professionnels sans qu'aucune disposition contractuelle ne puisse l'écarter. Elle devrait également conduire à un toilettage des contrats de vente en l'état futur d'achèvement qui, très fréquemment, imposent à l'acquéreur un mandat confié au vendeur afin de lui permettre d'aménager les documents de la future copropriété suivant la réalisation de la construction dont il a la charge. Une telle clause, au même titre que les clauses résolutoires dissymétriques, non compensée par un quelconque avantage fourni à l'acquéreur, n'est-elle pas de nature à générer un déséquilibre significatif⁷¹ ?

De même, la clause limitative de responsabilité, pouvant être introduite dans les contrats de construction, restreignant les dommages-intérêts que le maître d'ouvrage peut recevoir, de nature à limiter les conséquences de la responsabilité contractuelle du constructeur quelles que soient les incidences de sa faute, créait, à l'évidence, un déséquilibre significatif que le droit de la consommation peut appréhender au titre des clauses abusives, tout comme le droit des contrats au titre du contenu du contrat.

Une interprétation restrictive de la notion de contrat d'adhésion permettra de circonscire l'insécurité juridique que ce pouvoir de toilettage offert au juge laisse planer sur le contrat.

[...]

(61) *V. infra.*

(62) Pour lesquels l'ordonnance consacre la jurisprudence issue des arrêts du 1^{er} déc. 1995 : Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, D. 1996. 13, concl. M. Jeol, note L. Aynès ; *ibid.* 1998. 1, chron. A. Brunet et A. Ghozi ; RTD civ. 1996. 153, obs. J. Mestre ; RTD com. 1996. 316, obs. B. Bouloc ; *ibid.* 1997. 1, étude M. Jeol ; *ibid.* 7, étude C. Bourgeon ; *ibid.* 19, étude C. Jamin ; *ibid.* 37, étude T. Revet ; *ibid.* 49, étude D. Ferrier ; *ibid.* 67, étude M. Pédamon ; *ibid.* 75, étude P. Simler.

(63) V. art. 1674 C. civ.

(64) C. civ., nouv. art. 1169.

(65) Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, D. 1997. 121, note A. Sériaux ; *ibid.* 145, chron. C. Larroumet ; *ibid.* 175, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 1997. 418, obs. J. Mestre ; *ibid.* 1998. 213, obs. N. Molfessis ; RTD com. 1997. 319, obs. B. Bouloc ; 29 juin 2010, n° 09-11.841, D. 2010. 1832, obs. X. Delpéché, note D. Mazeaud ; *ibid.* 1697, édito. F. Rome ; *ibid.* 2011. 35, obs. P. Brun et O. Gout ; *ibid.* 472, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2010. 555, obs. B. Fages.

(66) Dans la limite de ce que l'ordonnance prévoit pour l'une et l'autre de ces clauses au titre de l'inexécution du contrat.

(67) Dans un sens favorable à cette distinction : F. Chénédy, D. 2015. 1226 ; *id.* RDC 2015. 655 ; L. Gratton, D. 2016. 22 ; C. Witz, D. 2015. 2020.

(68) Il importe en effet peu que le contrat soit sous seing privé ou en la forme authentique.

(69) C. civ., nouv. art. 1110, al. 2. Contrats considérés par certains comme étant structurellement déséquilibrés. V. T. Revet, D. 2015. 1217.

(70) Qui ne peuvent se prévaloir des dispositions de l'art. L. 132-1 du code de la consommation.

(71) Pour une réponse affirmative, V. J.-M. Delpérier et G. Durand-Pasquier, JCP N 2015. 1209, spéc. n° 45.

L'éviction de la cause, plus formelle que réelle, ne révolutionne nullement la matière.



**L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime
du contrat de travail : renouvellement ou *statu quo* ?**

Par Lucas Bento de Carvalho, Université de Bordeaux

Article paru dans la RDT – avril 2016

Sur le même thème, voir également l'article de Yannick Pagnerre « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail » dans le numéro de septembre de la revue Droit social, p. 727.

CONTRATS

Sous la responsabilité de Gilles Auzero et Sébastien Tournaux,
Professeurs à l'Université de Bordeaux

L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime du contrat de travail: renouvellement ou *statu quo*?



Nourrie par d'importantes contributions doctrinales¹, la réforme tant attendue du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations vient d'être dévoilée par l'ordonnance du 10 février 2016². D'emblée, on remarquera que certaines de ses dispositions diffèrent de celles contenues dans le projet d'ordonnance présenté par la Chancellerie en 2015. La méthode de concertation initiée par la garde des Sceaux de l'époque, intégrant une large consultation publique, n'a sans doute pas été étrangère aux changements constatés. Fort de ces amendements, le futur droit des contrats aura-t-il une incidence sur le régime du contrat de travail?³

Au premier regard, on serait tenté de répondre par l'affirmative. L'autonomie du droit du travail n'est en effet pas synonyme d'autarcie⁴, et on sait que le contrat éponyme demeure soumis aux règles du droit commun⁵. Son régime emprunte ainsi, de manière plus ou moins explicite, aux mécanismes du Code civil, qu'il s'agisse, pour ne retenir que quelques exemples, des vices du consentement, de la force

majeure ou encore de l'exception d'inexécution. La législation spéciale ne se suffisant pas à elle-même⁶, le droit commun intervient alors pour combler les interstices que le droit spécial a négligé de remplir ou qu'il a délibérément laissés à l'application des règles générales⁷. En consacrant la figure du contrat d'adhésion⁸, tout en se dotant d'instruments permettant une immixtion renforcée du juge dans le contenu des contrats déséquilibrés⁹, le nouveau droit commun des contrats pourrait alors devenir plus attractif pour les branches du droit attachées à la régulation de rapports contractuels inégalitaires.

À l'opposé de ce mouvement d'attraction, la physiologie des relations entretenues par les deux ensembles invite toutefois à une attitude plus mesurée. Tout d'abord, parmi les nouveautés introduites par l'ordonnance¹⁰, nombre sont déjà connues du droit du travail: sur bien des points, la réforme ne fait ainsi que reprendre des solutions prétoriennes en vigueur¹¹. En outre, certains des mécanismes qui affichent un caractère inédit en droit commun sont déjà connus

(1) Citons l'Avant-projet Catala de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription (2005), le Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (2007) et le Rapport Terré de l'Académie des sciences morales et politiques pour une réforme du droit des contrats (2008).

(2) Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, A. Bénabent et L. Aynès, « Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu général », D. 2016. 434; D. Mainguy, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », JCP 2016. Actu. 151.

(3) Étant observé que la technique contractuelle occupe également une place importante au sein des relations collectives de travail, y compris en matière de droit syndical, v. G. Auzero, « Le syndicat-contrat », in *Mélanges Gaudu*, IRJS éditions, 2014, p. 255.

(4) V. G. Loiseau, « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », JCP S 2015. 55; M. Fabre Magnan, « La réforme du droit des contrats: quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », Sem. soc. Lamy 2016, n° 1715, p. 5.

(5) C. trav., art. L. 1221-1.

(6) F. Grua, « Les divisions du droit », RTD civ. 1992. 72.

(7) F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges Guyon*, Dalloz, 2003, p. 940.

(8) Art. 1171 de l'ordonnance, F. Chénéde, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », D. 2015. 1226, les modifications suggérées par l'auteur sur ce point ayant été reprises dans la version actuelle de la réforme.

(9) V. T. Revet, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés ». D. 2015. 1217.

(10) Qu'il s'agisse de prises de position inédites ou, plus simplement, de la consécration de certaines solutions jurisprudentielles.

(11) Comme par exemple avec l'obligation précontractuelle d'information dont la Cour de cassation fait application aussi bien en droit du travail qu'en droit commun.

du droit du travail¹², ce qui amène d'ailleurs à penser que la discipline peut parfois constituer une source d'inspiration pour l'évolution du droit des contrats¹³. Ensuite, le droit du travail fait montre d'une autonomie singulière qui limite d'autant le champ d'application potentiel du droit commun¹⁴. Pour commencer, le juge ne fait pas toujours appel à ses ressources pour pallier l'absence de dispositions spéciales applicables au litige¹⁵. Mais surtout, la chambre sociale de la Cour de cassation n'hésite pas à rejeter, voire à déformer¹⁶, les techniques civilistes pour les mettre en conformité avec les objectifs qu'elle entend assigner au droit du travail¹⁷. Son particularisme, pour reprendre le mot de Durand¹⁸, joue en quelque sorte ici le rôle d'un filtre au travers duquel doit être envisagée la réception du droit commun au sein de la matière. En tenant compte de ces restrictions, il est possible d'identifier dans la réforme quatre principales dispositions susceptibles d'intéresser le régime du contrat de travail. Celles-ci tiennent respectivement à la violence économique (I), à la prohibition des clauses abusives (II) à la caducité (III) et, enfin, à la cession de contrat (IV).

I. - Violence économique et intégrité du consentement du salarié

L'ordonnance prévoit une nouvelle définition du vice de violence. Parallèlement à l'exercice ou à la menace d'une contrainte, l'article 1143 nouveau du Code civil ajoute qu'« il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». Cette définition rappelle la violence économique du droit commun¹⁹, dont l'application, en droit du travail, suscite un intérêt croissant à mesure que se développent

les mécanismes faisant appel à la volonté du salarié²⁰. Cela étant, les termes de l'ordonnance diffèrent sensiblement des éléments de qualification retenus jusque-là par la jurisprudence. La Cour de cassation estime, en ce sens, que seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement²¹. Dans le même temps, la violence économique se caractérise par une appréciation très rigoureuse de l'abus de situation²². Suivant l'orientation préconisée par le doyen Ripert²³, les juges subordonnent ainsi la qualification de violence économique à la preuve d'une intention de nuire consubstantielle à l'abus. En témoigne le rejet de la violence dans cette célèbre affaire où une salariée avait cédé ses droits d'auteur sur un dictionnaire pour un montant de 30 000 francs, tandis que de son côté, la maison d'édition qui l'employait en avait retiré des bénéfices sans commune mesure avec la somme octroyée à l'auteur²⁴. En l'espèce, il ressortit de la décision que la demanderesse n'aurait pu obtenir satisfaction qu'à la condition de prouver que l'employeur avait réellement envisagé le licenciement et l'en ait menacé personnellement²⁵.

Cette conception subjective de l'abus apparaît pourtant largement inadaptée : l'auteur de la violence cherche avant tout à tirer un profit maximum de la dépendance de son cocontractant, et non à lui nuire. De ce point de vue, la rédaction du futur article 1143 du Code civil nous semble aller dans le bon sens en autorisant une lecture objective de l'abus. L'usage du participe présent conduit ainsi le juge à retenir l'existence d'un abus en présence d'un engagement contraint dont l'une des parties tire un avantage manifestement excessif. Ne pourrait-on pas alors considérer que cette contrainte renvoie simplement à l'état de dépendance contemporain de l'échange des consentements ? En faveur de cette proposition, il convient d'observer que

(12) On songe notamment à la rupture anticipée du contrat au risque et péril de son auteur, et à l'obligation de motiver celle-ci. Notons cependant que dans la version de la réforme présentée en 2015, les termes de l'article 1102, al. 2, du projet d'ordonnance rappelaient singulièrement ceux de l'article L. 1121-1 du Code du travail, en disposant que « la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché ». L'ordonnance du 10 février 2016 se contente d'affirmer que « la liberté ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

(13) V. notre thèse, *L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique*, Bordeaux, 2015.

(14) En ce sens, v. C. Radé, « L'impact de la réforme du droit des contrats en droit du travail », *Lexbase Hebdo*, éd. soc., 2016, n° 645.

(15) V. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2009, t. 509, n° 106 s.

(16) Par ex., en réservant au salarié le recours à la résiliation judiciaire du contrat de travail.

(17) Sur cette question, v. C. Radé, *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1997, t. 282.

(18) P. Durand, « Le particularisme du droit du travail », *Dr. soc.* 1945. 298.

(19) Tout en retenant ici une conception de la dépendance qui ne se limite pas aux contraintes de nature économique, v. G. Loiseau, *op. cit.*

(20) Pour une analyse d'ensemble, v. « La volonté du salarié en actes », in T. Sachs (dir.), *La volonté du salarié*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012.

(21) Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Bull. civ. I*, n° 108 ; D. 2002. 1860, et les obs., note J.-P. Gridel, note J.-P. Chazal ; *ibid.* 2844, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002. 502, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2003. 86, obs. A. Françon.

(22) Pour de plus amples développements, v. notre thèse préc., n° 147 s.

(23) G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949, n° 95.

(24) Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, préc.

(25) G. Loiseau « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », *Dr. et patr.* 2002. 29.

celui qui exploite la faiblesse d'autrui n'a pas besoin d'exercer une menace pour obtenir un avantage excessif, il lui suffit de laisser jouer la pression qui s'exerce spontanément sur son partenaire à raison du lien de dépendance dans lequel il se trouve ²⁶.

Ainsi entendue, la violence économique permettrait de mieux s'assurer de l'intégrité du consentement du salarié, dans des situations où, s'il n'est pas ouvertement menacé par l'employeur, le rapport de dépendance économique qu'il entretient avec son contrat de travail amène néanmoins à douter que sa volonté puisse être toujours librement exprimée. La réforme du droit des contrats pourrait alors avoir une incidence sur le contrôle de la validité des avenants au contrat de travail, des conventions par lesquelles le salarié cède à son employeur ses créations ou encore des ruptures conventionnelles ²⁷.

II. - Prohibition des clauses abusives et contrôle des clauses de sujétion

L'article 1171 issu de l'ordonnance dispose que « 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 ». Son second alinéa précise que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». En présence d'un contrat de travail non négocié par le salarié, cette nouvelle disposition est-elle de nature à modifier le contrôle de la Cour de cassation sur la validité des clauses de sujétion ?

La réponse n'est guère aisée dans la mesure où ces dernières ne sont pas soumises à un régime uniforme. Pour mieux comprendre cette prudence, il faut sans doute rappeler que l'article 1171 constitue une transposition, en droit commun, de l'article L. 132-1 du Code de la consommation relatif aux clauses abusives. Partant, on peut supposer que l'appréciation du déséquilibre significatif suivra le *modus operandi* adopté par la législation consumériste, à savoir un examen du caractère abusif de la clause se référant « au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui

entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat » ²⁸. Or, s'il est admis que la clause de non-concurrence fait figure de « contrat dans le contrat » ²⁹, en raison de l'exigence d'une contrepartie financière spécifique autrefois fondée sur la cause ³⁰, il en va différemment des clauses de mobilité, de résidence ou encore d'exclusivité, dont la validité ne fait guère appel aux outils du droit commun ³¹. De là, une distinction doit être opérée entre la clause de non-concurrence et les autres clauses de sujétion.

Pour la première, on peut éventuellement imaginer que le juge entreprenne de rechercher un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, en limitant son appréciation au seul périmètre de la clause, celle-ci étant appréhendée comme un contrat à part entière. Si le contrôle de l'objet principal du contrat - l'obligation de ne pas faire concurrence - n'est pas autorisé, il pourrait en revanche porter sur ses accessoires. On songe alors aux clauses qui accordent à l'employeur la faculté de renoncer unilatéralement au bénéfice de la clause de non-concurrence, à compter de la rupture du contrat. En pareil cas, le déséquilibre tient à l'incertitude dans laquelle est plongé le salarié, sa liberté de travailler dépendant de l'intérêt que l'employeur trouvera au maintien de la clause ³².

S'agissant des autres clauses de sujétion, l'examen de leur caractère abusif apparaît plus douteux. Tout d'abord, la mobilisation du futur article 1171 du Code civil ne saurait se substituer à l'application de l'article L. 1121-1 du Code du travail, à l'aune duquel est aujourd'hui appréciée leur validité. Du reste, il est permis de penser que dans l'orbite de la relation de travail, l'exigence de proportionnalité portée par le fondement travailliste est préférable à la logique du « tout ou rien » qui anime la prohibition des clauses abusives. Ensuite, à considérer l'hypothèse d'une cohabitation des règles spéciales et générales, il n'est pas du tout certain que cet examen puisse faire le lit d'un contrôle renforcé des clauses de sujétions. Contrairement à ce qui se passe en matière de non-concurrence, le juge devra évaluer le déséquilibre engendré par la clause litigieuse au regard de l'économie générale du contrat de travail, ce qui rend plus délicate l'identification de son caractère abusif.

(26) J.-P. Chazal, « Violence économique ou abus de faiblesse ? », Dr. et patr. 2014, n° 240, p. 47.

(27) On sait en effet qu'en l'absence de vice du consentement, l'existence, au moment de sa conclusion, d'un différend entre les parties n'en affecte pas la validité, Soc. 23 mai 2013, n° 12-15.208, D. 2013. 1691 ; *ibid.* 2014. 1115, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2013. 860, obs. S. Tournaux ; RDT 2013. 555, obs. G. Auzero ; RTD civ. 2013. 837, obs. H. Barbier.

(28) C. consommation, art. L. 132-1, al. 5.

(29) A. Martinon, « La cause au temps de la construction du contrat de travail » in B. Teyssié (dir.), *La cause en droit du travail*, Éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 28.

(30) Soc. 10 juill. 2002, n° 00-45.135, Bull. civ. V, n° 239, D. 2002. 2491, note Y. Serra ; *ibid.* 3111, obs. J. Péliissier ; *ibid.* 2003. 1222, obs. B. Thullier ; Dr. soc. 2002. 949, chron. R. Vatinet.

(31) V. S. Tournaux, « La négociation des sujétions contractuelles du salarié », Dr. ouvrier 2010. 293.

(32) G. Loiseau, préc.

III. - Caducité du contrat et clause de non-concurrence

Malgré de vigoureux plaidoyers en faveur de son maintien³³, la disparition de la cause, du moins au plan formel, est confirmée par l'ordonnance du 10 février 2016. En pratique toutefois, les conséquences de cette suppression devraient s'avérer limitées. Premièrement, les articles 1162 et 1169 issus de la réforme reproduisent les prescriptions de l'actuel article 1131 du Code civil. Ils exigent, respectivement, que le but contractuel soit conforme à l'ordre public, et que la contrepartie convenue au profit du débiteur d'un contrat à titre onéreux ne soit pas illusoire ou dérisoire au moment de sa formation. Deuxièmement, la réforme consacre plusieurs solutions emblématiques rendues sur le fondement de la cause, par exemple avec l'article 1170 qui reproduit la jurisprudence *Chronopost*³⁴. Troisièmement, et c'est sans doute le point qui mérite le plus d'attention, l'interprétation des dispositions nouvelles permettrait de reconduire certaines applications de la théorie de la cause en dehors des hypothèses précitées, et notamment dans des situations susceptibles d'intéresser le contrat de travail³⁵.

Parmi les notions civilistes auxquelles se réfère la jurisprudence sociale, la cause n'est pas certes la plus usitée³⁶. Cela ne signifie toutefois pas que son rôle doit être tenu pour négligeable, comme l'illustre le recours à l'article 1131 du Code civil pour fonder l'exigence d'une contrepartie financière spécifique à la clause de non-concurrence³⁷. Si cette instrumentalisation de la cause a pu être légitimement critiquée³⁸, le visa civiliste continue néanmoins de figurer au frontispice des arrêts de la chambre sociale³⁹, à telle enseigne que l'on peut s'interroger ici sur les conséquences de sa disparition sur le régime de la clause de non-concurrence.

Au titre de la contrepartie, on imagine mal la chambre sociale revenir sur sa jurisprudence consistant à soumettre la clause aux conditions générales de validité des contrats. Elle pourra alors s'appuyer sur le futur

article 1169 du Code civil pour continuer d'exiger une contrepartie à la sujétion du salarié qui ne soit pas dérisoire. S'agissant de l'exécution de la clause, et à supposer que la consécration légale d'une solution jurisprudentielle confère à cette dernière une normativité accrue, l'entrée de la caducité dans le futur Code civil pourrait en revanche faire évoluer les solutions en vigueur. Pour mémoire, la caducité s'apparente à une sanction frappant un acte régulièrement formé mais qui perd, postérieurement à sa conclusion, un élément essentiel à sa validité ou un élément nécessaire à sa perfection, du fait de la survenance d'un événement indépendant de la volonté des parties⁴⁰. Ainsi, selon l'article 1186 alinéa 1^{er} de l'ordonnance, « un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ».

De prime abord, le nouveau droit commun paraît s'opposer à la reprise des solutions ayant retenu la caducité du contrat en raison de la disparition de sa cause⁴¹. De plus, on sait que la Cour de cassation se refuse à faire application de la caducité en matière de clause de non-concurrence stipulée au bénéfice d'une entreprise ayant disparu⁴². Malgré ces obstacles, la notion d'« éléments essentiels » pourrait cependant autoriser le juge à apprécier si l'opération voulue par les parties conserve toujours une utilité au stade de son exécution. Comme l'explique le Professeur Wicker, « lorsqu'il s'agit de préciser quels sont les éléments du contenu du contrat dont la disparition provoque son extinction, force en est de revenir aux éléments essentiels de ce contenu que sont l'objet et la cause »⁴³. Ce serait d'ailleurs là l'occasion de rendre un hommage appuyé à une réforme inspirée, notamment, par le souhait de mieux appréhender les contrats à exécution successive. Dès lors, ne serait-il pas possible de prononcer la caducité de la clause de non-concurrence qui n'est plus d'aucune utilité pour une entreprise ayant disparu? Si la Cour de cassation devait maintenir sa position de refus, cette dernière paraîtrait en fort décalage avec un droit commun dont elle n'hésite pourtant pas à se prévaloir pour asseoir des solutions parfois hasardeuses⁴⁴.

(33) V. O. Tournafond, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », D. 2008. 2607; X. Lagarde, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », D. 2007. 740.

(34) Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, Bull. civ. IV, n° 261; D. 1997. 121, note A. Sériaux; *ibid.* 145, chron. C. Larroumet; *ibid.* 175, obs. P. Delebecq; RTD civ. 1997. 418, obs. J. Mestre; *ibid.* 1998. 213, obs. N. Molfessis; RTD com. 1997. 319, obs. B. Bouloc; l'art. 1170 énonce en ce sens que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite la jurisprudence Chronopost relative aux clauses limitatives de responsabilité ».

(35) G. Wicker, « La suppression de la cause et les solutions alternatives », in R. Schulze, G. Wicker, G. Mäscher, D. Mazeaud (dir.), *La réforme française du droit des obligations en France*, 5^e journées franco-allemandes, Société de législation comparée, 2015, p. 107.

(36) Depuis 1960, l'art. 1131, C. civ., n'a été mobilisé qu'une trentaine de fois dans les arrêts de la chambre sociale publiés au Bulletin.

(37) Soc. 10 juill. 2002, préc.

(38) F. Gaudu, *Droit du travail*, 4^e éd., Dalloz, 2011, n° 81; R. Libchaber, note ss Soc. 10 juill. 2002, Defrénois 2002. 1619.

(39) Par ex., Soc. 16 mai 2012, n° 11-10.760, Bull. civ. I, n° 341; D. 2012. 1409; *ibid.* 2760, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra; *ibid.* 2013. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta; Dr. soc. 2012. 784, note C. Radé; RDT 2012. 488, obs. B. Géniaut.

(40) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 82.

(41) V. D. Nemtchenko, « Réforme du droit des contrats et des obligations : la caducité du contrat », Lexbase Hebdo, éd. priv., 2016, n° 646.

(42) Soc. 21 janv. 2015, n° 13-26.374, D. 2015. 271; *ibid.* 829, obs. J. Porta et P. Lokiec; *ibid.* 2526, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra; Dr. soc. 2015. 206, chron. S. Tournaux; *ibid.* 374, obs. J. Mouly; RDT 2015. 181, obs. Lucas Bento de Carvalho; Lexbase hebdo, éd. soc., 5 févr. 2015, note S. Tournaux.

(43) G. Wicker, préc., n° 38.

(44) V. en matière de non-concurrence le visa de l'art. 1134 justifiant l'annulation de la clause rémunérée par anticipation mais dépourvue de toute restitution des sommes versées durant l'exécution du contrat de travail, Soc. 15 janv. 2014, n° 12-19.472, D. 2014. 215; AJCA 2014. 74, note S. Robinne; Dr. soc. 2014. 288, obs. J. Mouly; *ibid.* 760, chron. S. Tournaux; RDT 2014. 177, obs. Lucas Bento de Carvalho; *ibid.* 267, obs. G. Pignarre.

IV. - Cession de contrat et transfert volontaire du contrat de travail

L'article 1216 issu de l'ordonnance prévoit qu'un « contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé ». L'introduction de ce mécanisme pourrait utilement compléter le dispositif de cession légale du contrat de travail en présence d'une modification de la situation juridique de l'employeur. En effet, si l'application volontaire de l'article L. 1224-1 est admise de longue date par la jurisprudence, la technique s'ajuste mal aux hypothèses de mobilité intra-groupe des salariés. Quant à la novation par changement de partie, à laquelle la chambre sociale a déjà pu recourir⁴⁵, son effet extinctif n'est guère approprié

à l'opération voulue par les cocontractants⁴⁶. On pourrait certes imaginer que l'employeur initial rompe le contrat de travail pour permettre au salarié de souscrire un nouvel engagement, mais le licenciement s'oppose ici à l'idée d'une forme de continuité professionnelle. En outre, la rupture devrait obéir ici au régime de la rupture conventionnelle dont la Cour de cassation a rappelé qu'il s'imposait aux ruptures d'un commun d'accord⁴⁷. À l'inverse, la cession de contrat constituerait un fondement adéquat pour sécuriser le processus de transfert du salarié, tout en permettant à ce dernier de conserver le bénéfice des avantages acquis au service du précédent employeur.

Lucas Bento de Carvalho
Université de Bordeaux

(45) Soc. 8 juill. 2009, n° 08-40.046, Bull. civ. V, n° 173 « attendu que le changement d'employeur qui constitue une novation du contrat de travail », Just. & cass. 2010. 501, rapp. A.-M. Grivel; RDT 2009. 584, obs. F. Géa; Dr. soc. 2009. 813, note A. Mazeaud.

(46) Même si en la matière la chambre sociale n'hésite pas à prendre quelques libertés en estimant, par exemple, que le salarié conserve la faculté d'exercer une action en paiement contre son employeur initial, Soc. 3 avr. 1991, n° 88-41.786, Bull. civ. V, n° 164; v. plus largement L. Gaudin, « La novation en droit du travail, une notion en quête d'utilité? », RDT 2008. 162.

(47) Soc. 15 oct. 2014, n° 11-22.251, Bull. civ. V, n° 241; D. 2014. 2118; *ibid.* 2015. 104, chron. E. Wurtz, F. Ducloz, S. Mariette, N. Sabotier et P. Flores; Dr. soc. 2014. 1066, obs. J. Mouly; *ibid.* 2015. 32, étude G. Couturier; RDT 2014. 752, obs. Lucas Bento de Carvalho.

9

La réforme du droit des obligations et le droit des personnes et de la famille

Par Jean Hauser, Professeur émérite de l'Université de Bordeaux

Article à paraître dans l'AJ famille – octobre 2016

Cet article, extrait du dossier « Réforme du droit des obligations et famille », sera publié dans le numéro d'octobre de l'AJ famille, au côté des articles suivants :

- Le paiement de l'indu dans les relations familiales, Sébastien Milleville
- L'enrichissement injustifié, nouveau visage de l'enrichissement sans cause, Gulsen Yildirim
- Incidence de la réforme sur les libéralités, François Sauvage
- Les dispositions de la réforme du droit des obligations relatives à la preuve : applications au droit de la famille, Sylvain Thouret
- L'acte d'avocat, Dominique Piau

LA RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS ET LE DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE ¹

par Jean Hauser

Professeur émérite de l'université de Bordeaux

Depuis le 1^{er} oct. 2016, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du contrat, du régime général et de la preuve des obligations est entrée en vigueur. *Stricto sensu* cette réforme n'a pas d'effet direct sur le droit des personnes et de la famille qui fait l'objet de dispositions spéciales et d'un Livre particulier dans le code civil. De plus l'art. 6 c. civ. est toujours en place et l'alinéa 2 de l'art. 1102 nouveau le rappelle. À supposer même qu'il y ait matière à « contrat »², ceux-ci font l'objet d'un régime à part et il n'a jamais été démontré, ni même prétendu, dans le droit antérieur, que les textes des art. 1101 anciens c. civ., étaient d'application directe en droit des personnes en général.

Pourtant, à plusieurs points de vue, certaines questions peuvent se poser de façon différente de ce qu'il en était auparavant, ne serait-ce qu'en évoquant des applications subsidiaires qui n'étaient pas totalement absentes du droit ancien.

Tout d'abord, si la figure contractuelle n'a pas directement droit de cité dans notre matière, il faut d'emblée noter un point fort important que l'on trouve dans les sources d'obligations, c'est-à-dire les art. 1100 et 1100-1 nouveaux c. civ. Pour la première fois, et longtemps après le code civil allemand, le législateur français fait référence aux actes juridiques et faits juridiques et, pour les premiers, introduit clairement la différence entre les actes conventionnels et les actes unilatéraux³. Or ces derniers sont spécialement nombreux dans notre domaine et, en droit classique, on citait en général comme exemple, à l'appui d'une telle catégorie, la reconnaissance d'enfant naturel (ou encore le testament)⁴. On essaiera de mesurer l'effet exact de cette reconnaissance, même si, conformément à la méthodologie déjà retenue par Carbonnier⁵, l'art. 1100-1, al. 2, dispose que les actes juridiques « obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats », ce qui n'est finalement qu'une autonomie très tempérée et, en partie formelle.

Ensuite la modernisation, ou affirmée telle, du droit des obligations pourra constituer plus favorablement un modèle pour certaines opérations juridiques du droit des personnes et conduire la jurisprudence à explorer plus souvent, même si elle ne le dira pas tout de suite et ouvertement, les champs du nouveau droit. Un nouveau droit des obligations plus inspiré par une dimension « sociale » (bonne foi, loyauté, imprévision, etc.) sera évidemment plus utilisable par les jurisprudences « familialistes ». De plus, les esprits malins remarqueront que si l'art. 6 c. civ., non touché par la réforme, vise toujours, à côté de l'ordre public, les bonnes mœurs, il n'en est plus de même de l'alinéa 2 du nouvel art. 1102. Or, s'il n'est pas question de prétendre que le droit des personnes et de la famille serait un terrain privilégié d'application des « bonnes mœurs » (ou des mauvaises !), on ne saurait prétendre qu'il lui est étranger ! Ainsi le changement textuel, plus apparent que réel⁶, pourra tout de même contribuer à ouvrir de nouvelles possibilités.

Enfin, et l'effet est alors plus direct, nul ne conteste actuellement une certaine « contractualisation » ou « conventionnalisation » du droit des personnes et de la famille, soit pour s'en réjouir, soit pour le regretter. Le mouvement n'est pas nouveau⁷, il n'est sans doute pas terminé mais, ce qui pourrait être différent, c'est que jusqu'ici il s'est développé sans qu'on ose faire référence effrontément à la figure contractuelle ou conventionnelle de droit commun. Cela pourrait changer⁸.

La réforme du droit des obligations pourrait donc, sans s'attacher à un effet direct improbable, au moins pour l'instant, contribuer, d'une part, à préciser le régime juridique des conventions familiales existantes, d'autre part, à pousser vers une conventionnalisation accrue par référence à un droit des obligations modernisé. On ne peut, à ce stade, qu'esquisser quelques pistes, en procédant par exemples, sans les développer mais la moisson n'est pas négligeable⁹.

■ Le droit des personnes protégées et le droit renoué des actes juridiques

Il ne saurait être question de reprendre l'ensemble du droit des personnes même si le sujet eût été intéressant puisque les conventions y posent bien des problèmes¹⁰. On ne retiendra qu'un exemple en droit des personnes protégées qui est celui du mandat de protection future, création de la loi de 2007 et symbole de la pénétration du droit conventionnel dans le droit des personnes.

(1) Cet article, extrait du dossier « Réforme du droit des obligations et famille », sera publié dans le numéro d'octobre de l'*AJ famille*.

(2) Ou à convention ? Sur ce point le vocabulaire de la réforme n'est pas plus clair que les textes précédents et, si l'art. 1100-1 nouveau fait référence aux actes juridiques « conventionnels », l'art. 1103 ne fait plus référence qu'aux contrats contrairement à l'ancien art. 1134 qui mentionnait les conventions. – Sur ces sens, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, v° contrat et v° Convention.

(3) Sur les notions d'acte juridique, J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, 1971 préf. Raynaud. – Sur l'acte unilatéral, J. Martin de la Moutte, Sirey 1951, préf. Raynaud. – M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé*, PUAM, 1995, préf. J. Mestre. – Sur l'acte juridique collectif, G. Roujou de Boubée, préf. Marty LGDJ 1961.

(4) Ou encore en droit de l'adoption. – Sur l'acte juridique en droit des personnes et de la famille, v. B. Maumont, thèse dact. Bordeaux 2015, dir. J. Hauser.

(5) Carbonnier mentionne l'acte juridique mais ajoute immédiatement que c'est le droit des contrats qui s'y applique en tant que de raison.

(6) Sur cette disparition programmée, J. Hauser et J.-J. Lemouland, Rép. civ. Dalloz, v° Ordre public. – B. Lavaud-Legendre, *Où sont passées les bonnes mœurs*, Le Monde-PUF, 2005.

(7) *La contractualisation de la famille*, dir. D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, Economica, 2001.

(8) Le mouvement de contractualisation du droit des personnes se développe par préférence législative et jurisprudentielle, soit on ne l'avoue pas ou on le dissimule, soit s'il devient incontestable on fait seulement une référence vague au « contrat », sans qu'on sache si c'est celui du code civil ou celui du code de la consommation. Désormais il faudra avouer que c'est au « nouveau » qu'on fait référence !

(9) Il va de soi que l'ensemble des notes ne peut qu'être limité, chaque thème étudié ne l'étant pas pour lui-même mais en vue du rapprochement possible avec le nouveau droit des obligations.

(10) On songera, par exemple, au droit à l'image et aux conventions qui de plus en plus peuvent le régir.

Le renvoi au mandat - Il pouvait apparaître inévitable puisqu'il s'agissait d'un mandat et c'est ce qui fut fait (C. civ., art. 478). L'inconvénient est que les dispositions actuelles sur le mandat sont soit inutiles, soit largement obsolètes, soit très inadaptées à ce type particulier de mandat. Aussi bien l'article précité utilise-t-il ce qui est maintenant devenu une clause courante de la législation, en ne retenant l'application qu'en tant que les dispositions générales sur le mandat ne sont pas incompatibles avec le droit spécial.

L'intérêt du nouveau droit des obligations - Le reproche largement fait au mandat de protection future est de n'avoir pas prévu que le mandant abandonne ses pouvoirs sur ce qui est prévu dans le mandat, l'argument étant que le mandat de protection future ne crée pas d'incapacité. En réalité l'inconvénient n'est pas dirimant car si le mandant agit systématiquement à la place de son mandataire, ou bien ses actes seront nuls parce qu'il n'en avait pas la conscience puisque, par hypothèse, il est hors d'état de pourvoir à la gestion de son patrimoine, ou bien le mandat deviendra caduc puisqu'il ne pourra plus s'appliquer ayant perdu un de ses éléments essentiels selon le régime retenu par le nouveau droit. Il demeure que la solution retenue n'est pas très claire et qu'on trouve régulièrement des propositions visant à créer une incapacité limitée frappant le mandant dès que le mandat prend effet et sur les actes délégués au pouvoir du mandataire.

Le nouvel art. 1159 ne répondra pas directement à la question puisqu'il distingue la représentation légale ou judiciaire qui dessaisit le représenté sur les pouvoirs transférés au représentant et la représentation conventionnelle qui les maintient. Certes, le mandat de protection future est, au départ, un cas de représentation conventionnelle mais, dès lors qu'il prend effet, on pourrait se demander si l'on ne change pas de cadre puisqu'il s'intègre dans une procédure légale qui suppose que les conditions de l'art. 425 sont remplies¹¹ et que cela soit constaté.

Actuellement, encore, une question très pratique est souvent soulevée, par les notaires, qui tient à l'éventuelle opposition d'intérêts entre le mandant et le mandataire. Cette hypothèse est prévue pour les mineurs par l'art. 388-2 c. civ. et pour les majeurs protégés par l'art. 455 c. civ. Seulement, pour ces derniers, il se situe dans la partie concernant les mesures judiciaires et n'est donc pas applicable, en principe au moins, au mandat de protection future, sauf à retenir le raisonnement ci-dessus présenté qui conduirait à une application par analogie. On ne trouve pas

non plus de dispositions expressément applicables dans les textes de renvoi sur le mandat¹². Le nouvel art. 1161 pourrait répondre à la question au moyen de la théorie générale de la représentation puisqu'il dispose, à peine de nullité, « qu'un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat, ni contracter pour son propre compte avec le représenté » sauf permission de la loi ou autorisation ou ratification du représenté » (al. 2).

■ Le couple et le droit rénové des actes juridiques

La formation des couples

L'application du nouveau régime pourrait impacter l'acte de mariage, l'acte de pacs et la situation concubinale. On pourrait même imaginer qu'autour du nouveau droit des obligations se constituerait un droit commun des couples qui emprunterait beaucoup à la forme conventionnelle¹³.

Le mariage

Conditions de formation - L'art. 1102 nouveau pourrait ouvrir une carrière originale à un nouveau droit du mariage lequel deviendrait un contrat ordinaire ; mais il n'en est rien, au moins pour l'instant. L'alinéa 1^{er} affirme la **liberté** de contracter, de ne pas contracter, de choisir son contractant, ce qui ne fait que confirmer les principes fondamentaux du droit du mariage¹⁴ et n'y ajoute rien. La suite pourrait être plus fructueuse puisqu'elle vise la liberté et la forme du contenu de l'acte mais, pour l'instant, la réserve immédiate « dans les limites fixées par la loi » et, dans l'alinéa 2, l'exception de l'ordre public ruinent toute prétention à faire du mariage un acte ordinaire. On touche donc, dès l'abord, au statut d'ordre public maintenu du mariage. Il demeure toutefois que, en référence à de bien vieilles propositions¹⁵, la liberté de fixer le contenu pourrait favoriser des propositions en vue de formes différentes de mariage, mais est-ce encore à l'ordre du jour ?

L'art. 1112 nouveau sur les négociations contractuelles pourrait inspirer le droit de la rupture des **fiançailles** ou des **promesses de mariage** mais, outre que la matière est désormais à peu près obsolète, la jurisprudence y avait déjà fixé des règles qui apparaissent précurseurs par rapport au droit nouveau.

On songera évidemment immédiatement aux **nullités de mariage**, même si leur actualité reste très limitée. À vrai dire, on voit mal ce qui pourrait conduire à modifier le régime des nullités de mariage à partir du nouveau texte. La référence à l'erreur de droit ou à l'erreur sur la personne, à supposer qu'elle s'applique à notre matière, ne modifiera rien à la jurisprudence antérieure. Le nouvel art. 1134 (!) (comp. art.1131) concerne l'erreur sur la personne et rejoint largement l'art. 180 actuel comme d'ailleurs la référence à la violence. Plus intéressant apparaîtra l'art. 1112-1 nouveau sur l'obligation d'information dont une partie, *mutatis mutandis*, pourrait nourrir un droit du mariage rénové et les nullités ou dol qui en découlent.

On retiendra, de façon plus intéressante, les art. 1186 et 1187 nouveaux sur la **caducité**¹⁶. Jusqu'ici la sanction de la caducité, si elle avait été étudiée en doctrine, ne faisait pas l'objet de référence légale. Or, elle a été assez souvent invoquée dans le cas de changement de sexe de l'un des époux postérieur au mariage puisque la nullité ne peut, à l'évidence, que concerner l'hypothèse d'un vice au moment de la conclusion et non un vice « *e superveniens* ». Autour de la notion de « disparition d'un élément essentiel » contenue dans le nouveau texte pourrait s'ouvrir un débat qui concernerait aussi le mariage entre personnes de même sexe si l'un des deux acquiert le sexe opposé¹⁷. Il est évident que l'applicabilité éventuelle de la réforme dépend de la discussion traditionnelle sur la nature juridique du mariage. Mais les

(11) Après tout le mandat de protection future n'est pas au titre des contrats mais des mesures de protection juridique des majeurs, ce qui en fait un contrat « statuaire ».

(12) On pourrait trouver quelques références dans l'art. 1596 c. civ. relatif à l'adjudication.

(13) Sur un tel projet, M. Saulier, *Le droit commun des couples*, thèse dact. Paris I, 2014, dir. A.-M. Leroyer.

(14) Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, AJ fam. 2013. 332, étude F. Chénédy ; RTD civ. 2013. 579, obs. J. Hauser.

(15) On a proposé jadis de diversifier les formes de mariage entre un mariage dissoluble et un mariage indissoluble ou encore de reconnaître un mariage à effets limités.

(16) R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques, étude de droit civil*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2006.

(17) La consécration expresse de la caducité (art.1186 nouveau) constituerait une réponse à une question toujours en suspens, la nullité n'étant pas concevable, CEDH, 16 juill. 2014, n° 37359/09, AJ fam. 2014. 565, obs. B. de Boysson ; RTD civ. 2014. 831, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 855, obs. J. Hauser.

avis dominants de la doctrine penchent nettement, là encore, vers une conventionnalisation du mariage¹⁸ et vers la décadence du côté institutionnel. Si l'on devait réécrire la partie législative sur le mariage¹⁹, cette tendance se confirmerait sans doute.

Effets - La référence dans l'art. 1104 nouveau à la bonne foi, qui n'a rien de très nouveau, pourrait renforcer l'obligation de loyauté entre mariés qui trouve, notamment, à s'appliquer dans le cadre de la production des preuves en matière de divorce.

Le pacte civil de solidarité

Dans la mesure où le contenu personnel du pacs est nettement moins développé que celui du mariage, on peut soutenir que l'ordre public est moins prégnant et que nombre de dispositions nouvelles pourraient trouver à s'appliquer, par exemple les dispositions concernant les vices du consentement.

C'est évidemment là que l'apport du droit nouveau pourrait se faire sentir puisque l'art. 515-1 c. civ. affirme nettement que le pacs est un contrat²⁰. L'ensemble de la réforme pourrait donc concerner ce partenariat. Mais, depuis sa création, sa nature contractuelle suscite des hésitations parce que c'est un contrat qui porte sur la vie personnelle des sujets et pas sur leur vie patrimoniale.

Les dispositions générales sur l'**offre et l'acceptation** y seront inapplicables puisque, après la réforme de 2006, le pacs est un contrat solennel qui n'est parfait que par l'enregistrement (C. civ., art. 515-3-1), ce qui exclut l'utilité des promesses de contrat et nous ramène à la rigueur au droit des fiançailles.

On retiendra, non sans une certaine malice, l'application éventuelle du nouvel art. 1123 sur le **pacte de préférence**. On sait que, dans une jurisprudence peu fournie, on s'est posé la question de l'insertion d'une clause de fidélité dans un pacs. Si l'on peut soutenir que, sous cette forme, la fidélité qui serait un abandon de la liberté sexuelle est indisponible²¹, il n'est pas inconcevable de retrouver un espace de liberté avec l'insertion d'un pacte de préférence²².

On n'ira pas jusqu'à envisager un **pacs par voie électronique** qui pourrait profiter des art. 1125 nouveaux et suivants, mais le développement des sites de rencontre, de plus en plus informatisés, aiguise-tout de même la curiosité !

Dans la mesure où le statut spécial du pacs est très laconique sur les conditions de la **rupture**, celle-ci doit s'analyser comme la résolution du contrat et les art. 1224 nouveaux et suivants pourraient constituer un réservoir intéressant de textes pour nourrir ce statut. On y retrouvera la question des clauses résolutoires et de l'insertion éventuelle de ces clauses dans un pacs, voire de clauses limitatives de responsabilité²³. Il faut bien voir que, jusqu'ici, une jurisprudence peu fournie a, plus ou moins, esquivé la délicate question de la référence textuelle au contrat pour en déduire des conséquences. La réforme du droit des obligations pourrait rouvrir la discussion.

Le concubinage

C'est l'hypothèse la plus riche quant à l'application de la réforme en dehors même d'un éventuel contrat de concubinage. On sait, *brevitatis causa*, que la jurisprudence a choisi, depuis longtemps, d'utiliser précisément le droit des obligations pour répondre aux situations les plus délicates, ce droit ayant l'avantage « d'aseptiser » les relations auxquelles on l'applique. Parmi ces techniques on trouve le recours à l'obligation naturelle, à la gestion d'affaires et à l'enrichissement sans cause. Sur tous ces points, l'apport pourrait être très intéressant.

Tout d'abord l'art. 1100 c. civ., nouveau, fait officiellement place dans son alinéa 2 à l'**obligation naturelle**, laquelle reposerait sur un devoir de conscience qu'on a promis ou commencé d'exécuter. Le concubinage est certainement un terrain favorable au développement éventuel de ce devoir de conscience²⁴. On peut en dire autant de la **gestion d'affaires** pour laquelle le nouvel art. 1301 vise expressément les actes matériels, ce que la jurisprudence avait admis, et qui pourra

prosperer dans les actes d'entraide concubinale. Le nouvel art. 1301-4, lui aussi confirmatif de la jurisprudence antérieure, en ce qu'il confirme la possibilité d'une gestion d'affaires à demi intéressée, concernera le concubinage où l'imbrication des intérêts conduit souvent à une telle situation.

Mais c'est, bien sûr, avec la consécration de l'**enrichissement injustifié** (art. 1303 s.) que le concubinage pourrait se trouver concerné, même si le nouveau régime ne fait que, très largement²⁵, consacrer les solutions jurisprudentielles²⁶. Il demeure que, l'amélioration du statut du concubinage reste entre les mains de la jurisprudence laquelle paraît, ces dernières années et au moins pour la Cour de cassation, plus réticente que par le passé, sans doute parce que la palette des statuts du couple s'est enrichie et que les concubins se sont donc éloignés du droit²⁷ ?

La rupture des couples

Le divorce

C'est évidemment le terrain privilégié d'une éventuelle référence au droit des obligations dans la mesure où la conventionnalisation y est déjà très présente de longue date. C'est en 1975 que l'apparition du divorce sur requête conjointe ainsi que les divorces sur double aveu ont ouvert la frontière entre le contrat et le divorce, non sans critiques de la part d'une partie de la doctrine. Depuis la marche, lente mais certaine, ne s'est pas interrompue tant par l'évolution des règles de procédure que par la simplification de l'acte à l'origine du divorce. La suppression en 2004 de la double comparution est allée au-delà de la seule mesure technique en renvoyant, de façon accrue, le contrat aux parties. On peut aller plus loin encore. Dans les divorces contentieux, pourtant par nature rebelles à toute conventionnalisation, le texte de 2004 a ouvert une large possibilité aux parties de conclure des conventions partielles sur tous les éléments du divorce, conventions qui seront ensuite homologuées par le juge (C. civ., art. 268) dans un divorce resté contentieux mais qui pourra contenir un « ilot » conventionnel.

En fait tout ceci reste suspendu, quant à sa nature, au maintien ou non d'une homologation. Si celle-ci demeure, on reste loin d'une véritable convention même si certains éléments y empruntent et l'effet de la réforme du droit des obligations devrait rester marginal. Au contraire, si cette homologation venait à être supprimée, totalement ou partiellement, la question de la

(18) B. Beignier, Balises pour un divorce, Dr. fam. 2016. Repère n° 7.

(19) Ce qui serait infiniment souhaitable...

(20) V. Cons. const., 21 oct. 2015, n° 2015-9-LOM, D. 2016. 674, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 1334, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; RTD civ. 2016. 86, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2015. Comm. 213 obs. J.-R. Binet.

(21) V., sur ces points, S. Ben Hadj Yahia, *La fidélité et le droit*, préf. B. Beignier, LGDJ, 2013.

(22) Ou d'une clause de non-concurrence ?

(23) En attendant le projet de réforme de la responsabilité civile ? Sur l'avant-projet sur ce point, V. O. Gout, Les conventions sur la réparation, JCP 2016, suppl. n° 30-35, p. 47.

(24) À condition que la jurisprudence le veuille...

(25) V., toutefois, l'art. 1303-4 sur la date d'appréciation de l'indemnité.

(26) v. Gulsen Yildirim, *infra*.

(27) C'est principalement sur la constatation d'une société créée de fait que la jurisprudence paraît sur le reculoir.

liberté des conventions deviendrait dominante ne serait-ce que parce que, faute de contrôle, tout deviendrait théoriquement permis²⁸. *Un projet avancé dans ce sens est actuellement en discussion et on ne peut qu'envisager ses conséquences sur notre sujet*²⁹.

Dans le droit actuel plusieurs points techniques pourraient être plus ou moins modifiés et profondément atteints par une réforme qui supprimerait l'homologation.

La nullité de la convention de divorce par consentement mutuel - Soucieuse de ne pas ouvrir un contentieux dans un divorce dont la justification était de l'exclusion, la jurisprudence a très tôt exclu toute nullité de la convention sur la base de deux arguments : la convention est homologuée, ce qui la purge de tous ses vices, elle est indivisible du principe lui-même du divorce sur lequel il n'est évidemment pas concevable de revenir. Ces arguments ont constamment suscité discussion³⁰. Actuellement il n'y a donc pas d'issue de ce côté-là, ni erreur, ni dol, ni violence et pas non plus de rescision pour cause de lésion³¹. La réforme du droit des obligations n'a donc pas d'effet en l'état des textes.

Il est clair que, si l'homologation vient à être supprimée, le premier argument, déjà discutable, tombe et la théorie générale des vices du consentement devrait s'appliquer. Par contre le second demeurerait valable. Si l'on retient désormais la possibilité d'obtenir l'annulation de la convention devenue privée et non homologuée, se posera alors la question du divorce lui-même accepté en fonction d'un certain « prix » si cet élément a changé. L'art. 1184 nouveau confirme la solution antérieure en matière de nullité partielle : la nullité n'atteint l'acte tout entier que si l'élément nul a « constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles ». Comme on peut penser que tel serait le cas et à supposer que l'ensemble de l'opération soit considéré comme conventionnelle, il faudrait donc revenir sur le principe du divorce ce qui n'est pas concevable. Il est donc probable que rien ne sera changé sur ce point, mais la réponse risque d'être lourde de conséquences. Aucun contrôle judiciaire n'étant exercé, le risque d'un déséquilibre n'est pas vain mais rien n'y fera et on peut alors se demander si l'obligation de bonne foi, par ailleurs consacrée, trouvera à s'appliquer dans cette matière.

La situation pourrait être sensiblement différente dans le divorce accepté puisque, l'accord lors de la première

phase, s'il ne peut faire l'objet d'une rétractation lors de la seconde, peut tout de même être attaqué pour vice du consentement et seulement pour cette raison. Le droit réformé pourrait donc s'y appliquer.

Les clauses des conventions de divorce par consentement mutuel - Actuellement la liberté contractuelle est très large et c'est même l'un des avantages de cette forme de divorce que de pouvoir accueillir diverses modalités, notamment sur la prestation compensatoire. On peut penser que la suppression de l'homologation accentuera encore le rapprochement avec le droit commun des obligations. Dans ce cas, l'application éventuelle du nouveau droit ne manquera pas de poser certains problèmes. On peut envisager de recourir à l'art. 1171 nouveau si la convention contenait une **clause abusive** mais, selon les termes nouveaux, s'agit-il vraiment d'un contrat d'adhésion alors que, par hypothèse, la convention a été librement discutée par deux avocats (selon le projet) ? Et puis il faudra un déséquilibre « significatif »... Par contre la solution de réputer la clause non écrite serait intéressante puisqu'on maintiendrait le reste sauf si cette clause était essentielle.

Ainsi encore faudra-t-il retenir l'application du nouvel art. 1195, consacrant ce qu'on a appelé jadis la théorie de l'imprévision et qui conduirait à ouvrir une **possibilité de révision** de la convention en général. Actuellement la révision est très étroitement encadrée et doit être, soit prévue par les parties, soit résulter de l'application d'un socle minimum d'ordre public des causes de révision³². Il faudrait y ajouter cette possibilité générale. Seulement, on retrouve le problème de base de la législation spéciale qui déroge à la législation générale. Il reste que, dans un univers franchement conventionnel, la question pourrait se poser.

Le « dépacage »

On retrouve les mêmes questions à propos de la convention de rupture du pacs et des conséquences éventuelles sur une indemnité de responsabilité civile avec la remarque déjà faite que le pacs est un contrat. Si l'on va jusqu'au bout de la qualification ce sont les art. 1231 nouveaux et suivants, qui pourraient s'appliquer avec les possibilités de clauses évoquées dans l'art. 1231-5 nouveau. De nouveau il faudra, au préalable, décider en principe de l'application ou non du droit des obligations au pacs, ce qui, dans le droit actuel, n'est pas clairement établi faute de texte clair³³ et de jurisprudence. Si la réponse devait être positive, on pourrait alors disposer d'un véritable « laboratoire » juridique pour tester la reconstruction d'un droit conventionnel du couple par le truchement du droit des obligations rénové, ce qui ne serait sans doute pas sans conséquences sur le droit du mariage.

■ Les relations familiales personnelles et le nouveau droit des obligations

Le domaine, contrairement à ce qu'on pourrait penser, est, depuis longtemps, concerné par ce mouvement de conventionnalisation qui concerne à la fois l'établissement des relations personnelles et le fonctionnement de ces relations.

L'établissement des relations personnelles

La filiation - Terrain privilégié de l'ordre public, on voit mal le droit de la filiation concerné par une réforme du droit des contrats. Pourtant la forme y est présente depuis longtemps mais sous la notion plus généreuse que le contrat, celle de l'acte juridique qui comprendra l'acte juridique unilatéral³⁴. Or, on l'a vu, dans l'art. 1100-1 nouveau la notion d'acte juridique est expressément reconnue et, dans la foulée, l'acte juridique unilatéral. Certes l'application du nouveau droit des conventions aux actes juridiques ne se fera « qu'en tant que de raison » mais l'affirmation pourrait être grosse de conséquences. On

(28) On notera que le nouveau texte projeté se rapproche nettement de la technique du droit des obligations mais également de celle du droit de la consommation en prévoyant des délais de « réflexion » (C. civ., art. 229-4, al. 2, en projet).

(29) Le précédent de la suppression du contrôle judiciaire de l'acte de changement de régime matrimonial pourrait servir d'exemples avec le développement éventuel des vices du consentement frappant l'acte lui-même.

(30) Sans faire fléchir sauf l'assouplissement portant sur le partage consécutif mais qui épargne la convention elle-même.

(31) Même si le partage qui peut en résulter retourne dans le droit commun.

(32) J. Hauser et Ph. Delmas Saint-Hilaire, J.-Cl. Civ. 2016, Fasc. 230 n°s 80 à 95.

(33) Si le premier texte fait référence au contrat, on n'a jamais su si cette référence était formelle ou fondamentale.

(34) On ne songera guère à l'acte juridique collectif, encore que les affirmations de certains sur la pluri-paternité ou la pluri-maternité pourraient ouvrir carrière à la notion, en ce sens, J. Hauser, La famille de 2013 est-elle soluble dans la société, *Mélanges P. Le Cannu*, Dalloz 2014, p. 679.

n'en prendra que deux exemples.

La reconnaissance - La reconnaissance d'enfant est, depuis toujours, présentée comme le type même d'acte juridique unilatéral à côté du testament. À côté de la contestation sur la véracité qui reposerait sur une erreur de fait (art. 1132 nouv.), on retient en général aussi la contestation reposant sur un vice du consentement, notamment pour les reconnaissances paternelles suscitées par la mère. Tout ceci génère des actions en responsabilité sauf si celui qui prétend s'être trompé a participé sciemment à sa propre erreur qui devient alors inexcusable. On peut imaginer qu'une jurisprudence dynamique exploite les nouveaux art. 1132 et 1138 (erreur provoquée par un dol). Aussi bien, l'art. 1135 nouveau qui exclut l'erreur sur le motif, sauf s'il était un élément déterminant du consentement, pourrait être invoqué pour sanctionner les reconnaissances fausses quand l'auteur s'est trompé lui-même. L'application du nouveau droit ne provoquera pas une révolution par rapport à la jurisprudence existante mais pourrait lui fournir un fondement textuel plus ferme.

L'adoption - Dans la mesure où l'adoption est, par définition, la création par la seule volonté d'une filiation, on ne s'étonnera pas que le droit des actes juridiques ait à y voir fréquemment. Pourtant cet aspect est rarement mis en évidence par la doctrine³⁵. Sans qu'on puisse dans ce cadre en faire une liste exhaustive, on notera que le consentement du mineur de plus de treize ans a posé problème quant à sa nature et quant à l'application, *mutatis mutandis*, d'autres dispositions sur le consentement à l'adoption³⁶ et notamment le droit de rétractation ; que l'autorisation donnée par le conjoint de l'adoptant à l'adoption présente une nature juridique particulière qui ne permet pas de l'aligner sur le consentement donné à l'adoption³⁷ (C. civ., art. 348-3) lequel pose également des problèmes très concrets d'application (C. pr. civ., art. 1165). Dans la perspective d'une réécriture, très souhaitable, des dispositions sur les adoptions (plénière et simple), la construction d'un régime général des actes juridiques « adoptifs » pourrait s'inspirer, en tant que de raison, de ce nouveau droit des obligations.

Les conventions sur l'autorité parentale

Là encore, malgré la prolifération de ces conventions, on a très rarement tenté d'en faire une étude systématique³⁸. Pourtant l'art. 373-2-7 c. civ. fonde très généralement la possibilité de conventions pour les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien. On ne sait trop d'ailleurs ce que deviendra l'exigence d'une homologation si celle-ci doit disparaître dans le divorce par consentement mutuel. Le principe de la révisibilité *ad nutum* de ce type de convention (C. civ., art. 373-2-13) devrait-il se couler dans les dispositions du nouvel art. 1195 consacrant ce qu'on était convenu d'appeler antérieurement l'imprévision ?³⁹

■ Les procréations artificielles

C'est, de nouveau, un secteur qui pourrait être impacté peu à peu

Autres contributions au dossier de l'AJ famille du mois d'octobre 2016 « Réforme du droit des obligations et famille »

- Le paiement de l'indu dans les relations familiales, Par Sébastien Milleville
- L'enrichissement injustifié, nouveau visage de l'enrichissement sans cause, par Gulsen Yildirim
- Incidence de la réforme sur les libéralités, par François Sauvage
- Les dispositions de la réforme du droit des obligations relatives à la preuve : applications au droit de la famille, par Sylvain Thouret
- L'acte d'avocat, par Dominique Piau

par le droit nouveau des actes juridiques sans qu'on puisse aller plus loin que l'évoquer.

Les art. 311-19 et 311-20 c. civ. ont construit, il y a maintenant longtemps, un système d'attribution de la **filiation en cas de PMA exogène** sur la base d'un consentement dont le recueil, le contenu, la rétractation ou la caducité sont mentionnés, sans autre développement dans les deux articles précités⁴⁰. Le statut ne paraît d'ailleurs pas avoir provoqué de difficultés particulières sous l'angle de cet acte juridique très spécial. Il restera, en cas de contentieux, à s'interroger sur la nature juridique exacte de ce consentement très original et sur l'application éventuelle de ce qu'est désormais la théorie générale de l'acte juridique⁴¹.

L'entreprise sera tout autre si la **gestation pour autrui** devait être permise expressément, ce qui entraînerait inévitablement de nombreuses interrogations sur le « contrat » qui serait à l'origine de l'opération. Pour l'instant la question technique est largement masquée par un débat passionné sur le principe, sans que les protagonistes s'interrogent sur ce que serait la convention si le procédé venait à être permis. Les exemples étrangers vont de la lacune absolue au renvoi plus ou moins explicite au droit commun des obligations⁴². C'est ici alors tout un secteur en friche éventuelle qui pourrait revenir à ce droit « en tant que de raison » comme dit maintenant couramment le législateur, mais toute la question sera précisément de savoir ce qu'est la « raison » !

Conclusion - Il est peu probable qu'on puisse soutenir, pas plus qu'avant, une application directe du droit des obligations réformé au droit des personnes et de la famille. En réalité le mouvement pourrait se produire dans deux sens. D'une part, le nouveau droit des obligations pourrait jouer sur son exemplarité de droit « moderne » pour investir d'autres secteurs, donnant ainsi naissance à une vraie théorie générale de l'acte juridique, d'autre part, c'est le droit des personnes et de la famille qui pourrait se décaler vers le droit des actes juridiques, évolution déjà largement entamée, et on pourra alors mesurer si la réforme a accéléré cette évolution dans la mesure où un droit nouveau et mieux adapté à notre temps serait plus attractif. Tout de même, l'effet risque d'être très marginal et c'est dans sa philosophie même que le droit des personnes et de la famille trouvera des raisons – ou non – de se « conventionnaliser » plus que dans l'attraction technique d'un droit des obligations rénové. Mais ceci est une autre histoire !

(35) V. toutefois, B. Maumont, thèse préc.

(36) La nature juridique de ces rétractations de consentement mérite une étude complète.

(37) En réalité ces « consentements » sont tous de nature différente ce qui ne justifie guère qu'on traite les rétractations éventuelles de la même façon.

(38) V., toutefois, O. Laouennan, JCP 2003. I. 149 ; M. Rebourg, Dr. fam. n° 17.

(39) L'art. 373-2-13 c. civ. ferait l'objet d'une modification pour permettre une révision post-divorce devant le JAF des modalités d'exercice de l'autorité parentale.

(40) Mais nombre des conditions de fond sont dans les art. L. 2141-1 CSP.

(41) Sur l'application limitée du texte à la seule IAD, Civ. 1^{re}, 16 mars 2016, n° 15-13.427, AJ fam. 2016. 212, obs. M. Saulier ; RTD civ. 2016. 333, obs. J. Hauser ;

(42) F. Granet-Lambrechts, AJ fam. 2014. 300. – Gestation pour autrui : *Surrogate motherhood*, Soc. de législ. comparée, vol.12, dir. F. Monéger, 2011.

10

**Regards comparatistes internes sur la réforme du droit
des contrats. Réflexion sur l'identité contractuelle
française**

*Par Jérémy Antippas, Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas - Paris II,
Maître de conférences en droit privé, Université Jean Moulin - Lyon III*

Extrait d'un article paru dans l'AJDA – septembre 2016

CONTRAT

Regards comparatistes internes sur la réforme du droit des contrats

Réflexion sur l'identité contractuelle française

PAR JEREMY ANTIPPAS

DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS - PARIS II,
MAÎTRE DE CONFÉRENCES EN DROIT PRIVÉ, UNIVERSITÉ JEAN MOULIN - LYON III

L'ESSENTIEL

Si la réforme du droit des contrats voyant le jour en droit privé a pu être inspirée par des droits étrangers et spécialement européens, ses auteurs ne se sont, en revanche, pas interrogés sur ce que le droit privé peut gagner de sa comparaison avec le droit public des contrats, ni sur ce qui a ou au contraire n'a pas vocation à différer dans les deux branches du droit interne des contrats. Cette omission apparaît d'autant plus regrettable que seule la comparaison de celles-ci permet d'appréhender des éléments de ce qui semble pouvoir constituer l'identité contractuelle française. Aussi, au moment même où la réforme du droit des contrats est sur le point d'être parachevée, le législateur gagnerait à effectuer cette comparaison pour la cohérence mais aussi l'effectivité et l'attractivité du droit français des contrats.

La réforme du droit des contrats qui voit aujourd'hui le jour (ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, JO 11 févr., n° 26) en droit privé français est le fruit d'une vaste réflexion sur l'évolution historique de la matière et sa comparaison avec différents droits étrangers, spécialement européens, des contrats.

Mais un important élément de comparaison a ainsi largement été laissé de côté : le droit public interne des contrats. Droit public, certes, mais droit interne et droit des contrats tout de même..., celui-ci a largement été laissé de côté, en premier lieu, par la doctrine privatiste (v. F. Chénéde, *Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle*, AJDA 2009. 923).

Ne se sont ainsi globalement attelés à la comparaison du droit privé avec notre droit public des contrats, ni l'avant-projet Catala de 2005¹, ni le projet Terré de 2008².

Récemment, ont été lancés des « Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations »

(C. Cousin, H. Guiziou, M. Leveneur-Azémar, B. Moron-Puech et A. Stévignon, D. 2015. 1115), mais non des regards comparatistes internes.

D'ailleurs, en commentant minutieusement le dernier projet de réforme avant l'ordonnance, un ouvrage récent ne fait que deux rapides références au droit public des contrats (N. Dissaux et C. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2015; s'agissant de l'imprévision: p. 95, et à propos de l'enrichissement sans cause: p. 155).

Mais les lacunes comparatistes internes se constatent également, en second lieu, au niveau des pouvoirs publics. À preuve, le rapport remis au Président de la République sur l'ordonnance est presque totalement muet sur le droit des contrats publics. Il se borne à énoncer de manière lapidaire, et au demeurant contradictoire, que « [l']article 1195 constitue [...] l'une des innovations importantes de l'ordonnance, puisqu'il introduit l'imprévision dans le droit des contrats français, notion bien connue en jurisprudence administrative ».

En fait de comparaison, le rapport se réfère lui aussi plus volontiers aux droits étrangers. Au sujet même de l'imprévision, il revendique d'ailleurs l'inspiration des systèmes juridiques européens, et non une quelconque volonté d'harmonisation interne (« La France est l'un des derniers

¹ - P. Catala [dir.], *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006; v., en son sein, Ph. Malaurie, *Exposé des motifs*, Livre troisième, Titre XX, De la prescription et de la possession (art. 2234 à 2281), et G. Viney, *Exposé des motifs*, sous-titre III, De la responsabilité civile (art. 1340 à 1386).

² - F. Terré, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008; v., en son sein, F. Terré et L. Fitoussi, *Prolégomènes*, p. 44; et C. Witz, *Contrat ou acte juridique?*, p. 62.

pays d'Europe à ne pas reconnaître la théorie de l'imprévision comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat, et dont la consécration est inspirée du droit comparé comme des projets d'harmonisation européens [...].» Il procède de manière similaire pour justifier la suppression de la cause, au sujet de laquelle le droit public des contrats, qui ne va ici nullement dans le sens de l'ordonnance (v. *infra*), est même purement passé sous silence. Cause dont il est seulement souligné dans le rapport qu'elle est « ignorée de la plupart des droits étrangers comme des différents instruments européens de codification ».

Pourtant, l'attractivité du droit français, objectif affiché de la réforme, suppose sans doute également, sinon d'harmoniser les deux droits internes des contrats, à tout le moins de ne pas se priver des utilités que peut offrir notre droit public en la matière.

D'autant plus que, en dépit d'anciennes analyses publicistes du contrat (v., spéc., G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Pédone, 1945), tenant celui-ci pour très éloigné de son homologue de droit privé, les auteurs de droit public contemporains semblent plutôt reconnaître la parenté du contrat public par rapport à celui de droit privé (v., spéc., J. Waline, *La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif*, in *Mélanges*, J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 965).

Quoi qu'il en soit, les auteurs publicistes s'interrogent plus systématiquement sur les rapports qu'entretient le contrat public avec son homologue privé. Cependant, la réciproque est loin d'être acquise en droit privé, où l'on réfléchit encore très largement à la matière contractuelle sans se référer à notre droit des contrats publics.

Or, les deux droits internes des contrats s'inscrivent, si l'on ose cet emprunt, dans un important cadre commun de référence. Cadre historique. Cadre socio-politico-économique. Cadre linguistique...

Certes, comparaison n'est pas raison. Des différences peuvent et doivent même exister mais à condition d'être justifiées. Pour prendre l'exemple le plus fameux, chacun comprend que l'imprévision peut ne pas impliquer les mêmes effets au sein respectivement des droits privé et public des contrats. On peut comprendre qu'en droit

public, elle donne droit à indemnisation et non à l'inexécution d'un contrat ayant trait à l'intérêt général, quand, en droit privé, on peut s'interroger sur sa faculté à entraîner une éventuelle modification, voire une fin du contrat. En revanche, il était peu intelligible que, depuis longtemps, le droit privé la rejetât, cependant que le droit public la prenait en considération.

À côté de ce cas le plus criant, seul visé mais malheureusement non explicité par le rapport, bien d'autres points de réflexion comparatiste interne manquent purement et simplement.

Ainsi, n'y eut-il aucune réflexion sur les règles qui doivent ressortir spécifiquement au droit public des contrats et celles qui, au contraire, ne le semblent nullement. C'est là, selon nous, une importante lacune de la réforme.

Partant, à l'heure où, en matière contractuelle, nous sommes en définitive tous sur le point de redevenir « professeurs de code civil »³, il semble, non sans un certain paradoxe, plus que jamais nécessaire d'intégrer le droit public dans nos réflexions sur l'évolution de notre droit privé.

Plus précisément, voici quelques années, le Conseil constitutionnel a fait mention de l'« identité constitutionnelle de la France » (Cons. const. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, consid. 19 et 28, D. 2006. 2157, chron. C. Castets-Renard, 2878, chron. X. Magnon; et 2007. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino; RTD civ. 2006. 791, obs. T. Revet; et 2007. 80, obs. R. Encinas de Munagorri); la doctrine privatiste a pu, quant à elle, se référer notamment à l'« identité contractuelle européenne » (v. Y. Lequette, *Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar*, D. 2002. 2202, § 1 [considérant les différents droits civils comme un élément de l'identité des peuples]; D. Mazeaud, *Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat*, D. 2007. 2959, spéc. § 2, 3, 4, 5 et 6). À leur croisée, nous voudrions ici nous interroger brièvement sur l'identité contractuelle de la France.

En d'autres termes, quitte à suivre une tendance consumériste actuelle, sur l'évolution de l'ensemble du droit contractuel « produit en France » (seuls certains points seront cependant approfondis dans le cadre de cette étude)...

La réforme du droit des contrats constitue, en effet, une formidable occasion de réfléchir à la question, tant on peut en droit privé retirer du droit public des contrats quelque enseignement et utilité. Pourtant, l'occasion a, jusqu'ici, été manquée. Sans doute d'aucuns nous rétorqueraient que les choses sont désormais faites et qu'il sied dorénavant seulement de se familiariser avec la réforme telle qu'elle a été adoptée par le gouvernement (v. M. Mekki, *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, D. 2016. 494, nos 3 et 33). D'autant plus qu'un projet de loi de ratification vient d'être déposé à l'Assemblée nationale (projet de loi n° 39-28 du 6 juill. 2016 prévoyant au sein d'un article unique que « l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats,

L'attractivité du droit français suppose de ne pas se priver des utilités que peut offrir notre droit public

³ - Ainsi se qualifiaient (not. Th. Huc) G. Baudry-Lacantinerie ou encore Bugnet pendant l'Exégèse.



du régime général et de la preuve des obligations est ratifiée »).

Cependant, rien ne justifie à notre sens de se priver de débats démocratiques, devant la représentation nationale, dans le cadre de l'adoption à venir de ce projet de loi de ratification.

Si, donc, la controverse sur l'opportunité de réformer le droit des contrats par ordonnance n'a évidemment plus lieu d'être, reste que cette réforme peut, et même

doit, encore être améliorée. Les débats gagneraient ainsi, selon nous, à être conduits spécialement dans la perspective d'une analyse comparée des deux branches du droit des contrats pour une meilleure cohérence interne, et ainsi efficacité, de la matière.

Dans son état actuel, la réforme contribue, sans aucune réflexion comparatiste interne sur l'identité contractuelle française, tantôt à dessiner celle-ci, ce qui peut être approuvé, tantôt à l'effacer, ce qui au contraire peut largement être regretté mais encore corrigé.

Cette réforme peut et, même, doit encore être améliorée

I - L'IDENTITÉ DESSINÉE

Quoique aucun réel regard comparatiste interne ne fût envisagé par ses auteurs, la réforme contribue néanmoins à dessiner une certaine identité contractuelle française. D'une part, en consacrant des éléments privatistes repris par le droit public; d'autre part, en rapprochant à certains égards le droit privé du droit public des contrats.

A. La consécration d'éléments privatistes repris par le droit public

L'ordonnance consacre tout d'abord expressément la liberté contractuelle (art. 1102) qui est partagée par le droit public des contrats (F. Lichère, *Droit des contrats publics*, Dalloz, 2005, p. 24) et apparaît, en définitive, consubstantielle à tout Etat libéral.

Cette liberté contractuelle conduisit notamment à l'émergence, en droit privé, de figures contractuelles non prévues par le code civil. On pense spécialement aux contrats-cadre dont l'ordonnance fait une catégorie nommée de contrats (art. 1111). Or, le juge administratif avait contribué à y faire référence: dans le contentieux de la responsabilité (CE 19 févr. 1988, n° 51456, *Société Robotel SLPI*, Lebon) mais aussi fiscal (CE 20 nov. 2013, n° 358331) ou encore de la concurrence (CE, ass., 21 déc. 2012, n° 362347, *Groupe Canal Plus*, Lebon; AJDA 2013. 215, chron. X. Domino et A. Bretonneau; RFDA 2013. 70, concl. V. Daumas).

La stipulation pour autrui est également consacrée de manière générale par l'ordonnance (art. 1205 et s.). Or, le Conseil d'Etat la reconnut dès le début du xx^e siècle (v., not., CE 22 juill. 1927, *Syndicat des employés et contremaîtres des secteurs électriques de la Seine*, Lebon 826).

La liberté contractuelle se retrouve également s'agissant du régime des pourparlers. Nul n'ignore que, dans le pur silence du code civil à leur égard, la Cour de cassation esquissa un droit des pourparlers avec d'abord une liberté de principe qui est, ensuite, limitée par l'abus, lequel est, enfin, sanctionné par la responsabilité extracontractuelle.

Là aussi, l'ordonnance consacre la jurisprudence judiciaire (art. 1112). Mais, à cet égard encore, le Conseil d'Etat adopte la même position (CE 23 juill. 1974, n° 87024, *Association «Maison familiale de vacances de Vars»*, Lebon T.; CE 29 avr. 1977, n° 96558, *Société d'aménagement de Bray-Dunes*, Lebon T.). Par où l'on voit d'ailleurs, au-delà d'une communion des deux droits internes des contrats, une position contrastant avec celle de certains droits étrangers, spécialement celle du droit allemand qui consacre la célèbre théorie de la *culpa in contrahendo* de Ihering (M. Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 1993, p. 42), conduisant à une responsabilité quasi contractuelle (C. Witz, *Le droit allemand*, Dalloz, 2^e éd., 2013, p. 139).

L'ordonnance pose, en outre, clairement un devoir notamment de conclure le contrat de bonne foi (art. 1104). Ce qui, comme chacun sait, avait été consacré par la Cour de cassation près de deux cents ans après que Portalis l'eut considéré comme superfétatoire. Or, de son côté, le Conseil d'Etat a également depuis lors clairement fait référence à une exigence générale de loyauté dans les relations contractuelles qui allait, par rapport au principe de liberté contractuelle, moins de soi (CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802, *Commune de Béziers I*, Lebon avec les concl.; AJDA 2010. 142, chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi; D. 2011. 472, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson; RDI 2010. 265, obs. R. Noguelou; AJCT 2010. 114, Pratique O. Didriche; RFDA 2010. 506, concl. E. Glaser, et 519, note D. Pouyaud; RTD com. 2010. 548, obs. G. Orsoni; Rev. UE 2015. 370, étude G. Eckert; GAJA, 20^e éd., Dalloz, 2015, n° 112). D'ailleurs, sans doute cet aspect rapproche-t-il notre droit des contrats de la plupart des systèmes juridiques européens (v. D. Mazeaud, *Les Principes du droit européen du contrat*, n° 16, préc.), mais il l'éloigne également d'autres. On pense en particulier au système de *common law* (v., par ex., Y.-M. Laithier, *L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire? Réflexions comparatives*, D. 2014. 33; H. Beale, *La réforme du droit français des contrats et le «droit européen des contrats»: perspective de la Law Commission anglaise*, RDC 2006. 135).

De même, l'ordonnance fait mention des attentes légitimes des contractants. L'article 1166 pose ainsi: «Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties [...]». De telles attentes des protagonistes avaient déjà été une préoccupation croissante de la Cour de cassation, dès avant l'entrée de ces derniers sur la scène contractuelle. Il n'est que de mentionner l'exemple de l'offre qui, selon la Haute juridiction judiciaire, doit nécessairement être maintenue pendant un délai raisonnable (exigence reprise par l'art. 1116 nouveau), ou encore celui des pourparlers (v. *infra*).

Donc, le Conseil d'Etat s'attache lui aussi à protéger ces attentes légitimes (v., par ex., CE 25 juill. 1980, n° 9768; CE 26 sept. 2007, n° 247277, *Société procédé et matériel de construction*, AJDA 2007. 2279).

Dans un registre similaire, chacun sait qu'en dépit des célèbres critiques de la part de Josserand (*Le contrat dirigé*, DH 1933. 89), le juge s'est reconnu la possibilité de découvrir ou de créer des obligations contractuelles non expressément visées par les parties, mais néanmoins impliquées par l'accord. Or, il semble en aller de même en droit public où les obligations contractuelles sont interprétées par le juge également suivant la fonction finaliste du contrat (L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 8^e éd., 2012, p. 246,

n° 398). En somme, ce qui apparaît comme constituant l'adage « par le contrat, mais au-delà du contrat » semble bien être partagé par les deux branches internes du droit des contrats. Ainsi, avec l'article 1194, l'ordonnance consacre un certain interventionnisme juridictionnel qui pourrait sans doute rebuter le juriste de *common law* (H. Beale, préc., p. 143) mais qui paraît, néanmoins, constituer un élément de notre identité contractuelle.

Par ailleurs, du code civil actuel (art. 1583), il résulte que le transfert de propriété s'opère *solo consensu*. L'ordonnance le réaffirme de manière générale (art. 1196) d'autant plus opportunément que la portée de la règle a pu être discutée (v. Wester-Ouisse, Le transfert de propriété *solo consensu*: principe ou exception?, RTD civ. 2013. 299). Mais surtout, là encore, le droit public des contrats est dans le même sens (CE 19 déc. 2008, n° 301189, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Société Barclays Bank PLC*, Lebon T.; CE 20 mars 2015, n° 369167).

Au reste, comme dans le droit privé actuel et nouveau (art. 1196, al. 2), cette règle peut être écartée par la loi ou les parties en droit public des contrats (CE 5 avr. 2013, n° 350846). Or, là encore, cette communion des deux droits internes des contrats est à souligner et contribue à singulariser notre droit par rapport à d'autres systèmes juridiques. On pense spécialement de nouveau au droit allemand au sein duquel l'accord des volontés ne suffit pas à entraîner le transfert de propriété.

En outre, si l'article 1150 du code civil actuel prive de tout effet les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en cas de dol du débiteur, la Cour de cassation a tenu la faute lourde de l'intéressé pour équipollente au dol. Ce principe – qui put être discuté au nom des différences fondamentales entre le dol, qui signifie mauvaise foi du débiteur, et la faute lourde, qui ne traduit au fond que l'incompétence de ce dernier – a pourtant été adopté également par le Conseil d'Etat. Celui-ci, en effet, assimile la seconde au premier pour priver d'efficacité les clauses en question (v., not., CE, sect., 17 déc. 1954, *Société Deloffre*, Lebon 675; CE 11 déc. 2000, n° 202971, *Mme Agofroy*, Lebon; AJDA 2001. 193, note M. Rautet et O. Rousset; RFDA 2001. 1277, concl. S. Austry). Partant, avec le nouvel article 1231-3 reprenant la solution, l'ordonnance contribue là encore opportunément à rendre compte de l'identité du droit français des contrats.

S'agissant du critère de distinction des nullités relative et absolue, l'ordonnance (art. 1179) fait le départ entre la première qui sanctionne l'atteinte à un intérêt privé, et la seconde qui fulmine un intérêt public. Une fois encore, ces solutions, même si elles ne fournissent précisément qu'une sécurité juridique relative et non absolue (quel est, par exemple, le type de nullité encourue en cas de contrariété à l'ordre public du fait de la méconnaissance d'un droit fondamental?), ont été reprises par le droit public des contrats. Spécialement, un rapporteur public (E. Glaser, concl. sur CE, ass., 28 déc. 2009, *Bézières I*, n° 304802, RFDA 2010. 506) sembla endosser le rôle de professeur de droit privé des contrats en dispensant, manuels privatistes à l'appui, au Conseil d'Etat une véritable leçon de droit civil, expliquant que la nullité relative ne peut être invoquée que par la victime, quand la nullité absolue peut être invoquée par tout intéressé, et que seule la première est susceptible de confirmation.

Là encore, cela traduit une certaine identité du droit français des contrats, contrastant au reste avec d'autres

droits comme le droit anglais qui distingue le contrat *void* du contrat *avoidable* (J.-C. Montanier et G. Samuel, *Le contrat en droit anglais*, PUG, 1999, p. 42 et s., n°s 44 et s.).

B. Le rapprochement du droit privé des contrats du droit public

Si, comme le montre son rapport de présentation, les auteurs de l'ordonnance n'ont nullement cherché à rapprocher du droit public le droit privé des contrats, celle-ci opère néanmoins objectivement certains rapprochements qui doivent être approuvés. Cela tant sur le plan des principes du droit des contrats que des techniques retenues en la matière.

1. Sur le plan des principes

On passera rapidement sur le devoir de motivation dont on sait qu'il imprègne le droit public général pour les décisions défavorables (CRPA, art. L. 211-1 et s.). On retrouve dans l'ordonnance ce devoir (à la différence du projet de la Chancellerie rendu public le 25 févr. 2015 qui prévoyait un devoir de justification) en matière contractuelle à la charge du créancier ayant fixé unilatéralement le prix, en cas de contestation par le débiteur, dans les contrats-cadre (art. 1164) comme dans les contrats de prestation de service (art. 1165).

Plus fondamentalement, s'il se caractérise par la reconnaissance d'un pouvoir pour l'administration d'intervention unilatérale (modification et résiliation : L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, n°s 455 et s., préc.) dans le contrat, le droit public en tempère néanmoins la portée, spécialement à travers un contrôle de la part du juge.

D'une manière finalement assez comparable, l'ordonnance consacre à plusieurs égards cet unilatéralisme tempéré par le contrôle du juge. À travers la possibilité pour le créancier de procéder à la résolution unilatérale, mais en cas seulement de gravité de l'inexécution du contrat par le débiteur et sous le contrôle du juge (art. 1226), comme l'avait déjà admis la Cour de cassation dans son célèbre arrêt *Tocqueville* (Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, D. 1999. 197, note C. Jamin, et 115, obs. P. Delebecque; RDSS 2000. 378, obs. G. Mémeteau et M. Harichaux; RTD civ. 1999. 394, obs. J. Mestre, et 506, obs. J. Raynard). A travers, encore, la possibilité reconnue au créancier d'un contrat de prestation de service de fixer unilatéralement le prix, à charge de motivation par ce dernier en cas de contestation émanant du débiteur, et en tout cas là encore sous le contrôle du juge (art. 1165).

Mais l'unilatéralisme introduit est également tempéré par sa source. Est, à ce titre, consacrée la possibilité pour l'une des parties de fixer unilatéralement le prix dans les contrats-cadre, possibilité qu'avait reconnue la Cour de cassation dans sa célèbre solution de 1995 (Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.999, D. 1996. 13, concl. M. Jeol, note L. Aynès; et 1998. 1, chron. A. Brunet et A. Ghozi; RTD civ. 1996. 153, obs. J. Mestre; RTD com. 1996. 316, obs. B. Bouloc; et 1997. 1, étude M. Jeol, 7, étude C. Bourgeon, 19, étude C. Jamin, 37, étude T. Revet, 49, étude D. Ferrier, 67, étude M. Pédamon,

L'ordonnance opère objectivement certains rapprochements qui doivent être approuvés



et 75, étude P. Simler ; v., à cet égard not., P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGD, 2004, p. 195 et s.), mais, désormais, seulement en cas de prévision initiale par le contrat (art. 1164).

Quoi qu'il en soit, l'ordonnance ne permet pas, de manière générale, la détermination unilatérale du contenu du contrat, contrairement à d'autres systèmes juridiques (Lando, v. art. 6:105 ; implicitement, v., à ce sujet, D. Mazeaud, *Les Principes du droit européen des contrats*, n° 11, préc.).

De même, pour le prononcé de la nullité, si l'ordonnance permet qu'elle soit constatée par les parties d'un commun accord, elle maintient, en revanche, l'intervention judiciaire à défaut d'entente entre les intéressés (art. 1178). N'est ainsi pas davantage consacrée la possibilité de constat unilatéral de la nullité que connaissent certains systèmes étrangers (v. D. Mazeaud, *Les Principes du droit européen du contrat*, n° 12, préc.). Or, en droit des contrats publics, c'est également le juge qui prononce la nullité (C. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, 3^e éd., PUF, 2011, p. 340, n° 448).

l'ordonnance de la nullité que connaissent certains systèmes étrangers (v. D. Mazeaud, *Les Principes du droit européen du contrat*, n° 12, préc.). Or, en droit des contrats publics, c'est également le juge qui prononce la nullité (C. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, 3^e éd., PUF, 2011, p. 340, n° 448).

2. Sur le plan des techniques

En droit privé des contrats, s'est posée la question du moment exact de la rencontre des volontés et spécialement de l'effet d'une acceptation ne portant que sur les points principaux de l'offre. On se souvient que, à défaut pour le législateur d'avoir réglé la question de manière générale (comp. avec l'art. 1583 du C. civ., pour la vente), la Cour de cassation a laissé aux juges du fond le soin de déterminer si cela entraîne la conclusion du contrat ou un simple accord de principe obligeant les protagonistes à poursuivre de bonne foi les négociations sur les points secondaires (Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des contrats*, LexisNexis, 2014, p. 102, n° 131). L'ordonnance résout la difficulté en prévoyant que l'offre « comprend les éléments essentiels du contrat envisagé » (art. 1114) et que l'acceptation « est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre » (art. 1118). L'accord sur les éléments essentiels suffit ainsi à faire naître le contrat. Cette clarification est d'autant plus opportune qu'il s'agit également de la position du Conseil d'État (v., par ex., CE 11 sept. 2006, n° 255273, *Commune de Théoule-sur-Mer*, Lebon ; AJDA 2006. 2125, note J.-D. Dreyfus).

L'ordonnance, en outre, ne reprend pas la distinction entre les obligations de faire, de ne pas faire et de donner. Cette classification avait pu faire l'objet de discussions, en particulier en raison de son insuffisance ou des difficultés liées à la notion même d'obligation de donner. Or, si le Conseil d'État (v., par ex., CE 27 févr. 1974, n° 87964, *Commune de Gouaux*, Lebon ; CE 5 févr. 2014, n° 371121, *Société Equalia, Société Polyxo c/ Communauté de communes de Saint-Dizier, Der et Blaise*, AJDA 2014. 1397, note J.-S. Boda et P.-A. Rohan ; AJCT 2014. 265, obs. A. Gonzalez) comme les rapporteurs publics (v. M. Guyomar, concl. sur CE, ass., 8 juill. 2005, n° 247976, *Société Alusuisse-Lonza-France*, Lebon) se sont fréquemment référés à une obligation de faire, il s'est agi, en réalité pour eux, de s'interroger sur la faculté du juge à la créer. Ils ne semblent d'ailleurs pas davantage

avoir adopté l'obligation de donner, du moins dans le sens que le droit privé lui confère (comp., CE 21 mai 1909, n° 18523, *Gay et Chambre syndicale des propriétaires de Marseille*, Lebon, sur le point de savoir si le maire avait excédé ses pouvoirs « en étendant aux maisons existantes l'obligation de donner jour et air aux cabinets d'aisance sur des courettes de dimensions déterminées »).

Le nouvel article 1137 (al. 1^{er} : « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. ») prévu par l'ordonnance ne reprend pas non plus la distinction entre dol principal et dol incident qu'avaient esquissée une partie de la doctrine et certaines solutions de jurisprudence avant d'être critiquées (v. D. Bakouche, *La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident*, JCP 2012. 851). Or, le droit des contrats publics, s'il a également un temps consacré la distinction entre dol principal et dol incident (CE 14 déc. 1923, *Société des Grands-Moulins de Corbeil*, Lebon 851), a finalement semblé l'abandonner (CE 19 déc. 2007, n° 268918, *Société Campenon Bernard c/ SNCF*, Lebon 507 ; AJDA 2008. 814, note J.-D. Dreyfus ; RFDA 2008. 109, note F. Moderne ; E. Glaser, concl. sur CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802, *Commune de Béziers*, RFDA 2010. 506), tant elle paraissait, là encore, discutable (M. Ubaid-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 2015, p. 71, n° 130). Le nouveau droit privé des contrats semble ainsi, sur ce point aussi, en harmonie avec le droit public des contrats.

Chacun, par ailleurs, sait que l'ordonnance fait référence, au titre des éléments nécessaires à la validité d'un contrat, à un « contenu licite et certain » (art. 1128). Mais, une fois de plus, la notion n'est pas inconnue du droit public des contrats. Ici, un commissaire du gouvernement énonce par exemple que « le contenu du contrat est le plus souvent prédéterminé par des dispositions réglementaires qui s'imposent aux parties » (concl. B. Genevois sur CE, sect., 25 mai 1979, *M^{me} Rabut*, Lebon 236 *in fine*) ; là, le Conseil d'État vise le « caractère illicite du contenu du contrat » (v., spéc., CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802, *Béziers I*, préc.).

En outre, l'une des innovations majeures de l'ordonnance est l'intégration dans le code civil de la protection contre les clauses abusives. Le projet de 2015 (art. 1169) prévoyait : « Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. » Les défauts du texte, tenant spécialement à la sanction inédite retenue, ont déjà suffisamment été montrés. Cependant, il convient ici d'y ajouter que les solutions alors prévues s'éloignaient également de celles retenues par le Conseil d'État. En particulier, de son célèbre arrêt *Société des eaux du Nord*. Il y juge, en effet, à propos de dispositions d'un règlement du service de distribution d'eau qui mettaient à la charge du client abonné toutes les conséquences dommageables pouvant résulter de l'existence et du fonctionnement de la partie du branchement située en dehors du domaine public et en amont du compteur, sauf faute du service des eaux, qu'elles « peuvent conduire à faire supporter par un usager les conséquences de dommages qui ne lui seraient pas imputables sans pour autant qu'il lui soit possible d'établir une faute de l'exploitant ; qu'elles s'insèrent, pour un service assuré en monopole, dans un contrat d'adhésion ; qu'elles ne sont pas justifiées par les caractéristiques particulières de ce service public ; qu'elles présentent ainsi le caractère d'une clause abusive au sens des dispositions

Le nouveau droit privé des contrats semble, sur le dol, en harmonie avec le droit public des contrats

précitées de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 [...] ; qu'elles ne sont pas davantage conformes aux dispositions précitées de l'article L. 132-1 du code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} février 1995, d'ordre public » (CE, sect., 11 juill. 2001, n° 221458, *Société des eaux du Nord*, Lebon avec les concl.; AJDA 2001. 857, 853, chron. M. Guyomar et P. Collin, et 893, note G. J. Guglielmi; D. 2001. 2810, chron. J. Amar; RTD civ. 2001. 878, obs. J. Mestre et B. Fages; RTD com. 2002. 51, obs. G. Orsoni). Or, on sait que ces textes de droit interne n'ont jamais, contrairement à la directive européenne du 5 avril 1993, limité la lutte contre les clauses abusives aux contrats d'adhésion. Si sa référence certaine au contrat d'adhésion pourrait sans doute aussi être lue comme une certaine révérence à l'égard du droit de l'Union, le juge administratif suprême ne lie pas moins la clause abusive à ce type de contrat.

De ce point de vue, en limitant dans le droit commun la protection contre les clauses abusives aux contrats d'adhésion (art. 1171), l'ordonnance rapproche le droit privé du droit public des contrats.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat, dans l'arrêt précité, conclut à l'égard des clauses litigieuses « qu'elles étaient [...] illégales dès leur adoption ». Aucune référence ne fut donc faite à une quelconque suppression de la clause à la demande d'une partie, à rebours du projet de 2015. Là encore, en reprenant la sanction de la clause réputée non écrite (art. 1171), l'ordonnance rétablit une certaine cohérence, non pas seulement entre les droits civil et de la consommation, mais aussi et peut-être surtout entre les droits privé et public des contrats.

L'une des innovations majeures de l'ordonnance, et d'ailleurs revendiquée comme telle par le rapport, est, bien sûr, la prise en compte de l'imprévision (art. 1195). Le texte prévoit qu'une partie « peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant », ce qui allait de soi, et que « les parties peuvent convenir de la résolution du contrat ». Cette dernière précision est soit de trop, car impliquée par la liberté contractuelle par ailleurs consacrée (art. 1102), soit trop peu, car l'article 1224 relatif à la résolution vise seulement trois cas : clause résolutoire (et non convention résolutoire), notification du créancier au débiteur ou décision de justice.

Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation, qui avait, dans son célèbre arrêt *Canal de Craponne* (Civ. 6 mars 1876, DP 1876. 1. 193, note Giboulot; *GAJC*, t. 2, 12^e éd., Dalloz, 2008, p. 183), dénié au juge le pouvoir de modifier le contrat en cas de survenance d'un événement non prévu au jour de la conclusion de l'acte, avait certes depuis lors tempéré sa solution (v., spéc., Com., HS 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Huard*, Bull. civ. IV, n° 338; JCP 1993. II. 22164, note G. Virassamy; Com. 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *Chevasus-Marche*, Bull. civ. IV, n° 277). Mais elle n'avait jamais franchi le pas, à la différence de la position adoptée par son homologue depuis le début du XX^e siècle dans le non moins fameux arrêt *Gaz de Bordeaux* (CE 30 mars 1916, n° 59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Lebon; DP 1916. 3. 25; *GAJA*, Dalloz, 2013, 19^e éd., n° 30, p. 183). De ce point de vue, l'ordonnance, quoique inspirée par plusieurs droits étrangers comme l'indique le rapport, rend objectivement plus harmonieux également les droits privé et public internes des contrats.

A la suite d'une jurisprudence oscillante de la part de la Cour de cassation, l'ordonnance définit par ailleurs la force majeure en matière contractuelle (art. 1218) comme

« un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur », avant d'ajouter : « Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit. »

On croirait presque lire Tardieu qui avait, en effet, invité le Conseil d'Etat (concl. sur CE 29 janv. 1909, *Compagnie des messageries maritimes*, DP 1910. 3. 89) à retenir les trois critères suivants : indépendance du fait par rapport à la volonté du débiteur (et non une quelconque extériorité qui peut être délicate en cas, par exemple, de maladie du débiteur), impossibilité de prévision et d'empêchement et caractère définitif de celui-ci. En la matière encore, des regards comparatistes internes eussent sans doute permis d'éviter ce que Carbonnier n'aurait pas manqué d'appeler un immense gâchis de temps et d'intelligence.

On sait également qu'en cas de rétractation de la promesse unilatérale par le promettant, alors que l'option n'a pas encore été levée par le bénéficiaire, la Cour de cassation (v., spéc., Civ. 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, Bull. civ. III, n° 174) considère que seule une indemnisation peut être obtenue par ce dernier qui ne peut invoquer la formation du contrat promis. Cette position a été critiquée par la doctrine majoritaire. Or, le Conseil d'Etat adopta récemment la même solution (CE 2 avr. 2015, n° 364539, *Commune de Case-Pilote*, Lebon; AJDA 2015. 719; D. 2015. 869; AJCA 2015. 320, obs. J. Dubarry).

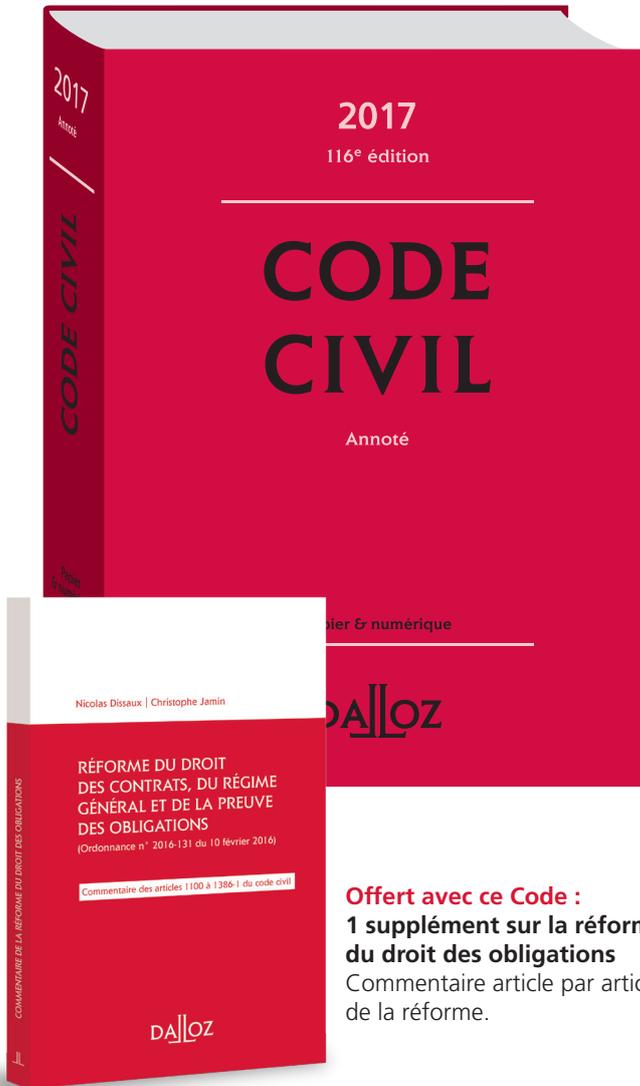
Sur ce point, l'ordonnance opère un bris de jurisprudence (art. 1124, al. 3). Il n'est cependant, selon nous, guère à craindre que le droit privé des contrats s'éloigne à l'avenir du droit public sur ce point. En effet, en suivant son homologue judiciaire, le juge administratif suprême a seulement considéré qu'aucune donnée propre au droit public ne commandait ici une solution spécifique par rapport au droit privé. A preuve, l'arrêt précité prend soin, non seulement de se référer aux articles 1101, 1134 et 1589 du code civil, mais encore, fait plus rare, de préciser : « ainsi que le juge la Cour de cassation » (*ibid*). En foi de quoi, le droit privé des contrats réorienté pourra faire office de nouvelle boussole pour un juge administratif qui n'aura, en effet, semble-t-il pas davantage de raisons de maintenir une solution commandée de toute évidence par une sage absence de velléité d'autonomie aveugle par rapport au droit privé. Toujours est-il que si l'ordonnance contribue à dessiner plusieurs éléments de l'identité contractuelle française, elle tend malheureusement à en décimer d'autres. [...]

L'une des innovations majeures de l'ordonnance est la prise en compte de l'imprévision

ÉDITION 2017

CODE CIVIL

UNE ÉDITION 2017
SOUS LE SIGNE DE LA RÉFORME
DU DROIT DES OBLIGATIONS.
+ DE 450 ARTICLES MODIFIÉS !



Offert avec ce Code :
**1 supplément sur la réforme
du droit des obligations**
Commentaire article par article
de la réforme.

Plus pratique :

- ◆ des renvois des articles nouveaux aux articles anciens (y compris aux notes de jurisprudence) et inversement !
- ◆ des renvois conservés, sous les anciens articles, vers le projet de réforme de 2015, pour étudiants et chercheurs.
- ◆ des tables des matières et alphabétique entièrement revues et une **table de renvois** spécialement créée pour les nouveaux textes.
- ◆ chaque article nouveau précise explicitement sa date d'entrée en vigueur, sa source et renvoie aux dispositions transitoires.
- ◆ tous les renvois à l'intérieur du code ont été revus pour préciser si le renvoi s'opère vers le nouvel ou vers l'ancien article.

Plus opérationnel :

- ◆ **transfert raisonné** des notes de jurisprudence pertinente sous les nouveaux articles pour tenir compte du fait que la jurisprudence ancienne a été « codifiée ».
- ◆ **bibliographie** indispensable
- ◆ pour un **outil de travail complet, conforme à nos exigences de qualité** tant pour l'étudiant que pour le professionnel.

Et toujours :

- ◆ des centaines de textes complémentaires indispensables.
- ◆ plusieurs centaines d'arrêts nouveaux.

Services numériques inclus



Mise à jour
en continu



Liens de
jurisprudence



Accessible
depuis Word®



Disponible partout

JE RENOUVELLE MON CODE

RETROUVEZ LES REVUES AYANT SERVI À CONSTITUER CE DOSSIER



Recueil Dalloz

La référence des professionnels du droit

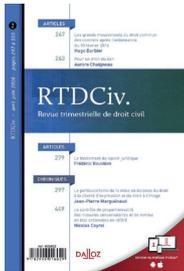
[EN SAVOIR PLUS](#)



Dalloz IP/IT

L'actualité juridique du droit de la propriété intellectuelle et du numérique

[EN SAVOIR PLUS](#)



RTDciv.

La revue trimestrielle de droit civil

[EN SAVOIR PLUS](#)



AJDI

L'actualité juridique droit immobilier

[EN SAVOIR PLUS](#)



Revue des sociétés

Un panorama complet de l'actualité du droit des sociétés

[EN SAVOIR PLUS](#)



Revue de droit du travail

L'analyse des meilleurs spécialistes

[EN SAVOIR PLUS](#)



AJ Contrat

L'Actualité juridique contrat [EN SAVOIR PLUS](#)



AJ Famille

L'actualité juridique famille

[EN SAVOIR PLUS](#)



RTDcom.

Revue trimestrielle de droit commercial et économique

[EN SAVOIR PLUS](#)



AJDA

L'actualité juridique droit administratif

[EN SAVOIR PLUS](#)

RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS : SOYEZ PRÊT POUR LE 1^{ER} OCTOBRE 2016



Retrouvez sur notre blog
reform-obligations.dalloz.fr
toutes les publications relatives à la réforme
(extraits d'ouvrages, articles, interviews, quiz...).

[BLOG RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS](#)