



Dossier La réforme du droit des obligations et le droit des affaires : regards de praticiens

4 Avocats

Brexit : quel impact pour les cabinets d'avocat

5 Experts-comptables

71^e congrès de l'Ordre des experts-comptables : 3 questions à Hubert Tondeur et Christian Scholer

6 Entreprises

L'automatisation du travail, un avenir incertain

Juriste d'entreprise : le serpent de mer du *legal privilege* a failli réapparaître

70 Fiches pratiques

Actualités Contrats d'affaires

Actualité

Avocats

- 4 Brexit : quel impact pour les cabinets d'avocat ?

Experts-comptables

- 5 71^e congrès de l'Ordre des experts-comptables :
3 questions à Hubert Tondeur et Christian Scholer

Entreprises

- 6 L'automatisation du travail, un avenir incertain
7 Juriste d'entreprise : le serpent de mer
du *legal privilege* a failli réapparaître

Fiches pratiques

70 Actualités Contrats d'affaires

Bastien Brignon, Adeline Cerati-Gauthier,
Anne-Marie de Matos, Vincent Perruchot-
Triboulet, Nancy Tagliarino-Vignal

74 Flash info du Journal Spécial des Sociétés

La réforme du droit des obligations et le droit des affaires : regards de praticiens

9 Avant-propos

Antoine Hontebeyrie, Avocat associé, Cabinet Racine

10 Le nouveau déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion

Valérie Ledoux, Avocat associé, Cabinet Racine

14 La résolution unilatérale du contrat commercial et la réforme du droit des obligations

Frédérique Chaput, Avocat associé, Cabinet Racine

17 Le nouvel abus de dépendance

Bastien Thomas, Avocat associé, Cabinet Racine,
Christophe Jeannin, élève avocat

21 Déséquilibre significatif, abus de dépendance et *private equity*

Luc Pons, Avocat associé, Cabinet Racine

25 Opérations de cession-acquisition et réforme du droit des obligations : quelques perspectives d'avenir

Mélanie Coiraton-Mavré, Luc Pons, Avocats associés,
Cabinet Racine

29 Quelques incidences de la réforme du droit des obligations sur les conditions stipulées dans les promesses de vente immobilières

Jean-Philippe Lorizon, Avocat associé, Emmanuelle Briand, Avocate, Cabinet Racine

32 La compensation : consécration et interrogations

Laurent Jourdan, Avocat associé, Cabinet Racine

35 Délégation et cession de dette : approche comparative

Barna Evva, Avocat associé, Cabinet Racine

40 Quelques incidences de la réforme du droit des obligations sur le cautionnement

Antoine Hontebeyrie, Avocat associé, Cabinet Racine

45 Divers aspects de la réforme du droit des obligations appliquée aux ventes de produits agricoles

Bruno Néouze, Avocat associé, Cabinet Racine

50 Le statut du fermage à l'épreuve de la réforme du droit des obligations

Samuel Crevel, Avocat associé, Cabinet Racine

55 La réforme du droit des obligations a-t-elle une influence sur le droit du travail ?

Par les associés et les collaborateurs du Pôle Social

60 La théorie de l'imprévision introduite par la réforme du droit des obligations est-elle d'inspiration publiciste ?

Damien Richard, Avocat associé, Cabinet Racine

63 Quelle évolution de l'office du juge dans la réforme du droit des obligations ?

Emmanuel Laverrière, Avocat associé, Cabinet Racine

66 La réforme du droit des obligations : questions de procédure

Claire Saint-Jevin, Avocat associé, Cabinet Racine

DOSSIER LA REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS ET LE DROIT DES AFFAIRES : REGARDS DE PRATICIENS

Les règles du Code civil qui régissent les contrats et les obligations datent, pour l'essentiel, de 1804. Elles ont été réformées par un texte qui entre en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Un tournant majeur se profile. Le codificateur de 1804 légiférait au seuil d'un empire qui allait tenter d'imposer son modèle dans toute l'Europe et même au-delà ; son œuvre connue d'ailleurs un rayonnement de premier ordre. L'actuel législateur cherche plutôt à ne pas détourner les opérateurs d'un système livré à la concurrence internationale. Celui de 1804 avait foi en la liberté contractuelle, qu'il considérait comme largement bénéfique. L'actuel s'en méfie, en tant qu'elle peut devenir un instrument de domination économique. Cette différence de vues annonçait forcément d'importants changements. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations le confirme. Dans le présent dossier, des praticiens du droit des affaires du Cabinet Racine s'attachent à identifier les incidences qu'elle est susceptible de produire au sein de leurs domaines d'activité respectifs.

09 Avant-propos

Antoine Hontebeyrie, Avocat associé, Cabinet Racine,
Professeur agrégé des facultés de droit,

10 Le nouveau déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion

Valérie Ledoux, Avocat associé, Cabinet Racine

14 La résolution unilatérale du contrat commercial et la réforme du droit des obligations

Frédérique Chaput, Avocat associé, Cabinet Racine

17 Le nouvel abus de dépendance

Bastien Thomas, Avocat associé, Cabinet Racine,
Christophe Jeannin, élève avocat

21 Déséquilibre significatif, abus de dépendance et *private equity*

Luc Pons, Avocat associé, Cabinet Racine

25 Opérations de cession-acquisition et réforme du droit des obligations : quelques perspectives d'avenir

Mélanie Coiraton-Mavré, Luc Pons, Avocats associés,
Cabinet Racine

29 Quelques incidences de la réforme du droit des obligations sur les conditions stipulées dans les promesses de vente immobilières

Jean-Philippe Lorizon, Avocat associé, Cabinet Racine
Emmanuelle Briand, Avocate, Directrice de mission,
Cabinet Racine

32 La compensation : consécutions et interrogations

Laurent Jourdan,
Avocat associé,
Cabinet Racine

35 Délégation et cession de dette : approche comparative

Barna Evva, Avocat associé, Cabinet Racine

40 Quelques incidences de la réforme du droit des obligations sur le cautionnement

Antoine Hontebeyrie, Avocat associé, Cabinet Racine,
Professeur agrégé des facultés de droit,

45 Divers aspects de la réforme du droit des obligations appliquée aux ventes de produits agricoles

Bruno Néouze, Avocat associé, Cabinet Racine

50 Le statut du fermage à l'épreuve de la réforme du droit des obligations

Samuel Crevel, Avocat associé, Cabinet Racine

55 La réforme du droit des obligations a-t-elle une influence sur le droit du travail ?

Par les associés du Pôle Social : Carla Di Fazio Perrin, Sarah
Usunier, Frédéric Broud, Alain Ménard,
Et les collaborateurs du Pôle Social : Stéphanie Raquillet, Pauline
Barthélémy, Gladys Annaïmi, Elise Mialhe, Laurianne Cunha,
Alessia Aldé, Guillaume Thuleau, Maylis Foucaud, Cabinet Racine

60 La théorie de l'imprévision introduite par la réforme du droit des obligations est-elle d'inspiration publiciste ?

Damien Richard, Avocat associé, Cabinet Racine

63 Quelle évolution de l'office du juge dans la réforme du droit des obligations ?

Emmanuel Laverrière, Avocat associé, Cabinet Racine

66 La réforme du droit des obligations : questions de procédure

Claire Saint-Jevin, Avocat associé, Cabinet Racine

Avant-propos

Antoine Hontebeyrie,
Avocat associé,
Cabinet Racine
Professeur agrégé des facultés de droit

A quel praticien du droit des affaires manque-t-il encore un Code civil ? Chacun sait que les deux sont intimement liés. L'échange, équilibré ou non, est au cœur des relations qui ont trait au commerce et à l'entreprise. Or, sur le plan du droit, il est originellement l'affaire du Code civil. Le contrat, qui procède d'un échange tout en en construisant un autre, et l'obligation, par l'exécution de laquelle celui-ci doit devenir réalité, sont des notions civilistes. Les autres codes et les textes spéciaux, aujourd'hui très largement majoritaires en volume, ont, par hypothèse, tous été conçus dans la conscience de cet environnement premier. Apporter des précisions, des dérogations, ou même de véritables affranchissements (ex. : les effets de commerce), ce n'est jamais effacer. Le Code civil reste-là, soit qu'il gouverne les espaces laissés libres, soit qu'il se combine avec les règles spéciales, ou même, lorsque celles-ci ont pour finalité de l'écartier complètement, qu'il permette de les comprendre. Il en ira ainsi du texte issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, qui entre en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Mais, retour des choses, ce texte, en l'état et donc sous réserve des modifications qui pourraient y être apportées lors de la procédure de ratification, est à divers égards inspiré de règles spéciales issues du droit des affaires.

La généralisation du devoir d'information précontractuelle (nouvel article 1112-1) est une évidente résonnance du droit de la consommation. Les conditions générales, qui font leur entrée dans le Code civil (nouvel article 1119), sont déjà connues dudit droit ainsi que du Code de commerce. La situation d'abus de dépendance (nouvel article 1143), à travers laquelle est notamment consacrée la nullité du contrat pour violence économique, est depuis longtemps appréhendée par le droit de la concurrence. La traque du déséquilibre significatif, lancée dans les contrats d'adhésion (nouvel article 1171), est déjà en cours dans le Code de commerce, ainsi que dans le droit de la consommation, où elle a commencé tout comme la règle d'interprétation *in favorem* que la réforme édicte pour ces mêmes contrats d'adhésion (nouvel article 1190). La résolution du contrat par notification, désormais prévue par la loi (nouvel article 1226), évoque notamment la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, ou encore les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. La réduction du prix, elle aussi consacrée par la loi (nouvel article 1223), rappelle la jurisprudence admettant la réfaction des ventes commerciales. La notion d'enrichissement injustifié (nouveaux articles 1303 et suivants), version sans cause de l'enrichissement sans cause, se rencontre dans le régime de la lettre de change. L'incidence de la connexité en matière de compensation, désormais traitée par le Code civil (nouvel article 1348-1, notamment), est déjà appréhendée par le Code de commerce. Le nouveau régime de la cession de créance (nouveaux articles 1321 et suivants) ressemble en partie à celui

prévu par le Code monétaire et financier pour les créances professionnelles ; etc. Bref, on assiste à une sorte d'enfoncement, pour ne pas dire d'offensive, du droit des affaires au sein du Code civil. Ce phénomène va-t-il se poursuivre dans l'avenir ? Quoi qu'il en soit, pour l'instant, il rend d'autant plus intéressante la vision de ceux qui ont déjà à connaître, dans leur quotidien, de ces règles et notions initialement « spéciales ».

Pour ces raisons, entre autres, la réforme intéresse les praticiens du droit des affaires – qui n'ont pas attendu de lire ces lignes pour s'en apercevoir ! Quiconque, avocat, juriste d'entreprise ou *knowledge manager*, a participé à une réunion interne traitant de cette réforme, dans quelque secteur que ce soit, sait l'importance des échanges qu'elle provoque et des nouveaux réflexes qui commencent à se mettre en place. Le présent dossier devrait contribuer à en dévoiler la mesure. Son objectif principal n'est pas de procéder à une nouvelle exégèse des textes issus de la réforme. Il s'agit de livrer un premier « retour sur expérience », l'expérience s'entendant ici de la façon dont les praticiens abordent le nouveau texte dans leurs propres secteurs et pratique. La palette est assez large. Des matières relevant directement du droit privé des affaires (*Private equity* ; *Opérations de cession-acquisition*), elle mène jusqu'au juge (*Quelle évolution de l'office du juge ?*) et au procès (*Questions de procédure*), en passant évidemment par les contrats (*Nouveau déséquilibre significatif* ; *Résolution du contrat commercial* ; *Nouvel abus de dépendance* ; *Vente d'immeuble*), mais aussi par le régime des obligations et les procédures collectives (*La compensation : consécration et interrogations*), le droit du financement (*Délégation et cession de dette*), le droit des sûretés (*Cautionnement*), le droit rural (*Vente de produits agricoles* ; *Statut du fermage*), le droit du travail (*Influence de la réforme ?*) et le droit public (*Imprévision*). L'articulation du nouveau dispositif avec les règles spéciales y occupe évidemment une place importante. C'est en effet l'une des grandes questions que soulèvera la mise en œuvre de la réforme, et qui découle du phénomène précédemment décrit. On trouvera aussi dans ce dossier des réflexions d'ordre pratique relatives aux difficultés que ce dispositif soulève dans tel ou tel domaine, et même aux incidences qu'il est susceptible de produire sur le déroulement des négociations et les comportements des différents acteurs. En somme, ces regards de praticiens voudraient apporter quelques pierres à l'édifice éditorial déjà bien en place et faire partager au lecteur la vision de ceux qui, avec d'autres, seront dès le mois d'octobre en première ligne.

Le nouveau déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion

Valérie Ledoux,
Avocat associé,
Cabinet Racine

1) La version initiale, qui figurait dans l'avant-projet d'ordonnance du 25 février 2015, prévoyait un champ d'application beaucoup plus large et avait fait l'objet de nombreuses critiques (« *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* »).

2) Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

Le nouvel article 1171 du Code civil instaure un mécanisme de sanction des clauses abusives en droit commun des contrats. Il dispose en effet : « *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. / L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* » (1). La filiation de cette disposition est double. Elle renvoie d'abord au droit de la consommation, et plus précisément à l'article L. 212-1 du Code de la consommation, qui trouve son origine dans la loi du 3 juillet 1978 et a subi, depuis lors, un certain nombre d'ajustements. Cet article dispose que : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* » ; ce texte est également applicable aux contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels en vertu de l'article L. 212-2. Ce dispositif consumériste se singularise par le mécanisme des listes édictées par voie réglementaire. L'article R. 212-1 prévoit une liste de clauses « noires » (c'est-à-dire réputées abusives de manière irréfragable), et l'article R. 212-2 une liste de clauses « grises » (c'est-à-dire réputées abusives de manière simple). La filiation du nouvel article 1171 renvoie également au droit des pratiques restrictives, et plus précisément à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, aux termes duquel « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : [...] De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Introduit par la LME du 4 août 2008 (2) (soit beaucoup plus récemment que le dispositif consumériste), ce texte a pour objet de rééquilibrer les rapports de force entre opérateurs économiques, à l'origine dans le secteur de la grande distribution. Il fait l'objet d'un abondant contentieux (aujourd'hui réservé à quelques juridictions de première instance spécialisées et, en appel,

à la Cour d'appel de Paris), mais rares sont à ce jour les décisions qui l'ont appliqué à des acteurs autres que les enseignes de la grande distribution.

À compter du 1^{er} octobre prochain, l'article 1171 viendra donc s'ajouter à ces dispositions dont le champ d'application est déjà assez vaste. Avec la réforme, la notion de bonne foi, tant dans la négociation que dans l'exécution du contrat, et celle d'équilibre contractuel, acquièrent ainsi un rôle majeur dans le nouveau droit commun des contrats. L'approche du rédacteur de contrats – notamment commerciaux – va donc devoir évoluer fondamentalement, passant de la défense exclusive des intérêts d'une partie à une posture de partenariat, du moins dans les domaines où le déséquilibre significatif est pourchassé. Il faudra ainsi désormais bilatéraliser les clauses qui peuvent l'être, se focaliser sur les points essentiels de la relation pour détailler les attentes de chacun, développer le contenu du préambule, expliciter les tenants et aboutissants des différentes obligations des parties et les équilibres qui les régissent (par exemple justifier de l'importance de la durée d'une obligation par l'importance des investissements), etc. Cette évolution invite à s'interroger sur le champ d'application (I) et sur la mise en œuvre (II) du nouveau texte.

I. Le champ d'application de l'article 1171

Le champ d'application du nouvel article 1171 peut être envisagé *ratione materiæ* (A) et *ratione personæ* (B).

A. *Ratione materiæ* : la restriction aux clauses du contrat d'adhésion

Le contrôle du déséquilibre significatif est donc limité au seul « *contrat d'adhésion* ». Celui-ci est défini dans le nouvel article 1110 comme « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* », par opposition au contrat de gré à gré, défini au même article comme « *celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties* ». Si l'on peut saluer l'effort entrepris pour distinguer ces deux catégories



de contrats, force est de constater que la définition du contrat d'adhésion porte en germe un important contentieux. Tout d'abord, que recouvrent les « conditions générales » (3) ? Cette notion semble renvoyer aux conditions générales de vente (ou de prestation de services) et d'achat, et s'opposer à la notion de conditions particulières (c'est-à-dire destinées à tel cocontractant spécifique), toutes deux envisagées au sein du nouvel article 1119. Mais il n'est pas exclu qu'il faille avoir ici une vision substantielle, renvoyant aux éléments clés du contrat, sans qu'il existe forcément des « conditions générales » au sens où on l'entend en pratique.

Quoi qu'il en soit, il ressort de l'article 1110 que ces « conditions » doivent avoir été définies en amont et unilatéralement pour qu'il y ait contrat d'adhésion. Le critère essentiel est ici incontestablement l'absence de négociation. Il n'y a pas de doute lorsqu'il n'existe réellement aucune possibilité de négocier du fait du rapport de force en présence. Ainsi, un contrat type préétabli par l'une des parties et dont la négociabilité est quasi-inexistante – par exemple le contrat de franchise proposé par la tête de réseau aux futurs franchisés – rentrera-t-il probablement dans la catégorie des contrats d'adhésion. Mais qu'en sera-t-il lorsque la partie qui aura préétabli les conditions contractuelles pourra montrer, *via* les échanges intervenus, que son cocontractant a effectivement eu la possibilité de négocier mais ne l'a pas utilisée ? Qu'en sera-t-il, encore, lorsque la plupart des clauses ont été imposées par le rédacteur des « conditions générales » mais que certaines – essentielles ou accessoires – ont pu être négociées ? Autant de questions auxquelles le juge devra répondre demain. Il semble probable, en tout cas, que le contrat formera un tout et qu'il ne pourra donc être séparable en deux parties, l'une qualifiable de contrat « *de gré à gré* » et l'autre de contrat « *d'adhésion* ». Rappelons enfin qu'en ce qui concerne le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, c'est le professionnel qui « *soumet ou tente de soumettre* » son partenaire commercial à un déséquilibre significatif qui est visé. La Cour de cassation exerce un contrôle sur cette condition, qu'elle interprète comme l'absence de possibilité de négociation effective, ce qui évoque à l'évidence la notion de contrat d'adhésion (4). Il nous semble donc que le champ d'application *ratione materiae* du nouvel article 1171 devrait être quasi identique à celui du droit des pratiques restrictives de concurrence.

B. *Ratione personæ* : aucune restriction

L'article 1171 s'appliquant « *aux parties au contrat* » sans aucune restriction, son champ d'application inclut logiquement toutes les

catégories de contractants. La question se pose donc de son chevauchement avec le champ du droit de la consommation et celui du droit des pratiques restrictives de concurrence (5). Pour bénéficier de la protection du Code de la consommation, encore faut-il pouvoir démontrer sa qualité de « *consommateur* » ou de « *non professionnel* ». Cette notion de « *non professionnel* » demeure toutefois difficile à appréhender. Ainsi, la Cour de Cassation a récemment approuvé les juges du fond d'avoir reconnu cette qualité à une société civile immobilière, promoteur, dans ses rapports avec un contrôleur technique (6), tandis qu'une Cour d'appel a, tout aussi récemment, refusé cette qualité à un entrepreneur qui avait souscrit un contrat de location pour les besoins de sa profession (7). L'article liminaire du Code de la consommation, issu de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, devrait toutefois atténuer ces difficultés puisqu'il donne une définition du non-professionnel, dans les termes suivants : « *toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* ».

L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce concerne quant à lui les professionnels mentionnés (« *Tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* ») et leur « *partenaire commercial* ». Ne sont donc notamment pas concernés par ce texte les associations, les sociétés civiles immobilières, les associés d'une société, ainsi que les agents commerciaux dans leurs relations avec leur mandant. La jurisprudence n'est toutefois ni abondante ni très claire sur la notion de « *partenariat commercial* ». Il pourrait être tentant de s'inspirer ici de la notion de « *relation commerciale établie* », critère de la sanction de la rupture brutale prévue au 5° du même article L. 442-6, I – notion qui est plus ancienne et fait quant à elle l'objet d'une jurisprudence abondante. En réalité, la relation commerciale établie présente une différence de degré (plus que de nature) avec celle de partenariat commercial (8). Si donc une relation commerciale établie est *a priori* révélatrice d'un partenariat commercial, celui-ci pourra néanmoins être caractérisé en l'absence même d'une telle relation. La Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) a quant à elle, dans son avis du 17 avril 2015, précisé que la notion de partenariat commercial impliquait « *un examen concret de la relation et de l'objet du contrat* », estimant qu'un contrat s'inscrivant dans la durée (48 mois en l'espèce) et destiné à développer l'activité des professionnels signataires était constitutif d'un tel partenariat (9). Des quelques arrêts de la Cour d'appel de Paris rendus sur le sujet, on peut par ailleurs déduire qu'il existe un « *partenariat commercial* » entre un GIE et ses adhérents (10) ou entre le maître de l'ouvrage et un

3) La version initiale, qui figurait dans l'avant projet d'ordonnance du 25 février 2015 prévoyait quant à elle de définir le contrat d'adhésion comme « *celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties* ».

4) Voir notamment Cass. com. 3 mars 2015, n° 13-27.525 et n° 14-10.907 concernant les enseignes Eurochan et Provera, le deuxième arrêt se référant, *via* les constatations des juges du fond, à la notion de contrat d'adhésion. Voir également Cass. com. 27 mai 2015, n° 14-11.387 concernant le GALEC : la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir dit que l'absence de pouvoir de négocier peut exister même s'il n'y a ni pression ni menace. Voir enfin Cass. com. 29 septembre 2015, n° 13-25.043 concernant un « *contrat-type* » de EMC : la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir « *déduit à bon droit de l'insertion de la clause litigieuse dans un contrat-type que [l'auteur de la pratique] a tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

5) V. *infra* II, B.

6) Cass. civ. 3°, 4 février 2016, n° 14-29.347.

7) CA Pau, 16 juin 2016, RG n° 14/03617.

8) On peut en effet considérer, au vu de la jurisprudence en la matière, qu'une « *relation commerciale établie* » n'est caractérisée que lorsqu'il préexiste un partenariat commercial qui s'est développé suffisamment pour que le partenaire ait désormais une croyance légitime dans la continuité de la relation.

9) Avis n° 15-03 relatif à une demande d'avis portant sur l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, dans le cadre de contrats signés par des professionnels pour la création de site internet.

10) CA Paris, 29 octobre 2014, RG n° 13/11059.

11) CA Paris, 30 mai 2014, RG n° 11/23178.

12) CA Paris, 6 mars 2015, RG n° 13/20879 ; CA Toulouse, 1^{er} juin 2016, RG n° 14/06056, précisant que « le contrat de maintenance signé ne s'inscrit ni dans des rapports de distribution ni dans des rapports de partenariat ».

13) Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC.

14) CA Paris, 27 avril 2011, RG n° 08/21750.

15) CA Rouen, 12 décembre 2012, RG n° 12/01200, concernant une clause de résiliation.

16) CA Paris, 27 avril 2011, RG n° 08/21750, préc., concernant également une clause de résiliation.

17) Avis n° 16-A-9 du 26 mai 2016, relatif à une demande d'avis d'un groupement d'intérêt public sur la validité d'une clause de non concurrence insérée dans des contrats entre une société et des hôteliers.

18) CA Paris, 29 octobre 2014, RG n° 13/11059, concernant une clause de dédit.

19) Voir not. M. Chagny, Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus d'état de dépendance et le déséquilibre significatif, AJCA mars 2016, p. 115.

20) Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907 : « Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, résultant de deux clauses litigieuses, qu'aucune autre stipulation ne permettait de corriger, et constaté qu'aucune suite n'était donnée aux réserves ou avenants proposés par les fournisseurs pour les modifier, la Cour d'appel, qui a procédé à une analyse globale et concrète du contrat et apprécié le contexte dans lequel il était conclu ou proposé à la négociation, et qui n'était pas tenue de rechercher les effets précis du déséquilibre significatif auquel la société Provera avait soumis ou tenté de soumettre ses partenaires, a satisfait aux exigences de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ».

21) CA Paris, 1^{er} juillet 2015, RG n° 13/19251, infirmant le jugement qui avait refusé de sanctionner les conditions de ristournes du GALEC au titre du déséquilibre significatif, la Cour d'appel énonçant que « le juge judiciaire [...] doit sanctionner les pratiques commerciales restrictives de concurrence et peut annuler les clauses contractuelles qui créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, même lorsque ces clauses sont relatives à la détermination du prix, et ce en application des dispositions de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce qui sanctionne tout déséquilibre contractuel dès lors qu'il est significatif ».

22) « L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. »

sous-traitant (11). En revanche, certaines décisions laissent entendre que les contrats de location ou de maintenance de biens professionnels, les contrats de financement, ou encore les contrats informatiques sont exclus du champ d'application de L. 442-6, I, 2° (12). Ces contrats pouvant également être exclus du champ d'application du droit de la consommation, ils seront donc particulièrement concernés par le nouvel article 1171 du Code civil.

II. La mise en œuvre de l'article 1171

La mise en œuvre de l'article 1171 soulève principalement deux séries de questions, qui ont trait à son régime, c'est-à-dire à l'appréciation et à la sanction du déséquilibre significatif (A), ainsi qu'à son articulation avec d'autres dispositions légales (B).

A. Appréciation et sanction du déséquilibre significatif

Pour anticiper sur la façon dont sera apprécié demain le « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » au sens du droit commun des contrats, on peut s'inspirer de la jurisprudence rendue sur le fondement des droits spéciaux. Il convient néanmoins de rester prudent sur les rapprochements que l'on peut faire à ce titre. On se souvient en effet de la décision du Conseil constitutionnel qui, devant apprécier la constitutionnalité de l'article 442-6, I, 2° du Code de commerce, avait écarté l'argument de l'imprévisibilité de la notion en s'appuyant sur son précédent en droit de la consommation (13). Or, force est de constater que, depuis lors, le déséquilibre des pratiques restrictives a pris un chemin différent du déséquilibre consommériste. En outre, s'inspirer de la jurisprudence rendue en matière de pratiques restrictives n'est pas évident car, en dehors du secteur de la grande distribution, la définition du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° se fait plutôt négativement, les décisions refusant de le caractériser étant largement majoritaires. Toutefois, dans les quelques décisions l'ayant appliqué, certains éléments ont, selon nous, vocation à être repris pour l'appréciation du déséquilibre significatif de l'article 1171. Ainsi, notamment, l'existence d'une prérogative contractuelle unilatérale « sans contrepartie clairement identifiable » (14) ou « en contradiction avec l'économie générale du contrat » (15) ou qui a pour effet de rendre le contractant « totalement dépendant » (16), devrait-elle caractériser un déséquilibre significatif au sens de ce texte. La CEPC a quant à elle considéré dans un avis récent qu'une clause de non-concurrence sans contrepartie créait un déséquilibre significatif (17). D'une manière plus générale, sont pris

en compte « l'absence de réciprocité » et « la disproportion entre les obligations des parties » (18). De telles appréciations auront, à l'évidence, droit de cité sur le terrain de l'article 1171 (19).

La question se pose également de savoir s'il faudra apprécier le déséquilibre de l'article 1171 au regard de chacune des clauses du contrat prises isolément, ou au contraire de façon globale. En droit des pratiques restrictives, c'est l'approche globale qui est retenue par la Cour de cassation (20). En droit de la consommation, la situation est moins tranchée. L'article L. 212-1 du Code de la consommation invite à porter une appréciation globale « en 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 ». Cependant, au regard du mécanisme des « clauses noires », c'est davantage l'idée d'une appréciation clause par clause qui prévaut, puisqu'une disposition contractuelle qui figure dans la liste des clauses noires est réputée irréfragablement abusive indépendamment des autres clauses du contrat.

On peut par ailleurs s'interroger sur la nature des clauses concernées, et en particulier sur celles qui ont trait aux conditions financières du contrat. Selon la Cour d'appel de Paris, un déséquilibre portant sur le prix peut être contesté sur le terrain de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce (21). A l'inverse, l'article 1171, s'il vise « toute clause » du contrat (qu'elle soit donc essentielle ou mineure), précise dans son alinéa 2 que « L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Il s'agit donc, notamment, d'exclure tout contrôle de la lésion comme c'est le cas pour l'article L. 212-1 du Code de la consommation (22). Le juge pourra-t-il néanmoins, sur le fondement de l'article 1171, contrôler certaines clauses financières étrangères au prix, telles que les clauses pénales ou les clauses de dédit ? L'affirmative devrait l'emporter. En effet, ces clauses ne concernent pas précisément « l'adéquation du prix à la prestation », étant ajouté que l'alinéa 2 de l'article 1171 devrait relever d'une interprétation stricte dès lors qu'il fait figure d'exception.

Enfin, en ce qui concerne la sanction prévue à l'article 1171 du Code civil, la clause qui crée un déséquilibre significatif est « réputée non écrite ». Il s'agit donc d'une véritable « gomme juridique » qui se distingue de la nullité en ce que l'action est imprescriptible et qu'il n'est pas possible d'y renoncer (23). Cette sanction est également celle qui est prévue en droit de la consommation, où le juge doit au surplus se saisir d'office (24). À l'inverse, l'article L. 442-6 I. 2° instaure un



cas de responsabilité délictuelle. Cependant, la jurisprudence semble admettre que le juge puisse, sur le fondement de ce texte, prononcer la nullité de la clause litigieuse, voire du contrat tout entier (25). En outre, le droit des pratiques restrictives de concurrence relevant de l'intérêt général, le ministre de l'économie peut agir seul devant la juridiction spécialisée et demander notamment une amende civile, outre la nullité et l'interdiction des pratiques pour l'avenir (26). De telles prérogatives n'existent pas, en revanche, dans l'article 1171.

B. Articulation avec d'autres dispositions légales

On peut d'abord s'interroger sur l'articulation de l'article 1171 avec le nouvel article 1170, qui énonce que « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite » (27). Il ne fait aucun doute que l'article consacre explicitement la jurisprudence Chronopost. Mais la règle édictée n'est-elle pas un cas particulier de celle énoncée à l'article 1171 ? En effet, une clause qui « prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur » ne caractérise-t-elle pas un « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » ? Pour autant, l'article 1170 ne connaît pas de limitation quant au contrat d'adhésion ni même quant au caractère non négocié de la clause. En pratique, il est probable que cet article 1170 constituera bien souvent un fondement subsidiaire utilisé par les plaideurs qui doutent de l'applicabilité de l'article 1171 à l'espèce. Il reviendra donc au juge de définir le champ d'application respectif de ces deux articles.

Mais la question essentielle sera celle de la coexistence, et donc de l'éventuel choix procédural, entre l'article 1171 et l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, ou encore l'article L. 212-1 du Code de la consommation. En droit positif, le conflit de normes renvoie à l'adage « *Specialia generalibus derogant* », aux termes duquel les règles spéciales dérogent aux règles générales. La jurisprudence récente paraît plutôt favorable à cet adage. Un

important arrêt rendu fin 2015 en Assemblée plénière a ainsi jugé que les opérations éligibles au régime spécial du gage des stocks prévu par le Code de commerce ne pouvaient être soumises aux dispositions du Code civil régissant le droit commun du gage de meubles sans dépossession (28). Et, tout dernièrement, la première Chambre civile de la Cour de cassation a visé « le principe selon lequel les lois spéciales dérogent aux lois générales » (29). Plus directement encore, le nouvel article 1105 du Code civil prévoit quant à lui que « les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ». Le rapport remis au Président de la République le 10 février 2016 mentionne, à propos de cet article 1105, que « les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le Code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres Codes tels que le Code de commerce ou le Code de la consommation » (30). Il faudra donc déterminer si l'article 1171 est incompatible avec l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce (31). La réponse n'est pas évidente. Certains auteurs prévoient que l'article L. 442-6, I, 2° occultera en grande partie l'article 1171, qui ne s'appliquera alors que de façon résiduelle dans des domaines pour la plupart étrangers à la matière commerciale (32). D'autres se montrent au contraire favorables à une applicabilité cumulative des deux textes (33). Si cette dernière solution l'emporte, il est possible que les cas d'application de l'article L. 442-6, I, 2° se restreignent au profit du nouvel article 1171, dès lors que l'article L. 442-6, I, 2° ne présente pas d'avantages particuliers par rapport à lui (34) et que de nombreux plaideurs préféreront ne pas délocaliser leur contentieux. Mais la perspective inverse est également envisageable. Les juridictions spécialisées ne se sentiront-elles pas, désormais, encouragées à appliquer le déséquilibre significatif en dehors du secteur de la grande distribution, puisque le législateur a choisi d'en faire un principe essentiel en droit commun des contrats ? La question reste donc entière pour l'instant...

23) Le régime de la « réputation de non écriture » n'est toutefois pas encore bien balisé en jurisprudence.

24) L'article R. 632-1 du Code de la consommation énonce que « Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application. Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat. ».

25) Voir CA Paris, 29 octobre 2014, n° 13/11059 : « les contrats contraires aux dispositions des articles L. 442-6 du Code de commerce sont entachés d'une nullité absolue, invocable par toute personne intéressée » ; la Cour se réfère à Cass. com., 11 septembre 2012, n° 11-17.458, qui ne traite toutefois que de la prescription de l'action.

26) Article L. 442-6, III du Code de commerce.

27) Voir M. Mekki, Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit ? *G.P.* 10 mai 2016, p. 11.

28) Cass. ass. plén., 7 décembre 2015, n° 14-18.435, qui a entraîné une modification de la loi avec l'ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 relative au gage des stocks.

29) Cass. civ. 1^{re}, 9 mars 2016, n° 15-18.899.

30) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

31) La même question se pose bien entendu avec l'article L. 212-1 du Code de la consommation.

32) Voir M. Behar-Touchais, Le déséquilibre significatif dans le Code civil, *JCP* 2016, 391 ; rapprocher M. Chagny, art. préc.

33) M. Mekki, art. préc., pour qui les articles 1171 et L. 442-6, I, 2° devraient pouvoir être invoqués cumulativement devant les juridictions compétentes pour appliquer ce dernier texte, aux fins d'obtenir l'éradication de la clause et des dommages-intérêts.

34) Il faut toutefois réserver la question du prix : v. *supra* II, A.

La résolution unilatérale du contrat commercial et la réforme du droit des obligations

Frédérique Chaput,
Avocat associé,
Cabinet Racine

1) Par exemple, la résiliation du bail commercial, la résiliation du contrat de travail ou la résiliation du contrat en cas de procédure collective, qui obéissent à des règles spéciales.

2) L'usage est de parler de « clause résolutoire », y compris lorsque les effets de la clause sont ceux d'une simple résiliation, sans effet rétroactif (cf. désormais le nouvel article 1229, alinéa 3, qui invite à utiliser le terme de résiliation dans ce dernier cas). Résiliation et résolution seront ici employées indifféremment.

3) Le rattachement de la résolution à la notion de condition résolutoire était contesté, précisément du fait de la nécessité d'une intervention judiciaire.

4) Essentiellement envoi d'une mise en demeure, sauf dispense expresse et respect du délai pour réparer le manquement.

5) Aix en Provence, 5 février 2013, RG n°2013/46 - 10/13039.

6) Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2004, n° 01-02.020 : la clause résolutoire de plein droit applicable en cas de non parution d'une publication ne permet pas de mettre fin au contrat de plein droit en cas de non respect du tirage convenu.

7) Cass. Com. 10 juillet 2012 (11-20060) : « Ayant relevé que l'article 20 autorisait chacune des parties à résilier le contrat pour faute, ce dont il résultait que les parties avaient écarté l'appréciation judiciaire de la gravité de leur comportement, la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche que ces constatations rendaient inopérantes ».

En dehors des cas de résolution contractuelle envisagés par des textes spéciaux qui ne seront pas envisagés ici (1), la résolution unilatérale du contrat est un sujet transversal du droit des contrats : menace efficace à l'égard du cocontractant qui sans elle, pourrait être tenté de faillir et remède radical contre celui qui a effectivement failli. Très peu de contrats commerciaux font aujourd'hui l'économie d'une « clause résolutoire » (2), rédigée avec plus ou moins de bonheur.

La résolution était jusqu'à présent abordée, en droit commun du contrat, dans un unique article du Code civil : l'article 1184, absolument inchangé depuis 1804, même s'il est vrai que les principes posés par cet article ont été progressivement érodés, jusqu'à la trahison, par les évolutions de la jurisprudence.

L'abandon de l'article 1184 n'est donc pas une révolution mais le point d'aboutissement d'une inévitable évolution (I). Peut-on souhaiter que les nouveaux textes aient la même longévité ? Trop de doutes demeurent pour qu'il soit aisé de répondre à cette question (II).

I. D'hier à aujourd'hui

A la règle posée par l'article 1184 du Code civil, fondée sur le principe selon lequel nul ne peut se faire justice à soi-même (A), la jurisprudence et la pratique contractuelle ont apporté de sérieux tempéraments (B).

A. Le principe fondateur : nul ne se fait justice à soi-même

Le Code civil de 1804 posait, dans l'article 1184, deux principes pivots : la « condition résolutoire » était « toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques » et, lorsqu'elle était encourue du fait de l'inexécution, par l'une des parties, de ses obligations contractuelles, la résolution devait être demandée en justice (3). Il en résultait que, quelle que soit la nature du manquement, c'est au juge qu'il appartenait d'en apprécier la réalité et la gravité et de dire si cette gravité justifiait la sanction ultime de la résiliation. Le développement du droit des affaires ne pouvait bien évidemment pas s'accommoder de cette contrainte, ce qui a eu deux conséquences. D'une part, les textes du

droit du commerce international ont introduit des modes de résiliation très pragmatiques, qui ont d'ailleurs largement inspiré les auteurs de la réforme. D'autre part, les tribunaux ont progressivement écarté le juge du processus résolutoire pour finalement le cantonner dans un rôle de censeur *a posteriori*.

B. Les évolutions jurisprudentielles

La première atteinte portée aux pouvoirs du juge a consisté à admettre le principe même de la clause résolutoire. Si les parties ne pouvaient, en présence d'une clause résolutoire, se dispenser de saisir le juge pour résilier le contrat, au moins pouvaient-elles priver le juge de son pouvoir d'appréciation en déterminant elles-mêmes, dans la clause résolutoire, les manquements dont le constat, par le juge, entraînerait nécessairement la résiliation du contrat. Plus récemment, la seconde atteinte a consisté à admettre que les parties pouvaient, par la stipulation d'une clause résolutoire « de plein droit », s'exonérer complètement du recours au juge et prononcer unilatéralement la résiliation du contrat, le juge n'ayant plus d'autre office que de vérifier *a posteriori*, en cas de contestation, que le manquement allégué est réel, qu'il est bien de ceux visés par la clause résolutoire de plein droit, que le formalisme contractuel éventuel a été respecté (4) et que le créancier n'a pas résilié de mauvaise foi.

Il est résulté de ces évolutions successives des jurisprudences quelque peu contradictoires, dont l'étude permet d'anticiper les difficultés que les nouveaux textes ne permettront pas d'éviter.

En vertu du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond, certaines décisions ont accueilli l'émancipation des parties avec parcimonie, voire réticence, jugeant par exemple que « la résiliation de plein droit par application de la clause résolutoire implique un manquement aux obligations expressément visées par le bail et ces manquements doivent avoir été envisagés et prévus comme une condition de résiliation automatique du contrat » (5) ou que les manquements précis envisagés par le contrat doivent être appréciés strictement, faisant ainsi une application très rigoureuse de la lettre de la clause résolutoire (6). D'autres l'ont admis avec libéralisme, admettant que le contrat pouvait valablement prévoir sa résiliation de plein droit en cas de manquement, par l'une ou l'autre des parties, « à l'une quelconque de ses obligations contractuelles », sans catégoriser aucunement les



manquements selon la gravité de la faute (7). L'évolution la plus récente de la jurisprudence concerne le droit reconnu à la partie victime d'un manquement grave de prononcer la résiliation unilatérale du contrat, à ses risques et périls, y compris en l'absence de toute clause résolutoire de plein droit. La Cour de cassation a ainsi jugé dans un arrêt du 13 octobre 1998 (8) que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls », solution qui sera reprise par la suite par diverses décisions avant d'être consacrée par le nouvel article 1226 (9), la demande sur le fondement de la résiliation unilatérale pouvant d'ailleurs être un moyen subsidiaire à celle fondée sur la clause résolutoire (10).

Entretemps, l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce est venu compliquer les choses en posant en principe qu'il était interdit de rompre brutalement une relation commerciale établie sans respecter un préavis tenant compte de la durée de la relation, règle d'ordre public dont la Cour de cassation a estimé qu'elle s'appliquait y compris en présence d'une clause résolutoire (11). Si le texte précise que cette disposition « ne fait pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations », la jurisprudence est venue préciser que la faute qui justifiait l'absence de préavis s'entendait exclusivement des manquements « d'une gravité telle qu'ils justifient la résiliation unilatérale et immédiate du contrat » (12). En d'autres termes, la jurisprudence rendue au seul visa de l'article 1184 permet, en présence d'une clause résolutoire de plein droit, de mettre fin immédiatement au contrat en s'exonérant de toute démonstration de gravité de la faute, tandis que, sur le front du droit commercial et de l'article L. 442-6-I-5°, un préavis est dû (qui peut atteindre 24, voire 36 mois (13)...) si la faute n'est pas suffisamment grave pour caractériser l'impossibilité de poursuivre le contrat, fût-ce pour le temps du préavis.

II. D'aujourd'hui à demain

La réforme du Code civil opère deux modifications importantes. D'une part, elle assortit les mécanismes résolutoires d'un formalisme qui contredit certaines évolutions intervenues sous l'empire de l'ancien article 1184 (A). D'autre part, elle consacre le mécanisme de la résiliation unilatérale « aux risques et périls », que l'on se propose de nommer « notification résolutoire » pour mieux la distinguer de la clause résolutoire (B).

A. Les nouveaux textes

Selon le nouvel article 1225, la clause résolutoire « précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat » ; la résolution est « subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a

pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution », laquelle « mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire ». On retiendra trois choses de cette rédaction : (i) la pratique des clauses résolutoires « pour tout manquement » est *a priori* condamnée ; (ii) l'envoi d'une mise en demeure est la règle et (iii) la mise en demeure doit rappeler la clause résolutoire, afin que le débiteur n'ait aucun doute sur la volonté du créancier de résilier le contrat. La notification résolutoire, quant à elle, est régie par le nouvel article 1226, qui met en place un formalisme analogue et selon lequel « Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. / La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. / Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution ».

Cette notification résolutoire n'est pas une nouveauté dans le droit positif français, loin s'en faut, puisqu'elle est inscrite depuis plus de 35 ans dans la Convention de Vienne (14). Le droit interne la connaît lui aussi déjà, la jurisprudence ayant, comme indiqué plus haut, admis le principe d'une rupture unilatérale fondée sur la gravité du comportement du cocontractant (15), aux risques et périls de celui qui en prend l'initiative (16). Elle figure par ailleurs dans les Principes Unidroit (17), qui ont de toute évidence inspiré les juges lors des dernières évolutions jurisprudentielles rappelées plus haut, puis les rédacteurs du nouveau texte. Quoi qu'il en soit, il en résulte une mécanique à double géométrie (18) : d'une part, la clause résolutoire, qui suppose une stipulation spécifique non équivoque, mais qui dispense de devoir rapporter la preuve de la gravité ; d'autre part et à l'inverse, la notification résolutoire, qui ne repose sur aucune clause contractuelle, mais dont la mise en œuvre suppose la gravité démontrée du manquement. Le tout, dans le respect de l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce, ce qui, demain comme aujourd'hui, ne simplifiera pas le problème puisqu'accorder un préavis pourra être compris comme une sorte d'aveu de non gravité de la faute ; ne pas en accorder exposera au paiement de dommages-intérêts pour rupture brutale...

B. Les affres du rédacteur de contrat

Comme indiqué plus haut, la clause résolutoire de plein droit « pour tout manquement », qui était devenue une véritable clause de style dans les contrats commerciaux, n'est

8) Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1998 n°92-21 485.

9) Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 2003, n° 01-03.662 : « Mais attendu que la gravité du comportement d'une partie peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non ». Cass. com., 20 octobre 2015 n°14-20.416 : « Mais attendu que la gravité du comportement d'une partie peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important les modalités formelles de résiliation contractuelle ».

10) Voir le très récent arrêt Dinh Van : Paris, 24 février 2016, RG n° 13/19611.

11) Cass. com., 25 septembre 2007, n° 06-15.517 : « Mais attendu qu'après avoir énoncé qu'il ne peut être fait obstacle aux dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6 I 5 du code de commerce par des clauses permettant une rupture sans préavis dès lors que l'inexécution du contrat n'a pas un degré de gravité suffisant (...) la cour d'appel a fait l'exacte application des textes invoqués ».

12) Cass. com., 24 juin 2014, n°12-27.908 : « Mais attendu que l'arrêt retient que les griefs faits à l'imprimeur portent parfois sur des problèmes mineurs et ne constituent qu'une partie minimale en pourcentage des relations commerciales (...) ; qu'il relève que des difficultés ponctuelles liées au travail d'imprimeur ne permettent pas sans mise en garde ou mise en demeure préalable de rompre des relations commerciales anciennes sans préavis ». V. également Paris, 12 septembre 2013, RG n° 11/22934 : « les clauses de résiliation de plein droit que les parties ont pu stipuler dans leur contrat ne font pas échec à l'application des dispositions de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce ».

13) Limoges, 18 février 2015, RG n° 13/01488 : une relation de 44 ans « impose » un préavis de 36 mois.

14) Articles 26, 49 et 64 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises : « L'acheteur peut déclarer le contrat résolu (...) si l'inexécution par le vendeur de l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat (...) constitue une contravention essentielle au contrat. » ; « Le vendeur peut déclarer le contrat résolu (...) si l'inexécution par l'acheteur de l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat (...) constitue une contravention essentielle au contrat. » ; « Une déclaration de résolution du contrat n'a d'effet que si elle est faite par notification à l'autre partie. »

15) On doit toutefois relever que le nouvel article 1226 ne se réfère plus au comportement mais à l'inexécution. Aussi son application pourrait-elle être discutée dans les cas où le seul grief fait au cocontractant tient à son comportement

et non à l'inexécution proprement dite du contrat. Exemple : un contractant corrompt un salarié de l'entreprise du cocontractant aux fins d'obtenir la reconduction du contrat, qu'il exécute néanmoins parfaitement.

16) V. *supra*.

17) Articles 7.3.1 et 7.3.2 : « Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part de l'autre partie. » ; « La résolution du contrat s'opère par notification du débiteur ».

18) Parfaitement illustrée dans l'arrêt Dinh Van du 24 février 2016 mentionné *supra*.

19) Comme dans l'affaire Dinh Van citée *supra*.

20) Rappr. Cass. com., 2 juillet 1996, n° 93-14.130, jugeant que la résolution peut être prononcée par le juge en cas d'inexécution partielle « dès lors qu'elle porte sur une obligation déterminante de la conclusion du contrat ».

21) Article 1133 : « Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté. »

22) Jugé qu'un contractant pouvait valablement renoncer par avance à la résolution judiciaire ; Cass. civ. 3^e, 3 novembre 2011, n° 10-26.203 : « ayant retenu à bon droit que l'article 1184 du code civil n'est pas d'ordre public et qu'un contractant peut renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat et relevé que la clause de renonciation, rédigée de manière claire, précise, non ambiguë et compréhensible pour un profane, était non équivoque, la cour d'appel en a exactement déduit que la demande [en résolution] était irrecevable »

Par ailleurs, le rapport au Président de la République accompagnant l'Ordonnance déclare qu'il n'est pas dans l'intention des auteurs de la réforme de revenir sur cette solution. Or, s'il est possible de fermer conventionnellement la voie de la résolution judiciaire et de contraindre ainsi le créancier à se reporter sur d'autres sanctions, ne devrait-il pas en aller de même de la notification résolutoire qui suppose, tout comme elle, une inexécution suffisamment grave ? L'analogie est tentante, même si comparaison n'est pas raison.

23) Alinéa 4 du nouvel article 1226.

24) « Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ».

vraisemblablement pas conforme au nouvel article 1225 selon lequel la clause doit « précise[r] les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat ». Le formalisme qui entoure désormais la clause résolutoire va poser une difficulté évidente : celle de déterminer les manquements qui peuvent entraîner la résiliation du contrat avec suffisamment de précision, pour se conformer au texte, mais également, avec suffisamment de généralité, pour ne pas risquer d'omettre un manquement sérieux qui, à s'en tenir à la lettre, ne serait pas envisagé par la clause.

A moins de considérer (19) qu'il y aura toujours un « rattrapage » possible *via* la notification résolutoire, c'est-à-dire sur le fondement du nouvel article 1226. De cela, toutefois, on peut douter pour au moins deux raisons.

D'abord, parce que la mise en œuvre de l'article 1226 n'est légitime qu'en cas de faute grave. Cela résulte clairement du nouvel article 1224 : « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. ». Or, toutes les fautes qui peuvent aujourd'hui déclencher la clause résolutoire ne sont pas nécessairement des fautes « graves » (c'est d'ailleurs précisément l'un des intérêts d'une telle clause que de permettre l'économie de la discussion relative à la gravité de la faute). Si l'on en juge par la jurisprudence passée, la faute grave susceptible de justifier la résolution « aux risques et périls » sera appréciée de manière restrictive (et c'est tant mieux), à telle enseigne que l'on peut se demander si elle ne se cantonnera pas, demain, aux manquements portant sur les « qualités essentielles » de la prestation (20), pour reprendre la terminologie de la réforme (21). Il y aurait une vraie logique à ce qu'il en soit ainsi et on pourrait même imaginer que les contrats de demain le précisent

expressément. Une telle précision serait très probablement efficace si l'on considère qu'en la matière, le juge a pour habitude de statuer en fonction de ce qu'il estime être la volonté des parties.

Ensuite, parce que le temps judiciaire est si long que les parties pourraient être tentées, pour éviter les conséquences potentiellement très graves d'une notification résolutoire intempestive, d'écarter purement et simplement l'article 1226 du champ contractuel, pour ne s'autoriser que les deux voies de résiliation « classiques » : la clause résolutoire de plein droit et la résiliation judiciaire, exclusion conventionnelle qui ne semble pas incompatible avec la jurisprudence et la volonté des auteurs de la réforme (22). A ceux qui envisageraient une telle exclusion, on pourrait objecter que la réforme a prévu un garde fou contre les notifications abusives en permettant au débiteur de saisir à tout moment le juge pour contester la légitimité de la notification résolutoire et contraindre le créancier à prouver la gravité de la faute (23). Mais pour que ce garde-fou soit efficace, il faudrait, du fait de la longueur des procédures au fond, que cette contestation puisse être portée devant le juge des référés, sur le fondement des articles 809 et 873 du Code de procédure civile (24). Le juge des référés se déclarera-t-il compétent ? On peut en douter ; alors qu'à l'inverse, le fait d'écarter l'article 1226 du champ contractuel permettrait au débiteur évincé du contrat de saisir ce même juge des référés pour lui demander d'en ordonner la poursuite, éventuellement sous astreinte.

Bien évidemment, la meilleure solution est affaire d'espèce, mais on voit bien que l'invitation que nous adresse la réforme à repenser les mécanismes résolutoires de nos contrats suscite réflexion et ouvre de nouvelles opportunités de négociation.



Le nouvel abus de dépendance

Bastien Thomas,
Avocat associé,
Cabinet Racine,

Christophe Jeannin,
élève avocat

Parmi les nombreuses innovations issues de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le nouvel article 1143 du Code civil établit l'abus de l'état de dépendance comme une nouvelle forme du vice de violence : « *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* ». Aux termes du nouvel article 1131 du Code civil, la sanction des vices du consentement, dont la violence par abus d'état de dépendance fait partie, est la « *nullité relative du contrat* ». L'introduction de cette nouveauté était prévisible puisque la loi d'habilitation du 16 février 2015 (1) imposait au Gouvernement de « *sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre* » (2).

La notion d'abus de dépendance, avant d'être expressément reconnue par l'ordonnance, a émergé au sein du droit de la concurrence (I). Telle qu'elle est prévue au nouvel article 1143 du Code civil, elle exige la réunion de trois conditions cumulatives (II). Son introduction en droit civil suscite toutefois des interrogations sur son articulation avec certaines dispositions du droit de la concurrence (III).

I. L'émergence de la notion d'abus de dépendance

La notion d'abus de dépendance n'est évidemment pas une nouveauté. Issue du droit de la concurrence (A), elle était également connue du droit commun (B).

A. En droit de la concurrence

Le nouvel article 1143 du Code civil s'inspire d'une disposition connue du droit de la concurrence, celle de l'article L. 420-2, alinéa 2, du Code de commerce qui sanctionne l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique : « *Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes*

liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme ». Pour caractériser un tel état de dépendance, il est nécessaire de réunir quatre critères cumulatifs que l'Autorité de la concurrence juge elle-même « *stricts* » (3) : l'importance de la part du chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur, l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits concernés, l'absence de choix délibéré du fournisseur de concentrer ses ventes auprès du distributeur (4) et l'absence de solutions alternatives pour le fournisseur. Une fois cet état de dépendance économique établi, il faut encore démontrer qu'il en a été fait une « *exploitation abusive* » et que cette exploitation est « *susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence* » (5). Introduit par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, ce texte, bien que régulièrement invoqué, n'a été que peu appliqué en pratique. Il n'a été ainsi retenu qu'une seule fois par l'Autorité de la concurrence dans une décision du 23 février 2011 (6). Devant les difficultés inhérentes à ce texte, l'Autorité de la concurrence avait proposé dans son avis du 31 mars 2015 un « *assouplissement des conditions de qualification de la situation de dépendance économique* » (7).

La notion d'abus de dépendance est également connue du droit des pratiques restrictives. On se souvient que la loi relative aux nouvelles régulations économiques (« NRE ») du 15 mai 2001 (8) avait inséré au sein de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce un alinéa qui sanctionnait le fait « *par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : [...] d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées* ». Inspirée de l'article L. 420-2 du Code de commerce dont le législateur voulait, déjà, pallier l'inefficacité, la disposition a finalement été supprimée par la loi de modernisation de l'économie (« LME ») du 4 août 2008 (9) et compensée par l'introduction de la notion de « *déséquilibre significatif* » à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

Dans le domaine des pratiques restrictives de concurrence, la notion de dépendance apparaît également au sein du contentieux de la rupture brutale des relations commerciales sanctionnée par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. La jurisprudence prend en effet en compte « *l'état*

1) Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

2) Article 8, 2° de la loi d'habilitation.

3) Avis de l'Autorité de la concurrence n° 15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution, § 239.

4) Où l'on examine si la concentration des ventes résulte d'un choix stratégique ou d'une nécessité technique.

5) Article L. 420-2, alinéa 2, du Code de commerce.

6) Décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-04 du 23 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire.

7) Avis de l'Autorité de la concurrence n° 15-A-06, préc.

8) Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

9) Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

10) V. notamment Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-16.398.

11) V. notamment Cass. com., 7 juillet 2015, n° 14-17.657 ; Cass. com., 4 novembre 2014, n° 13-22.726.

12) V. Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242.

13) Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2002, n° 00-12.932 – la nullité ne fut pas admise en l'espèce ; v. aussi Cass. civ. 1^{re}, 18 février 2015, n° 13-28.278, se référant lui aussi à « l'absence d'état de dépendance économique » pour décider qu'une cour d'appel avait légalement justifié sa décision de rejeter une exception de nullité pour violence par contrainte économique.

14) V. notamment Cass. civ. 1^{re}, 4 février 2015, n° 14-10.920.

15) Avant projet portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf.

16) Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Rapport au garde des Sceaux, 22 sept. 2005, Doc. fr., 2006.

17) Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz 2009, dir. F. Terré.

18) *Ibid.*, article 66.

19) Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, préc.

20) Le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance de 2016 indique, à propos du nouvel article 1143, que « L'une des innovations essentielles du texte consiste à assimiler à la violence l'abus de la dépendance dans laquelle se trouve son cocontractant, ce que la jurisprudence de la Cour de cassation a admis dans des arrêts récents, et que la doctrine et les praticiens qualifient de « violence économique » (...) ».

21) V. *supra* I, B.

22) *Ibid.*

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

24) V., notamment, le rapport remis au Président de la République.

de dépendance » de la victime pour déterminer la durée du préavis dont celle-ci aurait dû bénéficier (10). La notion de dépendance de l'article L. 420-2 du Code de commerce est proche de celle de l'article L. 442-6, I, 5°. Elles ne sont toutefois pas parfaitement identiques, dans la mesure où la reconnaissance d'un état de dépendance dans le cadre de l'article L. 442-6, I, 5° n'est pas soumise à la démonstration des quatre critères de l'article L. 420-2 alinéa 2. La qualification d'un tel état de dépendance n'en reste pas moins rare. En effet, dès lors que l'état de dépendance résulte d'un choix délibéré de la victime de ne pas diversifier son activité et ses risques, les juridictions écartent cette qualification (11).

B. En droit commun

Le nouvel article 1143 du Code civil renvoie également à la notion de contrainte économique du droit commun des contrats reconnue par la première chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 30 mai 2000, qui l'avait rattachée au vice de violence (12), avant d'en réaffirmer l'existence dans un arrêt du 3 avril 2002 se référant précisément à « l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique » (13). Cela étant, les illustrations jurisprudentielles de cette notion s'avèrent, elles aussi, rares (14). Pour autant, l'insertion, dans le Code civil, d'une disposition relative à la dépendance du contractant a été envisagée dès les premiers projets de réforme. L'avant-projet d'ordonnance du 25 février 2015 prévoyait ainsi dans son article 1142 qu'« Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse. » (15). Était de la sorte consacrée une forme particulière du vice de violence sous deux aspects distincts : abus d'état de dépendance et abus d'état de nécessité. Cette proposition était une reprise de l'article 1114-3 du « projet Catala » du 22 septembre 2005 (16) et se distinguait du premier projet de l'Académie des sciences morales et politiques, dit « projet Terré » (17), présenté en décembre 2008, qui avait fait le choix de traiter cette problématique par le biais de la lésion qualifiée (18). L'ordonnance de 2016 n'a finalement retenu que le seul abus « d'un état de dépendance ». Cette nouvelle forme de violence ne bouleverse donc pas le triptyque des vices du consentement que sont l'erreur, le dol et la violence, et codifie en quelque sorte la jurisprudence initiée par l'arrêt du 30 mai 2000 de la Cour de cassation (19). Il n'en reste pas moins que cette innovation est de celles dont la mise en œuvre et l'articulation avec d'autres dispositions sont des plus incertaines.

II. La mise en œuvre du nouvel article 1143

Trois conditions sont requises pour que le nouvel article 1143 trouve à s'appliquer. Il faut qu'un état de dépendance (A) soit exploité aux fins d'obtenir un avantage manifestement excessif (B) par l'intermédiaire d'un engagement qui n'aurait pas été souscrit en l'absence d'une telle contrainte (C).

A. La situation initiale : un « état de dépendance »

La notion d'état de dépendance renvoie, en premier lieu, à la dépendance économique (20) qui avait été admise par la Cour de cassation (21). Cependant, comme évoqué ci-dessus, une fois admise dans son principe, cette notion n'a connu que de rares illustrations jurisprudentielles. On peut donc se demander si la jurisprudence future fera preuve de la même réserve. Certes, une fois encore, le texte nouveau consacre en substance la solution jurisprudentielle. Mais, d'un autre côté, la réserve de la jurisprudence pouvait aussi s'expliquer par l'absence de fondement légal. Forte désormais d'un support législatif, la jurisprudence pourrait se montrer plus accueillante.

Au reste, comme le souligne le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance, l'état de dépendance du droit commun « n'est pas circonscrit à la dépendance économique » (22). Pourront donc être appréhendés les cas de dépendance juridique, contractuelle, technique, informationnelle voire morale. Dans la pratique des affaires, l'idée de dépendance renvoie, notamment, aux contrats de distribution et spécialement à ceux contenant une clause d'exclusivité. La franchise pourrait en être un terrain d'élection privilégié, tout spécialement au moment des renégociations et renouvellements de contrat. Comme il a été remarqué (23), les franchiseurs devront être prudents face à certaines techniques de renégociation, en particulier celles consistant à notifier un préavis de rupture afin de débiter la négociation en position plus favorable.

B. L'obtention « d'un avantage manifestement excessif »

L'abus doit, en deuxième lieu, se matérialiser dans l'obtention d'un « avantage manifestement excessif ». La notion d'avantage est très large et pourrait englober aussi bien un prix préférentiel, une prérogative unilatérale, qu'un droit de préférence, etc. Le caractère « manifestement excessif » de l'avantage est en revanche plus ambigu. Si le critère posé est assurément restrictif (24), on peut envisager, comme le fait remarquer M^{me} le Professeur Chagny, qu'il ait un effet sur la répartition de la charge de la preuve et, *in fine*, facilite la mise en œuvre du nouvel article 1143 (25). Ainsi, à l'instar de ce qui se produit dans le contentieux des pratiques restrictives de concurrence, la victime alléguée n'aurait qu'à démontrer l'existence d'un « avantage manifestement excessif » pour que la charge de la preuve soit renversée et qu'il appartienne à son adversaire de démontrer que les autres conditions ne sont pas remplies.

Une question importante demeure par ailleurs : le texte exige-t-il la démonstration d'un abus, pris en tant que tel ? Certes, le participe présent « abusant » renvoie nécessairement à l'abus. Mais encore faut-il déterminer si cet abus découlera du seul « avantage manifestement excessif » ou s'il sera érigé en condition autonome à laquelle sera



subordonnée la nullité du contrat. Concrètement, un contractant pourra-t-il, nonobstant un état de dépendance économique, nonobstant l'obtention d'un avantage manifestement excessif et nonobstant le fait que son contractant n'aurait pas souscrit un tel engagement, échapper à la nullité du contrat au motif qu'il n'a commis aucun abus, ne serait-ce que parce qu'il ignorait tout de l'état de dépendance ? Cela n'est pas exclu en l'état. D'une part, le nouvel article 1143 n'est qu'une application particulière du vice de violence qui exige un acte positif de « *contrainte* » (26), tout comme ledit article. La jurisprudence concernant la violence économique exigeait d'ailleurs, elle aussi, la démonstration d'une telle contrainte (27). D'autre part, alors que la violence « classique » donne lieu à nullité même lorsqu'elle émane d'un tiers au contrat, ce dont il découle que le vice réside essentiellement dans le consentement, la violence de l'article 1143 doit être le fait d'une partie (28), ce qui laisse entendre que la finalité de ce texte est aussi punitive – un peu comme pour le dol. Ces premiers éléments de réponse invitent donc à envisager l'exigence d'un abus autonome. Mais la rédaction du nouvel article 1143 reste ambiguë. Enfin, il faut souligner que si c'est bien la victime qui doit être en état de dépendance, le texte ne précise pas à l'égard de qui doit s'établir l'état de dépendance. On pourrait donc envisager un « *état de dépendance indirect* », dans lequel la dépendance serait établie à l'égard d'un tiers, et dont profiterait (abuserait) le cocontractant. Une telle situation pourrait trouver un terrain d'application au sein des groupes de sociétés (29).

C. Un engagement qui n'aurait pas été souscrit

En troisième lieu, pour que l'abus de l'état de dépendance débouche sur la nullité du contrat, il doit être établi qu'en « *l'absence d'une telle contrainte* », la victime « *n'aurait pas souscrit* » l'engagement litigieux. On retrouve ici l'exigence relative au caractère déterminant de la violence et des vices du consentement en général. Le nouvel article 1130 du Code civil énonce ainsi que « *L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.* ». Cela étant, le nouvel article 1143 est apparemment plus restrictif que ce texte général. Il semble en effet singulariser l'état de dépendance au sein des vices du consentement en exigeant que la victime démontre qu'en l'absence de violence, elle n'aurait pas contracté, et non pas seulement qu'elle aurait contracté à des conditions différentes fussent-elles substantielles. Cette restriction supplémentaire devrait permettre de faire échec aux actions de contractants opportunistes simplement mécontents des conditions contractuelles. Mais elle sera sans doute de maniement délicat. Par définition, la mise en œuvre de l'article 1143 suppose un avantage manifestement excessif. Dans ces conditions, le défendeur n'aura-t-il pas beau jeu de soutenir qu'en l'absence de contrainte, la victime aurait

tout de même contracté mais à des conditions plus saines, de sorte que la nullité n'est pas encourue ?

III. L'articulation du nouvel article 1143 avec les dispositions du droit de la concurrence

Certaines règles du droit de la concurrence ont une finalité proche de celle du nouvel article 1143, avec lequel se poseront donc des difficultés d'articulation. On songe principalement à l'article L 420-2 du Code de commerce (A) et aux textes relatifs aux pratiques restrictives (B).

A. L'éventuelle concurrence entre les articles 1143 du Code civil et L. 420-2 du Code de commerce

Comme précédemment rappelé, l'article L. 420-2, alinéa 2, du Code de commerce sanctionne l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique, et ce, notamment, par la nullité des conventions et clauses qui s'y rapportent (30). On pourrait donc, pour la seule dépendance économique, envisager une concurrence entre les notions et, partant, la possibilité de substituer le fondement spécial du droit de la concurrence par celui de l'article 1143, par exemple pour échapper à la compétence exclusive des juridictions spécialisées dans le cadre d'une demande incidente soumise à un juge non spécialisé (31). À l'inverse, il est également envisageable que l'article L 420-2 soit exclusif de l'application de l'article 1143, au motif que les règles générales doivent s'incliner devant les règles spéciales. La question est délicate. Le nouvel article 1105 du Code civil dispose que « *Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. / Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. / Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières.* ». À première vue, ce texte, qui reprend en partie l'ancien article 1107, est l'expression de l'adage bien connu selon lequel les règles spéciales dérogent aux règles générales (« *specialia generalibus derogant* »). En réalité, pris littéralement, il peut sembler se limiter à la concurrence des règles du Code civil régissant le droit commun du contrat d'une part et les « *contrats spéciaux* » d'autre part. Le rapport au Président de la République en a toutefois une vision plus large. Présentant le troisième alinéa de l'article 1105, il précise que « *les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels que le code de commerce ou le code de la consommation* ». À suivre cette interprétation, le nouvel article 1143 du Code civil pourrait être occulté par l'article L 420-2 du Code de commerce. En effet, du point de vue des sanctions, les textes semblent avoir la même finalité puisque tous deux soumettent l'engagement conclu dans un état de dépendance économique à

25) M. Chagny, Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif, *AJCA* 2016, p.115.

26) Nouvel article 1140 du Code civil.

27) V. spéc. Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2002, n° 00-12.932, préc.

28) Ainsi, dans l'hypothèse d'un groupe de sociétés, il ne devrait pas être possible d'obtenir la nullité d'un contrat conclu avec une filiale si l'abus n'est pas commis par cette dernière.

29) H. Barbier, La violence par abus de dépendance, *JCP G* 2016, 421.

30) Article L. 420-3 du Code de commerce.

31) V. CA Rennes, 6 janv. 2009, R. G. n° 08/06982 (à propos d'une demande incidente fondée sur l'article L 420-1 du Code de commerce) ; plus généralement sur cette hypothèse : R. Amaro, J.-Cl. conc. consom., fasc. 316, n° 102 s.

32) Proposition de loi n° 3571, 3667 et T.A. 722, tendant à modifier l'article L. 420-2 alinéa 2 : <http://www.senat.fr/leg/pp115-565.html>.

33) Avis de l'Autorité de la concurrence du 31 mars 2015 n° 15-A-06, préc.

34) Exposé des motifs de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique n° 3571.

35) Proposition de loi 3571, 3667 et T.A. 722.

36) *Ibid.*

37) V. l'article de V. Ledoux, Le nouveau déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion.

38) Si ce n'est, tout de même, en ce qu'il suppose un élément de « soumission ».

la nullité. En sens contraire, cependant, on peut observer que l'abus de dépendance du nouvel article 1143 relève des vices du consentement, tandis que l'article L. 420-2 se situe sur un terrain objectif. Dès lors, il ne serait pas le « général » des dispositions « spéciales ».

Cette potentielle concurrence entre les textes s'accroît en outre avec la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique (32), adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 28 avril 2016. En substance, cette proposition est une reprise de l'avis de l'Autorité de la concurrence du 31 mars 2015 (33). On peut se demander si la nouvelle définition de l'abus d'état de dépendance économique facilitera la mise en œuvre de l'article L. 420-2 et, potentiellement, celle du nouvel article 1143. La question a d'autant plus d'intérêt que l'exposé des motifs de la proposition de loi va clairement dans ce sens, en exposant qu'il convient d'« assouplir la définition » (34). Deux modifications ont par ailleurs été ajoutées par l'Assemblée nationale. D'une part, le critère de l'affectation de la structure ou du fonctionnement de la concurrence serait désormais apprécié « à court ou à moyen terme » (35). D'autre part, la situation de dépendance serait caractérisée dès lors que « la rupture des relations commerciales entre le fournisseur et le distributeur risquerait de compromettre le maintien de son activité » ou « que le fournisseur ne dispose pas d'une solution de remplacement auxdites relations commerciales, susceptible d'être mise en œuvre dans un délai raisonnable » (36).

B. L'éventuelle concurrence entre l'article 1143 du Code civil et les textes relatifs aux pratiques restrictives de concurrence

Parmi les nombreuses dispositions de l'article L. 442-6, I, du Code de commerce, deux pourraient poser des difficultés d'articulation avec le nouvel article 1143. D'abord, l'article L. 442-6, I, 1°, au terme duquel : « *Engage la responsabilité*

de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers » d'obtenir un « *avantage [...] manifestement disproportionné* ». Le nouvel article 1143 du Code civil exige, quant à lui, l'obtention d'un « *avantage manifestement excessif* ». L'avantage « *manifestement disproportionné* » est-il un avantage « *manifestement excessif* » ? Si les formulations sont proches, elles ne sont pas identiques, de sorte qu'une transposition intégrale de la jurisprudence afférente à cette disposition semble peu envisageable.

Ensuite, l'article L. 442-6, I, 2° énonce qu'« *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* » de soumettre un partenaire à un « *déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Le texte du Code de commerce appréhende ainsi tout type de déséquilibre. La proximité des notions invite, ici encore, à se référer à la jurisprudence qui en découle. Encore faudrait-il déterminer s'il existe une différence de degré entre le « *manifeste* » du nouvel article 1143 et le « *significatif* » de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, même si l'on est enclin à considérer que « *l'avantage manifestement excessif* » est d'une intensité supérieure au « *déséquilibre significatif* ». Par ailleurs, on peut observer que, d'un point de vue purement littéral, l'article L. 442-6, I, n'envisage que la responsabilité de l'auteur d'une telle pratique, même si la jurisprudence semble admettre la nullité de l'engagement ainsi souscrit (37). S'ajoute que l'article 1143 a pour objet de sanctionner un vice du consentement, alors que l'article L. 442-6, I, 2° pourchasse le déséquilibre significatif, qui est un vice objectif indépendant du consentement des parties (38). Ces éléments plaident en faveur d'une application complémentaire des deux textes.

Déséquilibre significatif, abus de dépendance et *private equity*

Luc Pons,
Avocat associé,
Cabinet Racine

La réforme du droit des obligations est en grande partie sous-tendue par l'idée suivante : les contrats conclus entre opérateurs économiques doivent être librement négociés, par des parties disposant d'un niveau d'information adéquate, et sans aboutir à des déséquilibres significatifs ou à des avantages manifestement excessifs au bénéfice de l'une et/ou de l'autre des parties qui auraient été obtenus en absence de négociation réelle ou du fait de la disproportion des besoins de chacun. Or, par nature, les opérations de *private equity* peuvent receler une disproportion de moyens et de besoins entre l'entreprise financée et l'investisseur, ce dernier tentant de minimiser son risque ou de maximiser son profit en proposant des pactes « à sa main » ou en demandant/imposant des clauses à son profit. C'est donc à une réflexion sur une profonde modification des techniques utilisées en *private equity* que nous incite la réforme en droit des obligations. De nombreux contrats sont potentiellement concernés : pactes d'associés, clauses statutaires, termes et conditions de valeurs mobilières composées, etc. Plusieurs nouveautés paraissent de nature à modifier la pratique et la posture des acteurs et, en conséquence, les modalités de négociation et de rédaction des documents contractuels qui matérialisent ou accompagnent les opérations de *private equity*. Deux de ces nouveautés, parmi d'autres, nous semblent particulièrement importantes pour les opérations de *private equity* : la notion de déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion (I) et la création d'un nouveau cas de violence, tenant à l'abus d'état de dépendance aux fins d'obtenir un avantage manifestement excessif (II).

I. Contrats d'adhésion, déséquilibre significatif et *private equity*

Les contrats d'adhésion, par l'étendue des conséquences juridiques qui découlent de cette qualification, peuvent constituer un véritable « *jackpot contractuel* » (A). Or, il se trouve que les opérations de *private equity* reposent parfois sur des documents contractuels susceptibles de recevoir cette qualification (B). Durant la période de cristallisation jurisprudentielle à venir, le moindre doute sera probablement exploité par certains opérateurs.

A. Les contrats d'adhésion, un véritable « *jackpot contractuel* »

Le nouvel article 1110, alinéa 2, du Code civil définit le contrat d'adhésion comme « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». La qualification de contrat d'adhésion entraîne deux conséquences juridiques majeures, dont l'effet peut être redoutable à l'encontre de celui qui a proposé ledit contrat et particulièrement favorable pour celui qui se l'est vu imposer. En effet, le nouvel article 1171 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. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. ». Le nouvel article 1190 précise quant à lui que « Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé. ». Il n'est probablement pas possible de déroger contractuellement à ces deux dispositions. Le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance indique certes que « La présente ordonnance étant supplétive de volonté sauf disposition contraire ». Or, aucun des deux textes précités ne se dit d'ordre public ou impératif. Mais on imagine mal qu'il soit loisible aux parties d'écarter par des stipulations précisément destinées à protéger la partie « faible », sans compter que celle évinçant l'article 1171 serait de toute façon susceptible d'être querellée sur la base même de ce texte. La conjonction des deux conséquences juridiques précitées constitue donc bien une véritable arme contractuelle au bénéfice du signataire d'un tel contrat, dès lors qu'il n'en est pas à l'origine. D'abord ce dernier pourra invoquer, pour les faire déclarer non-écrites, les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Or, la notion de déséquilibre significatif sera probablement soumise à une casuistique jurisprudentielle complexe, mouvante, dont les contours définitifs ne seront connus que dans plusieurs années. En outre, cette faculté de pouvoir faire déclarer une clause créant un déséquilibre significatif comme étant non-écrite n'est vraisemblablement pas prescriptible. Il ne s'agit pas, en effet, d'une cause de nullité qui se prescrit par les délais de droit commun, mais d'une faculté probablement ouverte *ad vitam aeternam* ! Enfin, la réforme a prévu une règle d'interprétation

1) Envisageant cette perspective : T. Massart, Le contrat de société et les pactes d'actionnaires, in *Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats, Actes pratiques & ingénierie sociétaire*, mai-juin 2016, spéc. n° 16.

2) V. p. ex. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 25^e éd., n° 9.

stricte : le contrat d'adhésion doit être interprété, en cas de doute, contre celui qui l'a proposé et ce, qu'il s'agisse des clauses « *créant un déséquilibre significatif* » ou non. Or, certaines clauses peuvent être fondamentales, équilibrées, et souffrir néanmoins d'un doute interprétatif entraînant de lourdes conséquences. Tant mieux alors pour l'acceptant du contrat d'adhésion !

Ajoutons, par ailleurs, que les rapports entre opérateurs professionnels ne sont manifestement pas exclus de la notion de contrat d'adhésion. Certes, cette thématique vient du droit de la consommation et de la disparité (technique, financière etc.) entre un opérateur professionnel et un consommateur non averti. Il semble toutefois que la définition des contrats d'adhésion selon le texte nouveau (« *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation* ») puisse recouvrir un grand nombre de contrats, indépendamment de la qualité des parties. Spécialement, le terme « *conditions générales* » pourrait être analysé comme ne recouvrant pas uniquement les conditions générales d'un contrat au sens formel où on l'entend en pratique. Il pourrait englober, plus généralement, les stipulations les plus importantes ou les plus essentielles – en bref, l'armature de l'acte contractuel conclu.

B. Le contrat d'adhésion et la pratique du *private equity*

À première vue, le *private equity*, lieu de la libre et de l'âpre négociation des contrats, ne devrait pas être concerné par la qualification de contrat d'adhésion. Les opérations de levée de fonds et la rédaction des pactes d'actionnaires relèvent de la pleine liberté contractuelle et de l'opposition des intérêts ; rien ne semble jamais « *imposé à l'autre partie* ». Mais, dans la pratique, tel n'est pas le cas. Soit par nature, soit par la disproportion des intérêts, ou des acteurs, certains contrats usuels en *private equity* pourraient être qualifiés de contrat d'adhésion, ou en tous cas susciter des tentatives en ce sens chez des contractants souhaitant s'affranchir de certains de leurs effets, peser sur une éventuelle renégociation contractuelle ou encore maximiser le rapport de force de l'une des parties. À ce stade, il semble que cette qualification puisse être envisagée, ou à tout le moins sollicitée, à propos de deux types d'acte au moins : les pactes d'associés et les statuts.

1. Les pactes d'associés

L'on sait, d'abord, que les pactes d'associés comprennent généralement, en annexe, un modèle d'acte d'adhésion destiné à permettre à tout nouvel entrant d'adhérer au pacte et qui, par définition, n'a donc pas été négocié. Ces actes d'adhésion doivent être signés par les cessionnaires des parties prenantes au pacte d'origine en cas de cession de leurs titres ou d'apports de ces derniers à des holdings notamment patrimoniales. Au-delà du terme « *acte d'adhésion* », évidemment lourd de sens, il sera très tentant pour celui qui aura adhéré au pacte postérieurement à sa signature, et sans pouvoir en négocier le moindre terme, de soutenir qu'un tel document contractuel, « *imposé* », constitue un contrat d'adhésion afin

d'invoquer le bénéfice des avantages légaux que cette qualification lui confère (1). Il est également envisageable que certains acteurs souscrivent des participations en leur nom propre puis, bénéficiant d'une clause de transfert libre ou de transfert autorisé, apportent leurs titres à une personne morale qui devra, classiquement, « *adhérer* » au pacte. Cette pratique est fort habituelle. Mais comment l'appréhender dans la problématique du contrat d'adhésion ? La jurisprudence admettra-t-elle que l'identité du bénéficiaire ultime – la personne physique actionnaire en direct puis actionnaire indirect – annihile la notion d'adhésion puisque le bénéficiaire réel a négocié le pacte ? Ou bien considérera-t-elle que la succession de deux personnes juridiques différentes constitue bien, pour la seconde, une adhésion à un document qu'elle n'a pas négocié ? En somme, la pratique aujourd'hui parfaitement ordinaire de l'adhésion au pacte devra *a minima* être sérieusement repensée, compte tenu des conséquences qu'elle est susceptible d'entraîner.

Ensuite, s'agissant des pactes eux-mêmes, leurs conditions générales ne sont pas toujours librement négociées. Il peut y avoir une forte disparité entre le poids des acteurs, par exemple entre, d'une part, un fonds d'investissement disposant de nombreux actifs sous gestion et, d'autre part, une société innovante, accompagnée de ses seuls fondateurs, initiant sa création de valeur. Surtout, l'on peut avoir affaire à des « *standards de marché* » ou « *standards groupe* » imposés, selon les cas, par lesdits fonds d'investissement ou par les grandes entreprises procédant à des investissements dans les sociétés innovantes. Dans ce contexte, certains investisseurs proposent un pacte standard, conforme au modèle habituellement utilisé. Et ils subordonnent souvent leur investissement à la signature d'un document substantiellement conforme à leurs pratiques habituelles. Comment, alors, appréhender ces pactes standards, plus ou moins imposés ? Et comment les investisseurs devront-ils réagir si ceux auxquels ce pacte a été proposé exigent d'en négocier pied à pied chacune des clauses ? Faudra-t-il risquer la modification des standards ou préférer risquer la qualification en contrat d'adhésion ? Et puis, comment affirmer que les clauses n'ont pas été « *soustraites à la négociation* » si elles n'évoluent pas par rapport au texte proposé ? Aujourd'hui, quand un fonds d'investissement – ou une très grande entreprise – propose son modèle de pacte à l'occasion d'un investissement dans une start-up, les actionnaires de celle-ci l'acceptent souvent en l'état ou presque. Cela est d'ailleurs considéré par les opérateurs comme un gain de temps, réaliste et bienvenu. Il est à craindre que, demain, ce gain de temps renferme un risque juridique latent mais certain à l'encontre de celui qui a proposé le document concerné. Ce risque sera d'autant plus élevé si ceux qui acceptent le pacte en l'état (ou presque) indiquent avoir conscience « *qu'il s'agit d'un pacte standard* » ou « *que le pacte ne peut être modifié qu'à la marge* ».

2. Les statuts

La société est-elle une institution ou un contrat ? Vaste et ancien débat doctrinal (2), alimenté notamment par la rédaction de dispositions légales telles que les articles 1832, 1842, 1843-3 et 1844-1



du Code civil. Si celui-ci n'a jamais été véritablement tranché par les juges, il semble que la jurisprudence penche plutôt vers la qualification de contrat. La Cour de cassation a ainsi jugé dans un arrêt du 8 mars 2005 que « *les statuts (...) constituent le contrat accepté par les parties et fixant leurs droits et obligations* » (3). La doctrine ne doute d'ailleurs pas que les textes issus de la réforme aient vocation à s'appliquer à la société prise en tant que contrat (4). Cette perspective renferme, en l'occurrence, un enjeu très important. En effet, si les statuts peuvent être considérés comme un contrat, c'est qu'ils sont éligibles à la qualification de contrat d'adhésion. L'associé non fondateur qui devra les respecter sans jamais en avoir négocié une seule des clauses, pourra ainsi prétendre à une telle qualification. En effet, du simple fait de sa souscription au capital ou de son acquisition d'actions ou de parts sociales, les statuts dans toutes leurs stipulations s'imposent à lui. Cela étant, pour les formes sociétaires où la loi fixe l'essentiel des règles d'organisation (SA, SARL notamment), le risque de déséquilibre significatif sera certes probablement réduit. En revanche, pour la forme sociétaire la plus utilisée actuellement et notamment dans les opérations de *private equity*, la SAS, le débat est tout autre. Les statuts des SAS contiennent souvent de nombreuses stipulations pouvant être appréciées comme créant un déséquilibre significatif entre les actionnaires ou différentes catégories d'actionnaires. Comment traiter, par exemple, les actions de préférence par rapport aux actions ordinaires d'un autre associé ?

On le voit, même s'agissant du *private equity*, la notion de contrat d'adhésion donnera lieu, tant que la jurisprudence ne sera pas définitivement fixée, à des incertitudes susceptibles de modifier les pratiques de marché et celles des acteurs. Il en va de même pour une autre nouveauté de la réforme : l'assimilation de l'abus d'état de dépendance au vice de violence, cause de nullité du contrat.

II. Abus de l'état de dépendance et *private equity*

Le nouvel article 1143 du Code civil dispose : « *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* ». Inspiré de la jurisprudence (5), ce nouveau cas de violence, vice de consentement pouvant entraîner la nullité du contrat, est susceptible d'affecter les opérations de *private equity*. En effet, une levée de fonds peut impliquer une certaine forme d'état de dépendance (A), qui conduit d'ailleurs généralement les parties à prévoir des clauses proportionnellement plus contraignantes et, partant, susceptibles de se reconnaître dans la notion d'avantage manifestement excessif (B).

A. Levée de fonds et état de dépendance

Par hypothèse, la société qui procède à une levée de fonds en vue de l'augmentation de son capital

en a fondamentalement besoin. Ce besoin est généralement essentiel, parfois vital. Un tel besoin ne peut-il virer à l'état de dépendance dans certaines situations ? Les fondateurs d'une *start-up* ayant consommé presque tout le « *cash* » apporté lors d'une première levée de fonds ne sont-ils pas en état de dépendance lorsqu'il s'agit d'en solliciter une seconde ? Et que dire d'une société qui fait l'objet d'un LBO en phase de retournement ? D'une phase d'incubation puis d'amorçage ? Pour la société et les actionnaires *pre-money*, la nécessité d'obtenir rapidement des fonds propres complémentaires à défaut desquels la société devra se déclarer en état de cessation des paiements ou interrompre son développement, peut également évoquer la notion de dépendance économique. Il en va ainsi pour toutes les opérations de capital-risque. Plus la société voit ses fonds propres obérés, plus elle et ses actionnaires dépendent furieusement de la nouvelle levée de fonds, tant attendue, plus la dépendance peut être forte et plus les acteurs devront alors composer avec le nouveau cas de violence qu'a institué la réforme du droit des obligations. A la réflexion, cependant, il n'est pas certain que le seul besoin de liquidités, fût-il impérieux, puisse être constitutif de la situation visée par le nouvel article 1143. En effet, à lui seul, un tel besoin évoque plutôt la notion d'état de nécessité. Le projet de réforme du droit des obligations du mois de février 2015, soumis à consultation publique, envisageait d'ailleurs précisément de consacrer la nullité du contrat pour abus d'état de nécessité. L'article 1142 de ce projet disposait ainsi : « *Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse* ». Il distinguait donc très clairement l'état de nécessité de l'état de dépendance. Or, l'ordonnance n'a finalement pas retenu la nullité pour abus d'état de nécessité et s'en est tenue à l'abus d'état de dépendance. Il y a là un argument de poids pour soutenir que le seul besoin de liquidités ne peut donner prise à l'article 1143, en tant qu'il constitue tout au plus un état de nécessité que le législateur n'a pas voulu ériger en cause de nullité dans ledit article. Ce texte ne pourrait donc trouver application que dans certaines configurations particulières, où la relation de dépendance préexiste à la levée de fonds. Une telle situation n'est toutefois évidemment pas à exclure. Encore faudra-t-il que l'apporteur de fonds en ait tiré un avantage manifestement excessif.

B. Levée de fonds et avantage manifestement excessif

Selon la formule classique, « *le gain est une fonction proportionnelle du risque* ». Et c'est justement à l'occasion des mises de fonds les plus risquées que les investisseurs demandent (imposent) les clauses leurs permettant de maximiser leurs gains au regard des risques pris, créant éventuellement de ce fait un avantage qui pourrait être considéré comme manifestement excessif. La boucle est bouclée : c'est bien à l'occasion des mises de fonds de la « *dernière chance* » que les opérateurs obtiennent des clauses compensant, parfois à l'excès, les risques initiaux. De

3) Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-17.692.

4) B. Dondero, La réforme du droit des contrats affectera aussi le droit des sociétés, G. P., 29 novembre 2015, p. 3 ; T. Massart, Le contrat de société et les pactes d'actionnaires, art. préc.

5) V. spéc. Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2002, n° 00-12.932 : « *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 consentement* » ; Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242.

ce point de vue-là, et sous réserve, une fois encore, que l'état de dépendance soit bien caractérisé, l'article 1143 pourrait ouvrir un champ à la contestation et à la renégociation. Au reste, la notion d'avantage manifestement excessif obtenu grâce à la contrainte pourrait rejoindre, et se conjuguer, avec des contrats d'adhésion, soustraits à la négociation, contenant des clauses créant un déséquilibre significatif... Les deux notions ne sont pas exclusives l'une de l'autre et offrent à la partie considérée comme « faible » un vaste champ légal de contestations possibles. Cela étant, la dépendance et l'abus de l'état en résultant ne seront peut-être pas toujours à sens unique. Il peut en effet arriver que l'investisseur soit lui aussi en état de dépendance (réputationnelle par exemple) par rapport à la société financée.

Par ailleurs, la notion « *d'avantage manifestement excessif* » n'est pas aisée à appréhender. Le terme « *avantage* » semble relativement clair et renvoyer, en l'occurrence, à des droits préférentiels ou à tout le moins non-réciproques, conférant à celui qui les obtient un bénéfice contractuel non partagé. Mais les termes « *manifestement excessif* » sont beaucoup plus flous. En outre, s'agissant des opérations de *private equity*, se pose la question de la date à laquelle doit s'apprécier l'excès manifeste. Bien souvent, en effet, la clause incriminée n'est pas manifestement excessive au moment précis où elle est obtenue. Elle le devient, ou peut désormais être considérée comme telle, plusieurs années plus tard, lorsqu'elle est exercée et que le rapport coût-avantage ou encore gains-risques peut être définitivement apprécié, et ses conséquences mesurées. Certaines clauses de rattrapage de valeur ou de maximisation de la plus-value peuvent aboutir à des multiples de retour sur investissement très considérables. Ceux-ci pourraient sembler, d'un strict point de vue mathématique, « *manifestement excessifs* ». Mais cet excès manifeste devrait normalement s'apprécier au regard de la nature du risque initial pris lors de l'investissement et du risque de perte définitive en capital qui pouvait en résulter. Les juges apprécieront-ils l'excès de manière purement mathématique, ou préféreront-ils effectuer une analyse gains-risques en pondérant la maximisation de la plus-value obtenue avec le risque initialement encouru ?

Quoi qu'il en soit, certaines clauses particulièrement usitées en matière de levées de fonds comportant un fort risque de perte en capital pourraient être incriminées comme conférant à leur bénéficiaire des avantages manifestement excessifs. Ainsi, par exemple, des clauses de rattrapage de plus-value permettant à leur bénéficiaire, en cas de cession, de percevoir sur le prix de la transaction un pourcentage du prix de cession supérieur à sa participation au

capital : mécanismes de BSA « *ratchet* », BSA de performance, clause de partage de plus-value, clause de rattrapage de TRI, etc. Par ailleurs, en cas d'échec ou d'arrêt du projet entrepreneurial, sont prévues des clauses de liquidation préférentielle permettant au bénéficiaire de percevoir sur le boni de liquidation une part supérieure à la proportion de sa participation dans le capital. Ces clauses peuvent conduire à priver les autres actionnaires de la quasi-totalité de leurs droits au boni de liquidation. Elles sont généralement négociées et conclues à l'occasion de mises de fonds comportant une forte part de risque, c'est-à-dire lorsque la mise de fonds est impérieuse pour assurer la pérennité du projet de la société voire celle de la société elle-même. Reconnaissons toutefois que ces clauses, quoique souvent stipulées, sont en pratique rarement mises en œuvre : l'arrêt du projet entrepreneurial signifie généralement la cessation des paiements et l'absence de tout boni. Mais d'autres clauses encore sont susceptibles d'être incriminées au titre de l'avantage manifestement excessif. Tel est le cas par exemple de droits de veto, parfois exorbitants au regard des pratiques communes, obtenus à l'occasion de mises de fonds, ou encore de la faculté que peuvent obtenir (imposer) certains investisseurs de disposer d'un droit de liquidité de leur participation par priorité à toutes les autres participations des actionnaires composant le capital social. De même encore, les clauses dites de « *bad leaver* », dès lors qu'elles sont alourdies ou renforcées à l'occasion de mises de fonds négociées dans des conditions d'urgence et de nécessité, pourraient elles aussi être querellées. Enfin, reste la question de la sanction. L'abus d'état de dépendance est assimilé à la violence, elle-même vice du consentement cause de nullité du contrat. Il pourra donc conduire à la nullité du contrat tout entier et non pas seulement des clauses incriminées. Certains cocontractants devant subir les effets de clauses qu'ils ont dû accepter ne manqueront pas de solliciter la nullité de l'ensemble des accords les contenant, ne serait-ce que pour maximiser leur capacité de négociation ou de renégociation. Il y aura lieu, toutefois, de faire application du nouvel article 1184, aux termes duquel « *Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien.* ». D'où l'intérêt qu'il y aura, dans certains cas, à faire le départ entre ce qui est déterminant et ce qui ne l'est pas, dès lors que l'étendue de la nullité dépend en grande partie de ce paramètre.

Opérations de cession-acquisition et réforme du droit des obligations : quelques perspectives d'avenir

Mélanie Coiratton-Mavré,
Luc Pons,
Avocats associés,
Cabinet Racine

Les opérations de cession-acquisition de sociétés ou de groupe de sociétés sont généralement étanches aux soubresauts du droit civil. Le droit des obligations et des contrats n'a quasiment pas varié depuis deux cents ans sur les sujets qui les concernent. Les pratiques et standards du marché sont bien établis, de même que la jurisprudence – si l'on fait exception des allers-retours jurisprudentiels et législatifs sur la question de l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil.

La réforme du droit des obligations, qui entrera en vigueur le 1^{er} octobre 2016, va probablement bouleverser cet ordre établi. En modifiant profondément l'esprit et les textes régissant le droit des contrats, elle ne manquera pas d'impacter les opérations les plus lourdes de la vie des affaires : les cessions-acquisitions de sociétés (1). On peut déjà considérer que deux nouveautés de la réforme vont nécessairement modifier la pratique des acteurs. Il s'agit, d'abord, de l'édiction d'un devoir légal d'information précontractuelle (I) et, ensuite, de la consécration de la « *théorie de l'imprévision* », auparavant cantonnée au droit administratif, et qui désormais s'appliquera en matières civile et commerciale (II).

I. Le devoir d'information précontractuelle

L'article 1112-1 nouveau du Code civil, d'ordre public, instaure un devoir d'information précontractuelle : « *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. / Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. / Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. / Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. / Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. / Outre la responsabilité de*

celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants. ». On sait que la jurisprudence admet depuis longue date l'existence d'un devoir d'information à la charge du vendeur. Mais, entre la jurisprudence, toujours plus ou moins casuistique, et la loi, générale et abstraite, il y a une différence de taille. Il est donc à prévoir que l'article 1112-1 nouveau bouleverse le processus précontractuel (A) et affecte le contenu, les négociations et l'objet des garanties d'actif et de passif (B).

A. Devoir d'information et processus précontractuel

Pour bien mesurer le bouleversement annoncé par l'article 1112-1 nouveau du Code civil, il faut préciser son objet s'agissant des opérations d'acquisitions et de cessions de sociétés (1), considérer le renforcement des contraintes précontractuelles qu'il entraîne (2) ainsi que les sanctions dont ce texte, d'ordre public, est assorti (3).

1. L'objet de l'information

S'agissant des opérations d'acquisitions et de cessions de sociétés ou de groupe de sociétés, on peut s'interroger sur l'étendue du devoir d'information. L'article 1112-1 indique que « *ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation* », tout en ajoutant dans l'alinéa suivant : « *Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ». Or, les informations fournies dans le cadre de l'audit précontractuel ont généralement une double nature. D'un côté, elles permettent d'affiner la valorisation de la société dont l'acquisition est envisagée. Elles concernent donc bien « *l'estimation de la valeur de la prestation* ». Mais, par ailleurs, ces éléments vont concourir à la rédaction du contrat et de la garantie d'actif et de passif. Ils ont donc, en outre, « *un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat* ». Relèvent-ils, alors, du devoir d'information, ou y échappent-ils au contraire ?

1) Sur ce thème, v. not. : Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats, *Actes pratiques et Ingénierie sociétaire*, dossier spécial, mai-juin 2016, p. 5 ; S. de Kondserovsky ; L'impact de la réforme du droit des contrats sur les opérations de fusions-acquisitions, *RDBF* juil.-août 2016, p. 19 ; J.-J. Ansault et D. Swinburne, Premières réflexions sur les évolutions des opérations de fusion-acquisition, *JCP E*, 26 mai 2016, p. 18 ; CMS, La pratique du droit des sociétés in Le guide de la réforme du droit des contrats, Option finance 11 avril 2016, hors série, p. 24 ; A. Toupenay-Schueller et A. Baudoun, Quelques impacts de la réforme du droit des contrats sur la pratique des fusions-acquisitions, *Option Finance*, 21 mars 2016, p. 28 ; A. Couret et A. Reygrobbel, Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux, *Bull. Joly Sociétés*, mai 2015, p. 247.

2) Cela étant, le préjudice réparable consiste généralement en une perte de chance de conclure le contrat à des conditions plus avantageuses (Cass. com., 10 juillet 2012, n° 11-21.954, à propos de la victime d'un dol n'ayant pas agi en nullité). V. cep. Cass. com., 20 janvier 2009, n° 07-18.136, qui a pu être interprété comme admettant la nullité de la seule clause de plafonnement – mais l'arrêt, non publié au Bulletin, se borne à prononcer une cassation pour défaut de réponse à conclusions.

La première hypothèse est, de loin, la plus vraisemblable. Il est en effet douteux que le seul fait qu'une information puisse permettre d'estimer la valeur de la prestation soit de nature à l'exclure *ipso jure* du devoir édicté par l'article 1112-1. Ce texte dispose simplement que les parties n'ont pas à s'informer sur « l'estimation » de la valeur de la prestation, c'est-à-dire sur ce qu'elle vaut. De là à en déduire que toutes les informations susceptibles de concourir à cette estimation sont exclues du devoir d'information, il y a un pas qui ne sera probablement pas franchi. Que l'on n'ait pas à s'informer sur la valeur elle-même ne signifie pas que l'on soit affranchi de tout devoir d'information sur les éléments permettant de la déterminer. Une chose est l'estimation de la valeur ; autre chose, l'information qui peut y conduire. Si la première échappe au devoir d'information, la seconde en relève, du moins lorsqu'elle présente le lien requis avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Aussi semble-t-il difficilement envisageable que la jurisprudence à venir exclue du champ d'application de l'article 1112-1 les opérations d'acquisitions et de cessions de sociétés au motif que les informations précontractuelles fournies lors de la phase d'audit et de pourparlers ont pour vocation de permettre l'estimation de la valeur des titres achetés. En effet, ces informations ne sont pas en elles-mêmes constitutives d'une estimation de la valeur des titres. De surcroît, elles n'ont pas pour seul objet de déterminer cette valeur. Elles participent également à la matérialisation du principe d'acquisition, ou non, par le candidat acquéreur, ainsi qu'à la préparation de la reprise de la société cible et de son développement dans le cadre d'un nouveau groupe. Enfin, elles concourent à la rédaction et au contenu des garanties d'actif et de passif. Le devoir d'information instauré par l'ordonnance jouera donc probablement un rôle majeur dans les phases précontractuelles des opérations de M&A.

2. Le renforcement des contraintes précontractuelles

Aujourd'hui, en pratique, soit l'acquéreur potentiel d'une société ou d'un groupe de sociétés formule ses demandes d'informations auprès du vendeur sous forme de liste d'audit, soit le vendeur, spontanément (notamment lorsqu'il y a une pluralité de candidats acquéreurs) met à disposition desdits candidats des documents – notamment sous forme électronique. Cette situation va probablement évoluer avec le texte nouveau. Celui-ci soumet en effet le vendeur à un devoir de délivrance non pas de *documents* mais d'*informations* dont il aurait connaissance et qui pourraient avoir une influence sur le consentement de l'autre partie. Il est donc parfaitement envisageable que, dans certaines situations, la seule communication de documents soit jugée insuffisante en tant qu'elle n'a pas permis à l'acheteur d'accéder à l'information requise ; par exemple, lorsque celle-ci ne pouvait être connue qu'au moyen de la conjonction de plusieurs documents sans que

l'acheteur ait pu s'en rendre compte ; ou encore à propos d'informations résultant d'études internes, voire non matérialisées par un quelconque élément factuel écrit ; et ce, indépendamment de toute demande de l'acquéreur. Par ailleurs, le devoir naît dès lors que « *légitimement, [l'autre partie] ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.* ». Cette rédaction entraînera probablement, demain, des échanges précontractuels aux termes desquels les acquéreurs ou candidats acquéreurs listeront les éléments – nombreux – qui sont essentiels à la manifestation de leur consentement et rappelleront la « *confiance* » qu'ils font au vendeur pour délivrer cette information essentielle, quel qu'en soit le support, dans le cadre d'un processus d'audit maîtrisé et conformément à la loi.

En somme, c'est à une petite révolution pratique que les acteurs doivent s'attendre. Il appartiendra aux vendeurs de rechercher, de lister et de n'omettre aucune information substantielle dont ils auraient connaissance, quand bien même elle n'aurait pas été demandée, sans pouvoir se cantonner de façon systématique à la fourniture des documents dans le cadre de l'audit. Il est probable que les phases d'audit seront désormais animées par un jeu de questions-réponses. L'acquéreur ou le candidat acquéreur interrogera le vendeur sur sa connaissance d'informations substantielles dans chacun des domaines importants de la vie de la société, chaque réponse engageant directement le vendeur pour l'avenir.

3. L'ordre public et les sanctions

Le cinquième alinéa de l'article 1112-1 nouveau dispose que « *Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir* » d'information. Le sixième ajoute : « *Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants.* ». Ainsi, d'une part, il n'est pas question de supprimer, ni même d'atténuer le devoir d'information précontractuelle. D'autre part, la sanction du manquement à ce devoir d'information précontractuelle contient deux niveaux d'intensité, correspondant à deux niveaux de gravité. Elle peut consister en l'annulation du contrat, ce qui n'est pas une nouveauté, lorsqu'elle engendre un vice du consentement, spécialement une réticence dolosive. En l'absence d'un tel vice ou en cas de vice que l'on ne souhaiterait pas traduire en nullité, ou encore dans l'hypothèse où la nullité laisserait subsister un préjudice, la responsabilité précontractuelle aura vocation à s'appliquer. Et l'on rappellera qu'à la différence des garanties d'actif et de passif, cette responsabilité (i) n'est pas limitée dans son montant par un plafond (2), (ii) ne se déclenche pas après l'application d'une franchise ou d'un seuil, (iii) ne contient pas d'exception et (iv) se prescrit par une durée généralement plus longue que les durées standards prévues dans les conventions de garanties d'actif et de passif.



B. Quelle influence sur les garanties d'actif et de passif ?

Il est probable que le devoir légal d'information entraînera, de manière inversement proportionnelle, une réduction du champ d'application et de l'importance des garanties d'actif et de passif. En effet, les vendeurs, tenus de ce devoir d'information, vont probablement l'exploiter pour exiger que l'ensemble des informations et documents transmis, et les risques qu'ils révèlent, ne puissent en aucun cas faire l'objet d'une mise en jeu de la garantie d'actif et de passif. Un des meilleurs moyens de vider de sens, de contenu et d'effet une garantie d'actif et de passif est de prévoir que les éléments fournis lors de l'audit ou bien aux annexes du contrat de cession sont « *exonératoires* » (selon l'expression usuelle des praticiens), de sorte que les risques qu'ils révèlent ou recèlent ne pourront faire l'objet d'une mise en jeu de la garantie. C'est ce que l'on désigne souvent sous l'expression de « *data room exonératoire* ».

Ce type de stipulations est généralement honni par les candidats acquéreurs (ce qui ne les empêche pas de les imposer lorsqu'ils revendent la société cible quelques années plus tard...) car, dans les milliers de pages fournies dans le cadre de l'audit, le vendeur arrivera bien à trouver quelques éléments permettant de montrer que le risque pour lequel l'acquéreur demande l'indemnisation lui avait été révélé, directement ou indirectement. Toutefois, le préalable nécessaire à l'acceptation d'une telle clause est le fait que chaque information fournie durant l'audit soit traçable, pointable, identifiée, document par document, voire horodatée. Or, le vendeur tenu à un devoir d'information va désormais se trouver contraint, pour bien démontrer qu'il a rempli ledit devoir, d'assurer la traçabilité de l'information fournie pour que jamais l'on ne puisse lui faire le reproche d'avoir omis des informations qu'il aurait dû pourtant révéler. Dans ces conditions, ce préalable étant requis moyennant des frais qui vont se généraliser (data room électronique), le vendeur sera souvent conduit à solliciter, en contrepartie des informations transmises, une exonération relative à tous les éléments y afférents.

Il est donc probable que, tendanciellement, les garanties d'actif et de passif ne viseront que les éléments de risques n'ayant pas fait l'objet d'une révélation par le vendeur : soit que ce dernier ait manqué à son devoir d'information, ouvrant alors à l'acquéreur un choix dans l'action qu'il pourra engager *via* les termes de la garantie de passif et d'actif d'une part ou *via* le Code civil d'autre part pour une action en nullité et/ou en indemnisation (mais alors sans franchise, ni seuil, ni plafond...); soit encore que le vendeur n'ait pas eu connaissance du risque dont l'indemnisation est demandée, que ce risque fût inconnu ou bien encore qu'il n'ait pas été révélé au vendeur par les dirigeants de l'entreprise vendue en cas de dichotomie entre le contrôle du capital et la direction de la société cédée. A cet égard, il est à prévoir que les procès futurs se focaliseront sur une casuistique complexe afférente à la notion

de « *connaissance* », d'« *information* », de « *transmission de l'information entre dirigeants et actionnaires* », etc.

II. L'imprévision et les opérations de fusions-acquisitions

L'imprévision entre donc dans le Code civil au sein de l'article 1195 nouveau, instaurant un mécanisme inédit et particulièrement anxiogène concernant les opérations de fusions-acquisitions (A). Ce mécanisme n'est toutefois pas d'ordre public et sera donc souvent aménagé par les parties, notamment à la demande du vendeur, dans le cadre de la rédaction de « *MAC clauses* » (B).

A. L'article 1195, un véritable outil répulsif ?

L'article 1195 nouveau du Code civil dispose : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. / En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.* ». Ce mécanisme prévoit donc plusieurs phases. Tout d'abord, une des parties constatant un événement imprévisible rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Ensuite, ces négociations peuvent réussir ou échouer. En cas de réussite, les parties se sont accordées et l'imprévision a été gérée selon les modalités qu'elles ont fixées. En cas d'échec, en revanche, les parties peuvent procéder à la résolution du contrat ou bien demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. Mais si les parties ne se sont accordées ni sur la résolution du contrat, ni sur la saisine du juge, alors chacune d'elles peut demander au juge de réviser le contrat ou d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il aura fixées.

Il n'est pas du tout exclu que ce mécanisme puisse s'appliquer dans les opérations de M&A. Le « *projet Catala* », tout en consacrant l'imprévision, en limitait l'application aux contrats à exécution successive ou échelonnée (3). Mais l'ordonnance ne contient aucune restriction de ce type. Elle est d'ailleurs fortement inspirée, sur ce point, du « *projet Terré* », dont les motifs révèlent clairement que l'imprévision a vocation à s'appliquer à toute espèce de contrat et notamment aux ventes à terme (4). Il faut donc s'attendre à ce que l'article 1195 soit invoqué et appliqué aux contrats de cession d'actions de sociétés ou de groupe de sociétés, spécialement dans les promesses à terme stipulées

3) Articles 1135-1 et s.

4) V. D. Fenouillet, Les effets du contrat entre les parties, Les principes, in Pour une réforme du droit des contrats, dir. F. Terré *Dalloz* 2009, p. 243, spéc. p. 245.

5) On ne peut toutefois exclure, en l'état, que le vendeur lui-même puisse revendiquer l'application du mécanisme lorsque des circonstances imprévisibles ont augmenté la valeur des titres dans des proportions telles qu'elle est devenue disproportionnée par rapport au prix convenu.

au sein des pactes ou des statuts, ou encore en cas de survenance d'un événement imprévisible dans la période qui sépare le « *signing* » du « *closing* ». Cette période peut être très longue (plusieurs mois) lorsque, par exemple, l'opération doit être soumise au contrôle des autorités de concurrence ou nécessite l'obtention d'un agrément par une collectivité territoriale ou une autorité publique. Or, comme l'on vient de le voir, ce texte peut aboutir, *in fine*, si les parties ne sont pas parvenues à s'accorder, à une liberté de choix totale laissée au juge qui peut réviser le contrat ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe. Autrement dit, si le mécanisme de l'article 1195, supplétif, n'est pas supprimé ou aménagé par les parties et qu'il est mené à son terme, alors le juge pourra décider de mettre un terme à une cession de sociétés ou de groupe de sociétés voire, dans le cas contraire, de fixer le prix de cession à son choix ! On voit bien la volonté du législateur : que les parties s'accordent, à défaut de quoi elles s'exposent à ce que le juge tranche à leur place. Le risque d'une intervention du juge, doté d'un tel pouvoir de modification des termes contractuels initiaux, devrait inciter les parties à trouver un nouvel accord. Ce risque est aussi, et paradoxalement, de nature à durcir les négociations pour y parvenir... C'est pourquoi il est probable que les parties veilleront à passer outre l'article 1195, soit en l'évinçant totalement, soit en aménageant contractuellement les situations d'imprévision.

B. Quelle influence sur les contrats de cession et la rédaction des MAC clauses ?

L'article 1195 nouveau devrait modifier le positionnement des acteurs compte tenu des événements susceptibles d'intervenir durant la période de « *signing-closing* » qui sépare la fixation définitive des termes de l'opération et sa réalisation effective. Traditionnellement, cette période est considérée comme étant « à risques » pour l'acquéreur. Le prix a été fixé et, même s'il peut être ajusté selon l'évolution de la situation financière de la cible durant la période considérée, le prix convenu est normalement invariable. L'opération devra se faire quand bien même des éléments graves interviendraient durant la période de « *signing-closing* » qui, s'ils avaient été connus précédemment, auraient conduit l'acquéreur à ne pas procéder à l'acquisition ou à modifier le prix proposé. Le vendeur, quant à lui, est dans une situation souvent strictement inverse, c'est-à-dire sécurisée. Pour lui, la cession est faite et définitive : ce n'est plus qu'une question de temps. Il considère que tout événement qui pourra intervenir durant la période de « *signing-closing* » ne le concerne plus et devra être supporté par l'acquéreur, tenu de procéder vaille que vaille à l'acquisition au prix convenu.

Pour pallier cette difficulté, la pratique utilise des clauses dénommées des « *MAC clauses* », acronyme de *Material Adverse Change Clause*. Ces stipulations régissent l'imprévision entre la période de « *signing-closing* ». Elles sont demandées principalement par les acquéreurs qui sont en risque, et généralement refusées par les vendeurs. Elles sont âprement négociées, assez peu accordées et souvent très limitatives. En ce domaine, la psychologie des acteurs va nécessairement être modifiée par l'article 1195 nouveau. Car si les parties ne gèrent pas contractuellement la question de l'imprévision, c'est ce texte qui s'appliquera, et ce, bien souvent, au détriment du vendeur. En effet, le changement de circonstances imprévisible rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour l'une des parties ne devrait concerner, dans la grande majorité des cas, que l'acquéreur, dès lors que c'est lui qui « paye » quelque chose (5). L'acquéreur aura donc vocation à bénéficier du mécanisme mis en place par l'article 1195 nouveau pour obtenir soit la fin du contrat soit l'adaptation de son contenu (et notamment du prix). Ainsi, et à la différence de la pratique actuelle, ce sont probablement les cédants qui, désormais, seront demandeurs d'une clause gérant l'imprévision, pour échapper à l'article 1195. Il conviendra, d'une part, de lister les types d'événements dont les parties entendent gérer contractuellement l'éventuelle survenance (modification du prix, des garanties, garanties complémentaires, sûretés complémentaires, résolution du contrat...), et d'autre part, de souligner avec force que l'article 1195 n'a pas vocation à s'appliquer au-delà, chacune des parties (mais spécialement l'acquéreur) acceptant le risque qui en résulte. L'opposition des intérêts sera alors frontale. Bien souvent, l'acquéreur aura vocation à allonger la liste, tandis que le vendeur souhaitera la réduire et exclure précisément les éléments non retenus comme pouvant avoir un effet quelconque sur la survie et les termes du contrat. L'acquéreur aura vocation à maximiser les effets de la survenance d'un tel changement de circonstances, quand le vendeur souhaitera au contraire les minimiser. Les négociations seront délicates, en ce sens qu'à tout moment l'acquéreur pourra dire qu'à défaut d'accord le droit positif s'appliquera puisque le Code civil a maintenant pourvu à la situation... Ainsi, concernant l'une des clauses les plus compliquées – et conflictuelles – à négocier lors des opérations de cession, c'est une révolution des postures qui va s'opérer.

Quelques incidences de la réforme du droit des obligations sur les conditions stipulées dans les promesses de vente immobilières

Jean-Philippe Lorizon,
Avocat associé,
Cabinet Racine

Emmanuelle Briand,
Avocate, Directrice de mission,
Cabinet Racine

Les promesses de vente d'immeuble, qu'elles soient unilatérales ou synallagmatiques, contiennent de manière quasi-systématique des conditions auxquelles est subordonnée l'effectivité de la réalisation de l'opération. Ces conditions sont définies par le Code civil comme des événements futurs et incertains dont dépend une obligation (article 1168 dans sa rédaction actuelle et article 1304 tel qu'issu de la réforme). Elles peuvent être soit suspensives, auquel cas l'obligation est subordonnée à la réalisation de cet événement, soit résolutoires, auquel cas l'obligation s'exécute mais sera révoquée si l'événement se réalise, les parties devant alors opérer les restitutions adéquates.

En matière immobilière, on retrouve ainsi, de façon régulière, des conditions suspensives d'obtention d'un permis de construire définitif, d'un prêt ou encore de non exercice d'un droit de préemption. D'autres conditions suspensives, spécifiques à l'opération envisagée, peuvent également être stipulées en fonction des difficultés d'espèce rencontrées, afin de permettre au futur acquéreur de sécuriser l'opération envisagée. Bien que plus rares du fait de leurs conséquences en termes de restitutions entre les parties, des conditions résolutoires peuvent également être prévues dans les promesses de vente d'immeuble.

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 opère une refonte des textes régissant ces conditions aux articles 1304-1 à 1304-7 nouveaux du Code civil, en y apportant des précisions et modifications afin, notamment, d'entériner des solutions instaurées par la pratique et la jurisprudence, ou de mettre un terme à des controverses jurisprudentielles (1). Elle opère ainsi une rénovation des notions (I) et une clarification, à tout le moins partielle, du régime juridique qui leur est applicable (II).

I. La rénovation des notions

L'ordonnance substitue au raffinement sans doute excessif du dispositif issu du Code de 1804 une typologie relativement simple (A). Elle appréhende par ailleurs, sans la nommer, la « condition potestative » dans des termes restrictifs (B).

A. Une simplification de la typologie des conditions

Dans sa rédaction actuelle, outre la condition suspensive et la condition résolutoire, le Code civil distingue trois types de conditions : la condition casuelle, dont la réalisation dépend entièrement du hasard, ou du moins de circonstances totalement objectives et extérieures à la volonté des parties (article 1169) ; la condition mixte, dont la réalisation dépend à la fois de la volonté d'une des parties et d'un tiers (article 1171) : ce sont les conditions les plus fréquemment stipulées dans les promesses de vente ; la condition potestative, qui dépend exclusivement de la volonté d'une des parties (article 1170). Si les deux premières conditions sont licites, la condition potestative rend nulle l'obligation qui en est assortie et la convention dont elle est issue, sous les modalités développées ci-après.

De même, le Code civil interdit les conditions impossibles, illicites ou contraires aux bonnes mœurs, en frappant de nullité la convention toute entière (article 1172).

L'ordonnance du 10 février 2016 simplifie considérablement les choses de ce point de vue. La condition suspensive et la condition résolutoire sont successivement définies par les alinéas 2 et 3 du nouvel article 1304, la première comme celle dont « l'accomplissement rend l'obligation pure et simple » et la seconde comme celle dont « l'accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation ». A la référence aux conditions impossibles, illicites ou contraires aux bonnes mœurs, est substituée la seule notion de condition illicite, à l'article 1304-1 nouveau : « La condition doit être licite. A défaut, l'obligation est nulle ». Enfin, la distinction entre conditions casuelle, potestative et mixte est remplacée par la disposition du nouvel article 1304-2, aux termes duquel « Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur ». Ce dernier texte semble opérer un assouplissement de l'interdiction des conditions dites potestatives.

1) V. not. A. Aynès, Terme et condition : simplification du régime de la condition et consolidation de celui du terme, *Dr. et pat.* juill-août 2015, p. 37 – à propos du projet du mois de février 2015.

2) Cass. soc. 9 juillet 1996, n° 95-13.010, Bull. civ. n° 269.

3) V. Cass. civ. 1^{re}, 17 octobre 1967, Bull. civ. n° 304, jugeant qu'en l'état d'une condition rétroactive la lésion du vendeur d'immeuble s'apprécie au jour du contrat et non au jour de survenance de la condition.

B. Une approche plus stricte de la « condition potestative » prohibée

L'événement érigé en condition, dont dépend la survie du contrat, étant défini comme « futur et incertain », il ne doit pas dépendre de la seule volonté des parties. Le Code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance, dispose que « *La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher* » (article 1170). Il ajoute : « *Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* » (article 1174). La jurisprudence a progressivement mis en place une distinction entre les conditions « simplement potestatives », qui ne relèvent pas uniquement du bon vouloir du débiteur mais également d'un tiers ou d'un événement extérieur, et les conditions « purement potestatives », qui dépendent de l'unique volonté du débiteur. Ainsi, seules sont frappées de nullité les obligations affectées d'une condition dite purement potestative. Les obligations assorties de conditions simplement potestatives restent, elles, valables, le juge sanctionnant le cas échéant la mauvaise foi du débiteur d'une condition simplement potestative en réputant accomplie ladite condition, lorsque le débiteur en a empêché l'accomplissement, en application de l'article 1178.

L'ordonnance du 10 février 2016 énonce quant à elle, à l'article 1304-2 nouveau du Code civil : « *Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause.* ». Ce faisant, elle semble restreindre encore la qualification de condition potestative en la limitant aux seules conditions dont la réalisation dépend entièrement et uniquement de la volonté du débiteur. Ainsi, dès que l'accomplissement de la condition dépendra, même de manière très partielle, d'autre chose ou de quelqu'un d'autre que du seul débiteur, l'obligation restera valable. Le juge pourra néanmoins, en cas de non réalisation de la condition par la faute du débiteur de mauvaise foi, réputer la condition accomplie, conformément à l'article 1304-3 nouveau, qui reprend la règle énoncée à l'ancien article 1178. Plus que reprise, d'ailleurs, cette règle est étendue, ou à tout le moins clarifiée, puisqu'elle vise également la condition résolutoire. Ainsi, en présence d'une condition résolutoire ne dépendant que partiellement de la volonté du débiteur, non sujette à nullité, le juge pourra considérer la condition comme défaillie lorsque ce débiteur aura provoqué son accomplissement. La réforme ajoute également au droit positif actuel en énonçant que la nullité de l'obligation assortie d'une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur ne pourra plus être invoquée si l'obligation a été exécutée par le débiteur en connaissance de cause. Les rédacteurs de l'ordonnance ont ainsi souhaité que la nullité soit purgée lorsque le débiteur n'a pas fait usage du pouvoir « libératoire » que lui conférerait la condition. Enfin, compte tenu de la consécration de la théorie moderne des nullités (articles 1179 et suivants nouveaux), il y a tout lieu de croire que la

nullité encourue sur le fondement de l'article 1304-2 sera relative, alors que la nullité des obligations du fait de la potestativité d'une condition avait au contraire été qualifiée d'absolue par un arrêt de la Cour de cassation (2).

II. La clarification partielle du régime

Le régime des conditions suspensives ou résolutoires mis en place par l'ordonnance du 10 février 2016, s'il a le mérite d'entériner un certain nombre de principes jurisprudentiels, n'engendrera pas de grands bouleversements dans la pratique actuelle en matière de rédaction de promesses de vente (A). On peut toutefois regretter que la question du délai de réalisation des conditions n'ait pas été traitée (B).

A. Les clarifications attendues

Outre la reprise et l'extension de la règle posée dans l'ancien article 1178 (article 1304-3 nouveau), évoquée ci-dessus, l'ordonnance du 10 février 2016 vient modifier et clarifier le régime juridique de la condition sur trois points.

En premier lieu, le dispositif nouveau pose un principe de non-rétroactivité de la condition suspensive. L'ancien article 1179 prévoyait que « *La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté* ». Alors que l'article 1304-6 nouveau dispose : « *L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive* ». L'ordonnance opère ainsi un revirement sur la question de la date d'effet de la réalisation d'une condition suspensive, en passant d'un principe de rétroactivité à compter de la signature de la promesse de vente, à un principe de non-rétroactivité, l'obligation prenant son plein effet uniquement à compter de la réalisation de la condition. Ces principes n'étant toutefois pas d'ordre public, il était très fréquent que les parties se soustraient au principe de rétroactivité énoncé par le Code civil pour prévoir, dans les promesses de vente, que l'accomplissement de la condition n'aurait d'effet que pour l'avenir, afin d'éviter les difficultés de restitutions liées à la rétroactivité. En énonçant l'absence de rétroactivité des conditions suspensives, l'ordonnance rejoint ainsi une rédaction usuelle des promesses de vente. Cela étant, le deuxième alinéa de l'article 1304-6 nouveau précise que les parties peuvent convenir d'une condition suspensive à effet rétroactif. Une telle configuration peut avoir un intérêt dans certaines situations. Par exemple, s'agissant de la lésion du vendeur d'immeuble, elle devrait conduire à apprécier la valeur de l'immeuble et, partant, l'éventuelle lésion, à la date de la vente et non à celle de survenance de la condition (3). L'acheteur se trouverait ainsi protégé contre une augmentation de la valeur de l'immeuble entre la date de la vente et celle de survenance de la condition, alors que tel ne devrait pas être le cas en présence d'une condition non-rétroactive. En revanche, selon le troisième alinéa de l'article 1304-6 nouveau, en cas de défaillance d'une condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé. Classique, cette solution est toutefois mise à mal en pratique dans les promesses de vente, les



parties prévoyant le plus souvent la caducité du contrat en cas de défaillance des conditions suspensives, cette caducité n'ayant d'effet que pour l'avenir.

En deuxième lieu, l'ordonnance du 10 février 2016 conserve en revanche le principe de rétroactivité des conditions résolutoires, tout en réduisant assez largement son champ d'application, dans un souci de sécurité juridique. D'une part, tout comme pour les conditions suspensives, ce principe est supplétif de la volonté des parties qui peuvent, conventionnellement, décider d'y déroger. D'autre part, l'article 1304-7, alinéa 1, nouveau prévoit que les actes conservatoires et d'administration effectués avant la réalisation de la condition résolutoire ne seront pas remis en cause. Il s'agit là, une fois encore, d'une validation de la pratique et de la jurisprudence. Enfin, l'article 1304-7, alinéa 2 nouveau écarte le principe de rétroactivité si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat.

En troisième lieu, la réforme aborde la question de la renonciation au bénéfice d'une condition. Sur cette question, le Code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance est muet. Il est admis qu'une partie puisse renoncer à la condition suspensive stipulée dans son intérêt exclusif tant qu'elle n'est pas défaillie, de même qu'à une condition résolutoire stipulée dans son intérêt exclusif tant qu'elle n'est pas accomplie. En revanche, la doctrine et la jurisprudence ont été, pendant longtemps, hésitantes sur le point de savoir s'il était possible, hors accord des deux parties, de renoncer à la condition suspensive après sa défaillance ou à la condition résolutoire après son accomplissement. Certains arrêts ont admis qu'il était possible pour une partie de renoncer à une condition suspensive déjà défaillie (4), alors que d'autres refusaient d'admettre cette possibilité, postulant par-là le caractère automatique de la défaillance des conditions suspensives (5). L'ordonnance du 10 février 2016 tente de mettre un terme à ces divergences d'opinion en énonçant, au nouvel article 1304-4, qu'« Une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie. ». Il est donc clair que l'on peut renoncer à une condition résolutoire avant son accomplissement mais (*a contrario*) pas après. Il est tout aussi clair que l'on peut renoncer à une condition suspensive avant son accomplissement, et (*a contrario*) que l'on ne peut renoncer à une condition suspensive après son accomplissement, ce qui n'a guère de portée en pratique. Mais le texte ne permet pas de savoir avec certitude si l'on peut renoncer à une condition suspensive après sa défaillance. Il est toutefois probable que la solution retenue sur le terrain de la condition résolutoire (pas de renonciation après accomplissement) sera appliquée symétriquement sur celui de la condition suspensive (pas de renonciation après défaillance). L'ordonnance laisse par ailleurs en suspens la question du délai de réalisation des conditions, qui aurait pourtant également mérité une clarification.

B. La question laissée en suspens : le délai de réalisation des conditions

L'ordonnance du 10 février 2016 est muette sur la question du délai de réalisation des conditions, qu'elles soient suspensives ou résolutoires. Un tel

silence est dommageable pour la sécurité juridique de l'engagement des parties qui n'ont pas toujours conscience des impacts et conséquences de l'absence de délai pour la réalisation d'une condition sur leur engagement. Dans sa version antérieure à la réforme, l'article 1176 du Code civil disposait que la condition « peut toujours être accomplie ; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'évènement n'arrivera pas ». Dès lors, s'il n'avait pas été prévu, dans la promesse de vente, de délai spécifique pour la réalisation des conditions suspensives, distinct de celui de réitération de la vente par acte authentique, cette règle engendrait une incertitude sur le délai de réalisation de la vente et la durée d'engagement des parties. La jurisprudence a, dans un premier temps, recherché l'existence d'un délai tacite souhaité par les parties. Ainsi, certains arrêts ont admis qu'en l'absence de terme exprès, les parties avaient nécessairement voulu enfermer la réalisation des conditions suspensives dans un délai raisonnable (6). Un autre est au contraire revenu à une lecture stricte de l'article 1176 du Code civil, en considérant qu'il était possible pour une partie de demander la réalisation forcée de la vente plusieurs années après l'expiration du délai de réitération par acte authentique, tant qu'il n'était pas certain que la condition suspensive, assortie d'aucun délai, ne se réaliserait pas (7). Puis, plus récemment, dans une espèce strictement similaire à celles ayant donné lieu aux arrêts cités ci-dessus, où une action en réalisation forcée de la vente avait été engagée six ans après la signature de la promesse de vente, la Cour de cassation, jugeant que « la stipulation d'une condition suspensive sans terme fixe ne peut pour autant conférer à l'obligation un caractère perpétuel », a au contraire approuvé des juges d'appel d'avoir décidé qu'en l'absence d'indexation du prix et de coefficient de revalorisation, les parties avaient eu la commune intention de fixer un délai raisonnable pour la réalisation des conditions suspensives, délai qui était, selon son appréciation du cas d'espèce, expiré (8).

À première vue, l'ordonnance du 10 février 2016 ne se prononce pas sur le délai de réalisation des conditions suspensives au regard de la durée du contrat et laisse donc entière cette question. En réalité, il semble que l'on puisse solliciter à cet égard les termes de l'article 1305-1 nouveau qui dispose que : « Le terme peut être exprès ou tacite. À défaut d'accord, le juge peut le fixer en considération de la nature de l'obligation et de la situation des parties. ». Ainsi, les rédacteurs de l'ordonnance ont souhaité, comme en d'autres domaines, donner au juge le pouvoir de fixer lui-même le délai de réalisation du terme, en procédant à une appréciation de la commune intention des parties au regard de la situation d'espèce. Certes, le texte précité concerne le terme de l'obligation, c'est-à-dire l'évènement futur et certain auquel est subordonnée l'exigibilité de l'obligation. Il est toutefois probable, et souhaitable, compte-tenu de la récente jurisprudence de la Cour de cassation, que celle-ci s'y réfère, quitte à en forcer un peu la lettre, pour permettre aux juges du fond d'apprécier souverainement la durée raisonnable au-delà de laquelle les conditions suspensives, qui n'auraient été assorties d'aucun terme précis, devront être considérées comme défaillies.

4) Cass. civ. 3^e, 31 mars 2005, n° 04-11.752.

5) Cass. civ. 3^e, 20 mai 2015 n° 14-11.851.

6) Cass. civ. 3^e, 3 février 1982, n° 80-15.794 ; Cass. com. 3 janvier 1991, n° 89-17.320 ; CA Reims 17 janvier 1996, Jurisdata n° 1996-040453.

7) Cass. civ. 3^e, 19 décembre 2001, n° 99-15.682 ; Cass. civ. 3^{ème}, 21 novembre 2012, n° 11-23.382 ; Cass. civ. 3^e, 15 janvier 2014, n° 12-28.362.

8) Cass. civ. 3^e, 20 mai 2015, n° 14-11.851.

La compensation : consécration et interrogations

**Laurent Jourdan,
Avocat associé,
Cabinet Racine**

1) L. Andreu, De l'effet automatique de la compensation, Mélanges en l'honneur de Didier R. Martin, *LGDJ* 2015.

2) V. not. A. Collin, Du caractère volontaire du déclenchement de la compensation, *RTD civ.* 2010, p. 229.

3) Cass. com. 16 septembre 2014, n° 13-19.294 ; P.-M. Le Corre Droit et pratique des procédures collectives *Dalloz*, 2013-2014, n° 832-26 ; v. cep. Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-10.688.

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 modifie substantiellement les textes régissant la compensation en abrogeant les articles 1289 à 1298 du Code civil pour leur substituer les articles 1347 à 1348-2. La définition même de la compensation n'est pas profondément modifiée. Celle-ci demeure « *l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes* » (article 1347). Au-delà, il ne s'agit nullement d'une simple réécriture. Le régime de la compensation est remanié et précisé en distinguant des règles générales (articles 1347 à 1347-7) et des règles particulières pour les compensations judiciaires et conventionnelles (articles 1348 à 1348-2). La compensation légale fait désormais une place à la manifestation de volonté. La compensation conventionnelle est précisée. La compensation judiciaire est encadrée. La portée de ces modifications doit être appréciée essentiellement au regard du droit des procédures collectives car si c'est en cette matière que la compensation a donné lieu à une jurisprudence abondante, c'est en cette matière également que la réforme suscite le plus d'interrogations. On abordera successivement les règles générales (I), puis celles qui concernent la compensation conventionnelle (II), et enfin celles qui ont trait à la compensation judiciaire et à la compensation de dettes connexes (III).

I. Règles générales relatives à la compensation

Les règles générales renvoient, pour l'essentiel, à ce qu'il est convenu d'appeler « *compensation légale* » sous l'empire du droit antérieur à la réforme. On y relève une importante évolution, tenant à ce que la compensation n'opère que sous réserve d'être invoquée (A). Pour le reste, l'ordonnance maintient en substance les solutions acquises (B).

A. Evolution : la compensation pour opérer doit être invoquée

Aux termes de l'article 1290 ancien du Code civil, la compensation « *s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs* ». Cette compensation dite légale (c'est-à-dire par l'effet de la loi) est donc censée opérer automatiquement dès lors que deux personnes sont débitrices l'une envers l'autre et que leurs créances réciproques sont fongibles, certaines, liquides et exigibles. Les créances se trouvent éteintes simultanément et réciproquement sans qu'aucune des parties n'ait à manifester sa volonté ou son intention. En

réalité, il était assez largement admis, quoique discuté (1), que la compensation n'opérait qu'à la condition d'être invoquée (2). Quoi qu'il en soit, le texte nouveau rompt avec l'automaticité proclamée par l'article 1290 ancien et prévoit désormais que la compensation doit être invoquée. Le nouvel article 1347, alinéa 2, dispose ainsi : « *Elle s'opère, sous réserve d'être invoquée, à due concurrence, à la date où ses conditions se trouvent réunies.* ». La compensation n'intervient donc plus de façon objective « *par la seule force de la loi* ». Un élément subjectif est introduit pour qu'elle n'opère désormais que sous réserve d'une manifestation de la volonté. La portée de cette absence d'automaticité et du rôle joué par la manifestation de volonté doit être mesurée.

On peut s'interroger sur la forme que doit prendre cette invocation puisque le texte ne le précise aucunement. Doit-elle être expresse ? Peut-elle se déduire du comportement des parties ? Autant de questions qui ne manqueront pas de se poser. Dans le cadre du droit des entreprises en difficultés, la date de l'invocation et le pouvoir de la formuler pourraient également être sujets à interrogations. La portée de cette nécessité d'invocation doit surtout s'apprécier au regard des règles des nullités de la période suspecte. Au regard des nullités obligatoires, la question ne se pose pas puisque la compensation légale est par principe un mode normal de paiement qui échappe donc à la nullité. Il n'en allait différemment que dans des hypothèses de fraude dans lesquelles les parties avaient artificiellement provoqué un acte destiné à créer une compensation. Nulle modification ici. Il n'en va pas nécessairement de même au regard des nullités facultatives. On rappellera qu'aux termes de l'article L. 632-2 al 1 du Code de commerce : « *Les paiements pour dettes échues effectués à compter de la date de cessation des paiements et les actes à titre onéreux accomplis à compter de cette même date peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements* ». De jurisprudence constante la compensation légale ne pouvait pas être remise en cause dans le cadre des nullités facultatives de la période suspecte puisqu'elle joue en dehors de la volonté des parties et se produit de plein droit (3).

Dès lors que, désormais, la compensation procéderait d'un acte de volonté, le maintien de cette jurisprudence n'est pas certain. Et la question de cette annulation éventuelle se pose qu'il s'agisse d'une invocation par le débiteur en redressement judiciaire ou par le créancier qui invoquerait la compensation dès lors que ce dernier aurait connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur. La



réponse est intimement liée au débat nécessaire sur la détermination de la nature juridique de cette invocation. S'agit-il d'un acte juridique, dont le nouvel article 1100-1 donne d'ailleurs désormais une définition : « *Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.* » ? S'agit-il au contraire d'un fait juridique, que l'article 1100-2 définit ainsi : « *Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit.* » ? On le voit, l'enjeu est de taille suivant les effets que l'on attache à la volonté. N'est-elle que condition de l'effet de droit ou la cause efficiente de l'effet de droit ? Dans le premier cas, il s'agit d'un acte juridique, qualification qui pourrait remettre en cause les solutions jurisprudentielles. Dans le second cas, la compensation relève des faits juridiques et ces solutions ne devraient pas être affectées. Certains concluent avec un raisonnement particulièrement convaincant que c'est la seconde solution qui devrait l'emporter (4). Soulignant notamment le caractère rétroactif de la compensation, on peut en déduire que si l'invocation débouche sur l'extinction de l'obligation, cet effet extinctif ne procède pas substantiellement de la volonté. La volonté « *ne fait que rendre possible l'effet extinctif* » (5). Deux points viennent par ailleurs au soutien de cette thèse tempérant l'absence d'automatisme et limitant la portée de la manifestation de volonté. Tout d'abord, comme le texte le précise lui-même, la date à laquelle s'opère la compensation reste celle qui correspond à la date de réunion des caractères certain, liquide et exigible. L'invocation et plus précisément la date de cette invocation est indifférente. Si elle est invoquée postérieurement à la date de réunion elle se produira dès notification de son invocation avec effet rétroactif ; et si le juge est saisi d'une contestation, il n'aura pas de choix et ne pourra que constater qu'elle s'est déjà produite. Reste que, même si cette analyse tendant à conclure au maintien de la jurisprudence antérieure au regard des nullités facultatives de la période suspecte semble la plus convaincante, le sujet ne manquera pas d'être soulevé devant les tribunaux.

B. Confirmation : le maintien des règles du régime général de la compensation

Le régime de la compensation (articles 1347-1 à 1347-7) n'est quant à lui pas fondamentalement modifié. Les conditions habituelles de fongibilité, certitude, liquidité et exigibilité des créances réciproques demeurent. S'agissant de dettes réciproques de sommes d'argent, il est précisé que si elles sont exprimées en devises différentes, la compensation est possible pourvu qu'elles soient convertibles. Ne sont pas compensables les créances insaisissables, les obligations de restitution d'un dépôt ou d'un prêt à usage ainsi que les choses dont le propriétaire aurait été injustement dépouillé. En cas de pluralité de dettes compensables, les règles d'imputation des paiements s'appliquent. L'article 1347-3 rappelle le principe selon lequel, le délai de grâce ne fait pas obstacle à la compensation. La caution peut également opposer au créancier la compensation « *intervenue* » (6). Le codébiteur solidaire peut se prévaloir de la compensation intervenue entre le créancier et l'un de

ses coobligés pour faire déduire la part divise de celui-ci du total de la dette. Enfin, la cession de créance ne fait pas en elle-même obstacle à l'invocation de la compensation. Le débiteur cédé peut l'opposer au cessionnaire sous réserve que les conditions en aient été réunies avant que la cession lui soit devenue opposable. Cette condition d'antériorité est même écartée en cas de connexité entre les deux obligations (7). Telles sont les solutions, déjà bien acquises, que consacre le nouvel article 1324 alinéa 2 relatif à la cession de créance ; les mêmes principes sont retenus s'agissant de la subrogation (8). Ainsi, par exemple, lorsqu'un débiteur en redressement judiciaire a cédé à une banque ou transmis à un factor les créances qu'il détenait sur son fournisseur, ce dernier peut opposer à cette banque ou à ce factor la compensation avec les créances que lui-même est amené à détenir sur le débiteur, pour autant que les conditions en aient été réunies avant que la cession ou la subrogation lui soit opposable et sauf le « *joker* » de la connexité (9). En revanche, tel n'est plus le cas lorsque le débiteur a pris acte « *sans réserve* » de la cession de créance. Sous ces réserves, le texte précise enfin que la compensation ne peut préjudicier aux droits acquis par des tiers.

II. Compensation conventionnelle

La loi reconnaît désormais expressément la possibilité de procéder à une compensation conventionnelle, ce qui découle de la liberté contractuelle (A). Mais il faudra évidemment compter avec le droit des procédures collectives (B).

A. Liberté contractuelle

Les parties sont libres de prévoir l'extinction de leurs dettes selon les modalités dont elles conviennent. L'article 1348-2 du Code civil consacre cette liberté. La compensation peut donc être prévue conventionnellement pour « *toutes obligations réciproques, présentes ou futures* » sans que les conditions de liquidité, d'exigibilité et/ou de fongibilité soient requises. On notera que le texte ne permet pas de déroger à la condition de la réciprocité. La compensation prend alors effet à la date de l'accord, sauf bien entendu en cas d'obligations futures qui ne peuvent se compenser qu'à la date où elles coexistent. Le schéma de la compensation conventionnelle renvoie, en substance, à deux configurations. Les parties peuvent, d'abord, rendre conventionnellement liquides, exigibles et/ou fongibles des obligations qui ne le sont pas. Elles peuvent aussi compenser de telles obligations sans passer par cette « *transformation* » conventionnelle, ce qui peut présenter un intérêt notamment lorsqu'il n'est pas possible, ou très difficile, de liquider les obligations en cause.

B. Incidences de la procédure collective

Au regard du droit des procédures collectives, la compensation conventionnelle présente un certain nombre de difficultés. Elle a pu jouer avant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire et à une époque antérieure à la cessation des paiements. Dans cette hypothèse, elle ne doit pas être remise en cause. Il en va

4) A. Hontebeyrie, La compensation *in* Le nouveau régime général des obligations, Dalloz 2016, à paraître.

5) A. Hontebeyrie, art. préc.

6) Sans pouvoir l'invoquer ? Sur ce point, cf. A. Hontebeyrie, Quelques incidences de la réforme du droit des obligations sur le cautionnement.

7) Cass. civ. 3^e, 12 juillet 1995, n° 93-18.182.

8) Nouvel article 1346-5, alinéa 3 ; pour ce qui concerne la cession de dette, cf. le nouvel article 1328 ; s'agissant de la cession de contrat, cf. le nouvel article 1216-2

9) Sur l'efficacité de ce joker, au regard de la définition de la compensation donnée par le nouvel article 1347 : A. Hontebeyrie, art. préc.

10) Cass. com., 3 janvier 1991, n° 88-20.327.

11) Cass. com., 9 décembre 1997, n° 95-12.651.

12) L. Andreu, L'extinction de l'obligation, *Dr. et pat.* mai 2016, p. 86 ; et à propos du projet : D. Robine, Consolidation des « règles générales » et consécration des « règles particulières » de la compensation : un projet de réforme à parfaire, *Dr. et pat.* juil.-août 2015, p. 59.

13) A. Hontebeyrie, art. préc.

14) V. *supra*.

15) Certains considèrent que le domaine de la connexité devrait d'ailleurs se limiter à l'hypothèse des procédures collectives : M. Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI), *PA* 13 mai 2016 n° 96 p. 6.

16) D. Robine, art. préc.

17) Cass. civ. 1^{re}, 9 mai 2001, n° 98-22.664.

18) Cass. com., 18 décembre 2012, n° 11-17.872.

19) Cass. com., 27 janvier 2015, n° 13-18.656

20) Cass. com., 9 mai 1995, n° 93-11.724.

21) Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-16.758.

différemment en cours de période suspecte. L'accord de compensation passé en période suspecte est susceptible d'annulation sur le fondement des nullités obligatoires car, en principe, il ne constitue pas un mode normal de paiement (10). Il en va différemment de la compensation intervenue en période suspecte en exécution d'une convention passée de bonne foi antérieurement à la période suspecte (11) ou si le paiement par compensation est communément admis dans la branche professionnelle en cause.

Une fois la procédure ouverte, s'agissant de l'exécution de la convention qui prévoit la compensation on doit distinguer deux cas de figure. La question qui se pose concerne l'hypothèse dans laquelle l'une des parties est créancière de l'autre avant le jugement d'ouverture et où l'autre devient créancière après ce jugement. Si le contrat prévoyant la compensation n'est pas poursuivi après l'ouverture de la procédure, il ne saurait y avoir compensation. S'il s'agit d'un contrat poursuivi postérieurement, la compensation prévue en exécution du contrat doit pouvoir intervenir. Le débat est en réalité très largement absorbé par celui de la connexité, envisagé ci-après.

III. Compensation judiciaire et compensation de dettes connexes

Si elle ne s'y cantonne pas, la compensation de dettes connexes (B) est traitée par la réforme dans le cadre de la compensation judiciaire (A).

A. Compensation judiciaire

Aux termes du nouvel article 1348, la compensation judiciaire est celle qui peut être prononcée par le juge lorsque l'une des conditions de liquidité ou d'exigibilité fait défaut. La compensation prend effet à la date de la décision. Concrètement, le juge sera amené à se prononcer sur ce point lorsqu'il sera saisi d'une demande reconventionnelle de la part du défendeur qui, pour s'opposer au paiement dû au demandeur, invoquera la compensation. Il est toutefois difficile de déterminer l'étendue précise des pouvoirs qui sont conférés au juge par le texte précité. Qu'il puisse rendre la dette liquide, cela va de soi. Mais peut-il également la rendre exigible lorsqu'elle ne l'est pas et qu'aucune cause de déchéance du terme n'est caractérisée ? C'est moins évident, mais on ne peut l'exclure au seul regard du libellé du texte (12). Mieux, il n'est pas exclu non plus que ce libellé permette au juge de différer la compensation à la date à laquelle la dette du demandeur deviendra exigible (13).

B. Compensation des créances connexes

La compensation des créances connexes est consacrée par le nouvel article 1348-1 du Code civil. Elle est de droit et le juge ne peut que la constater : « *Le juge ne peut refuser la compensation de dettes connexes au seul motif que l'une des obligations ne serait pas liquide ou exigible.* ». Elle emporte extinction des créances connexes « *au jour de l'exigibilité de la première d'entre elles* » et elle tient en échec les droits éventuellement acquis par des tiers dans l'intervalle (14). Il s'agit ici en réalité d'un cas de compensation légale : la compensation est de droit si la condition

de connexité est avérée. L'intervention du juge n'est requise qu'en cas de contestation. Cette notion de connexité est bien connue du droit des procédures collectives. L'article L. 622-7 du Code de commerce dispose : « *Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes.* (15) ». L'intérêt de la notion est de passer outre l'interdiction des paiements et de permettre la compensation même lorsque les conditions de la compensation n'étaient pas réunies avant le jugement d'ouverture, compensation pouvant alors intervenir entre des créances exigibles avant le jugement d'ouverture et des créances nées postérieurement. Quant au contenu de la notion, il n'est pas déterminé par le nouveau dispositif. Cela est peut-être préférable (16). On en connaît en tout cas les grands traits. Sont connexes, au tout premier chef, les créances nées d'un même contrat : par exemple, la créance de loyer du bailleur et la créance de restitution de dépôt de garantie du locataire en fin de bail (17) ou encore les créances de ventes du fournisseur et les créances de remises de fin d'années du client. En revanche, il ne saurait y avoir connexité entre créance de nature délictuelle et créance de nature contractuelle. Ainsi, cette connexité est absente entre une créance indemnitaire consécutive à la rupture brutale d'un contrat et la créance de factures impayées résultant du même contrat (18). Pour autant, il a été jugé que la dette de prix d'une partie et la dette indemnitaire de l'autre partie au titre d'un abus dans la fixation du prix dérivent toutes deux du contrat et sont donc connexes (19). Il n'y a pas de contradiction car l'abus dans la fixation du prix donne lieu à une indemnité qui est bien de nature contractuelle. Par ailleurs, des créances nées de contrats distincts peuvent être connexes si les contrats sont liés et relèvent d'une opération économique globale : par exemple, lorsque un contrat cadre prévoit la conclusion de plusieurs contrats distincts. Selon la Cour de cassation « *à défaut d'obligations réciproques dérivant d'un même contrat, le lien de connexité peut exister entre des créances et dettes nées de ventes et achats conclus en exécution d'une convention ayant défini, entre les parties, le cadre du développement de leurs relations d'affaires, ou de plusieurs conventions constituant les éléments d'un ensemble contractuel unique servant de cadre général à ces relations* » (20). La connexité est toutefois appréciée étroitement par les tribunaux. Rappelons qu'en toute hypothèse il convient que la créance susceptible d'être compensée ait été, pour que la compensation puisse intervenir, déclarée au passif (21), et que c'est la totalité de la créance qui doit être déclarée et non le solde après la compensation à opérer.

Au terme de ces rapides rappels, on ne peut que constater que la question soulevée sur la portée de l'exigence, nouvelle dans la loi, de l'invocation de la compensation risque fort de donner lieu à des débats doctrinaux certes riches mais également judiciaires et importants dans les prochains mois. La réforme vient donc perturber, sans réelle nécessité et c'est regrettable, une situation de sécurité juridique qui avait été atteinte par la jurisprudence. La réforme laisse donc de beaux jours aux plaideurs. Est-ce vraiment ce qu'a voulu le législateur ?



Délégation et cession de dette : approche comparative

Barna Evva,
Avocat associé,
Cabinet Racine

La réforme du droit des obligations résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 apporte des modifications significatives aux opérations sur dettes puisque, d'une part, elle crée un nouveau régime pour la délégation et, d'autre part, consacre la cession de dette (1). Cession de dette et délégation seront dorénavant regroupées – aux côtés de la cession de créance et de la novation – dans un nouveau chapitre intitulé « *Les opérations sur obligations* ».

Dans le Code civil, la délégation n'est actuellement abordée que dans le cadre des dispositions relatives à la novation (articles 1275 et 1276 actuels du Code civil). Or, la délégation n'opère pas forcément novation. Il était donc nécessaire de l'appréhender en tant que telle et d'en détailler le régime pour distinguer notamment la délégation parfaite (novatoire) et la délégation imparfaite (sans novation).

Quant à la cession de dette, elle était tout simplement absente du Code civil. Si la cession de créance est devenue, aujourd'hui, une opération tout à fait ordinaire, l'idée qu'un débiteur puisse se libérer de sa dette en la transmettant à un tiers a toujours fait difficulté, en théorie comme en pratique, ne serait-ce que du point de vue des intérêts du créancier. La Cour de cassation, tout en paraissant reconnaître le schéma, avait d'ailleurs jugé qu'il ne pouvait avoir d'effet à l'égard d'un créancier qui n'y avait pas consenti (2).

Quoi qu'il en soit, la cession de dette fait aujourd'hui son entrée dans le Code civil, où elle vient « concurrencer » la délégation. Ces deux opérations permettront, à compter du 1^{er} octobre 2016, à un débiteur de donner à son créancier un nouveau débiteur qui viendra, selon le cas, le remplacer ou s'ajouter à lui selon le choix du créancier. Après avoir présenté le régime de la délégation (I) et celui de la cession de dette (II), on s'attachera donc à déterminer les critères de choix entre ces deux types d'opérations sur dettes (III).

I. Nouveau régime de la délégation

Le nouvel article 1336 du Code civil définit la délégation comme « *une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur* ». Il s'agit donc d'une opération tripartite qui est à l'initiative du délégant. Quand celui-ci est débiteur du délégataire, il peut ainsi utiliser la délégation pour transférer sa dette, ou plus exactement la charge économique qu'elle représente, au délégué (3). C'est cette configuration qui sera plus spécialement envisagée ci-après, à travers les conditions (A) et les effets (B) de la délégation.

A. Conditions de la délégation

La délégation nécessite l'accord des trois parties (4). Elle ne saurait ainsi se confondre avec une simple indication de paiement faite par le débiteur à son créancier (nouvel article 1340 du Code civil). Le délégant est à l'origine de l'opération ; le délégué s'oblige volontairement vis-à-vis du délégataire, qui n'est pas initialement son créancier ; quant au délégataire, il doit accepter le délégué comme débiteur. Cette acceptation du délégataire (créancier) est centrale, car c'est elle qui détermine la nature de l'opération – ce que vient clarifier le nouveau régime de la délégation.

Le délégataire peut d'abord accepter le délégué comme nouveau débiteur en remplacement du délégant qui était son débiteur initial. La délégation est alors dite « parfaite ». De ce point de vue, la réforme apporte une précision utile. Il est dit en effet au nouvel article 1337, alinéa 1, du Code civil que la délégation dans laquelle le délégant est libéré opère novation. Cette précision met fin à une controverse sur le point de savoir si la décharge du délégant doit ou non s'analyser en une novation. La question présente un certain enjeu pratique dès lors qu'en matière de novation, la nullité de l'ancienne obligation emporte nullité de la nouvelle (5) et réciproquement (6). Le nouvel article 1331 du Code civil consacre d'ailleurs cette solution en disposant que la novation n'a lieu que si l'obligation nouvelle et l'obligation ancienne sont valables. De ceci, découle une situation un peu insécurisante pour les parties, qui s'exposent à voir la délégation remise en cause motif pris de la nullité de l'obligation du délégant. Observons toutefois qu'aux termes mêmes de la disposition précitée, la novation peut avoir « *pour objet déclaré de substituer un engagement valable à un engagement entaché d'un vice* ». Encore faudra-t-il que cette « déclaration » ait été faite dans l'acte de délégation.

Par ailleurs, dès lors que la délégation parfaite fait perdre au délégataire son débiteur initial, elle ne peut se présumer. La volonté du délégataire de décharger le délégant doit donc résulter « *expressément* » des termes de l'acte de délégation (nouvel article 1337 du Code civil). A défaut d'exprimer une telle volonté de décharger le délégué, le délégataire – en acceptant la délégation – ne fait qu'accepter un second débiteur (le délégué) en plus de son débiteur initial (le délégant). Cette délégation, dite « imparfaite », laisse ainsi subsister la dette initiale du délégant à côté de la nouvelle dette du délégué. Délégant et délégué se trouvent alors tous deux débiteurs du délégataire au titre d'obligations distinctes, le paiement fait par l'un d'eux ayant toutefois pour effet de libérer l'autre de sa dette à due concurrence (nouvel article 1338, alinéa 2, du Code civil).

1) V. J. François, Les opérations sur la dette, *RDC* avril 2016, hors série p. 45 ; D. Houtcieff, Cession de dette ou délégation : transport de dette ou nouveau débiteur ?, *Dr. et pat.* juillet-août 2015, p. 75 – à propos du projet de réforme.

2) Cass. civ. 1^{re}, 30 avril 2009, n° 08-11.093, Bull. civ. n° 82, à propos d'une cession de fonds de commerce qui prévoyait le transfert au cessionnaire de toutes les dettes générées par l'activité du cédant.

3) La délégation peut aussi être utilisée pour consentir une libéralité ou encore une garantie.

4) En pratique, elle prendra la forme d'un acte tripartite ou encore d'un acte bilatéral entre délégant et délégataire qui sera ensuite accepté par le délégué. On peut également concevoir un acte bilatéral entre délégant et délégué qui soit ensuite accepté par le délégataire – étant cependant précisé que la décharge du délégant doit se faire dans l'acte (nouvel article 1337, alinéa 1, du Code civil).

5) Cass. civ. 1^{re}, 7 novembre 1995, n° 92-16.695, Bull. civ. n° 387.

6) Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 1975, n° 74-10.269, Bull. civ. n° 228.

7) La chambre commerciale de la Cour de cassation a fortement affirmé le principe d'inopposabilité des exceptions (Cass. com. 7 décembre 2004, n° 03-13.595, Bull. civ. n° 214). La première chambre civile a quant à elle jugé que « *sauf convention contraire, le délégué est seulement obligé au paiement de la dette du délégant envers le délégataire, et qu'il se trouve déchargé de son obligation lorsque la créance de ce dernier est atteinte par la prescription* » (Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1992, n° 90-15.707, Bull. civ. n° 84).

8) On peut alors se demander si c'est la même obligation qui renaît ainsi, avec ses différents accessoires, ou bien s'il s'agit d'un recours *sui generis*.

9) Cf. l'ancien article 1276 du Code civil, visant la « *faillite ouverte* » mais aussi la « *déconfiture* ».

10) Cette faculté de maintien des sûretés existantes avec l'accord du garant existait déjà pour les sûretés réelles (ancien article 1279 du Code civil). Elle est maintenant étendue aux sûretés personnelles par le nouvel article 1334 du Code civil relatif à la novation.

11) V. not. Cass. civ. 1^{re}, 30 avril 2009.

12) V. M. Julienne, Article 1338 : la situation du créancier dans la cession de dette, *RDC* septembre 2015, p. 801 ; P. Berlioz, Article 1338 : la cession de dette, *RDC* septembre 2015, p. 803 ; J.-D. Pellier, La cession de dette dans le projet de réforme du régime général des obligations, *PA*, 5 oct. 2015, p. 8.

13) Même si aucun formalisme n'est exigé (contrairement à la cession de créance qui doit se faire par écrit), cette acceptation du créancier cédé implique, dans les faits, un écrit : l'acte de cession sera donc tripartite ou alors bilatéral entre cédant et cessionnaire avec acceptation par le créancier cédé.

14) Comp. Ph. Dupichot, Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations, *Dr. et pat.* avril 2015, p. 20.

B. Effets de la délégation

La délégation produit des effets dans les relations existant entre chacune de ses parties.

Le délégué devient débiteur du délégataire, mais sa dette ne se confond pas avec celle du délégant à l'égard du même délégataire. S'agissant d'une dette nouvelle, le délégué ne peut opposer au créancier délégataire les exceptions tirées du rapport existant entre ce dernier et le délégué (nouvel article 1336 alinéa 2 du Code civil), clarification bienvenue au regard de l'apparente divergence jurisprudentielle en la matière (7). Il reste cependant possible de déroger à ce principe d'inopposabilité des exceptions par une stipulation dans la convention de délégation (même texte).

Ainsi qu'il a été précédemment exposé, le délégant sera ou non libéré à l'égard du délégataire selon que la délégation sera parfaite ou imparfaite. Cependant, il résulte du nouvel article 1337, alinéa 2, que quand bien même la délégation opère novation, le délégant « *demeure tenu (8) s'il s'est expressément engagé à garantir la solvabilité future du délégué ou si ce dernier se trouve soumis à une procédure d'apurement de ses dettes lors de la délégation* » et non pas seulement de cessation des paiements comme c'est le cas actuellement (9). Toujours pour la délégation parfaite, l'ordonnance du 10 février 2016 confirme le principe de l'extinction des accessoires de la dette initiale avec celle-ci et de la faculté pour le tiers garant de consentir au maintien des sûretés en garantie de la nouvelle obligation du délégué (10). En revanche, quand la délégation est imparfaite, les sûretés consenties – tant par le délégant que par des tiers – restent évidemment en vigueur en garantie de la dette du délégant. Notons enfin que, si le délégant est libéré par l'effet novatoire d'une délégation parfaite, ses codébiteurs solidaires se trouvent libérés (nouvel article 1335, alinéa 1, du Code civil).

S'agissant enfin de la relation entre délégué et délégant, il convient de distinguer selon qu'il existe ou non une dette du premier à l'égard du second :

- Quand le délégué est lui-même débiteur du délégant, ce qui est le plus souvent le cas, le nouvel article 1339, alinéa 1, du Code civil précise que cette dette ne s'éteint qu'avec – et à due concurrence de – l'extinction de la dette du délégué à l'égard du délégataire. Le délégant garde donc la faculté de réclamer au délégué le paiement de sa créance dépassant l'engagement du délégué à l'égard du délégataire. Si le délégant paie toute sa dette au délégataire (dans le cas d'une délégation imparfaite), il peut alors réclamer au délégué le paiement de l'intégralité des sommes que celui-ci lui devait initialement. Ces mêmes règles s'appliqueront au cessionnaire ou à la personne ayant saisi la créance du délégant sur le délégué (nouvel article 1339, alinéa 3, du Code civil), en ce sens que de telles opérations ne produisent pleinement effet que dans l'hypothèse où le délégant paie le délégataire.
- Au contraire, quand le délégué n'est pas débiteur du délégant (délégation à titre de garantie, par exemple), une fois qu'il a payé le délégataire, il peut se retourner contre le délégant. L'ordonnance du 10 février 2016 ne précise pas si

un tel recours est subrogatoire, ce qui permettrait au délégué de bénéficier des sûretés consenties en garantie de la créance du délégataire sur le délégant. Ce caractère subrogatoire résulte cependant des termes du nouvel article 1346 du Code civil qui dispose que « *La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette.* » Or, comme précédemment indiqué, il résulte du nouvel article 1338, alinéa 2, du Code civil que le paiement fait par le délégué au délégataire a pour effet de libérer le délégant envers ce dernier. Ce paiement doit donc logiquement avoir pour effet de subroger de plein droit le délégué *solvens* dans les droits du délégataire contre le délégant.

II. Consécration de la cession de dette

L'identité du débiteur et sa capacité à payer sa dette sont évidemment déterminantes pour le créancier. C'est pourquoi une partie de la doctrine a longtemps considéré que le débiteur ne pouvait céder la dette, opinion rejointe par la jurisprudence (11). Si donc l'ordonnance du 10 février 2016 a finalement consacré la cession de dette dans le Code civil (12), c'est en faisant de l'accord du créancier la clé de voûte de son régime. Cet accord est requis tant pour la cession elle-même que pour la libération du cédant, c'est-à-dire dans le cadre des conditions (A) et des effets (B) de cette opération.

A. Conditions de la cession de dette

Comme cela figure dans la définition même de la cession de dette, cette opération est à l'initiative du débiteur mais ne peut se réaliser qu'avec l'accord du créancier (nouvel article 1327 du Code civil). Cet accord du créancier peut être donné par avance (par exemple dans le contrat générateur de la dette à son égard) mais, dans ce cas, la cession de la dette ne lui devient opposable qu'après qu'elle lui a été notifiée ou qu'il en a pris acte. Il est aussi possible pour le créancier d'accepter la cession en participant à l'acte de cession (13). La simple acceptation de la cession par le créancier cédé a pour conséquence de rendre le cessionnaire et le cédant codébiteurs solidaires (nouvel article 1327-2 du Code civil). Dans la mesure où le débiteur initial (cédant) n'est pas libéré, on parlera alors de cession imparfaite ou d'opération adjonctive (14). Le nouvel article 1327-2 du Code civil prévoit cependant la faculté pour le créancier cédé, par un accord expresse et distinct de l'accord sur la cession de la dette (15), de libérer le cédant. En pareil cas, le cédé se retrouve avec le cessionnaire comme seul débiteur au titre d'une dette qui est censée être celle d'origine. La cession de dette est alors parfaite, constitutive d'une véritable opération translatrice de dette.

B. Effets de la cession de dette

On s'intéressera, de nouveau, aux relations entre les trois parties concernées.



Le cessionnaire devient débiteur du créancier cédé au titre de la dette initiale. S'agissant de la même dette, le cessionnaire pourra, tout comme le cédant s'il reste tenu, opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette (nouvel article 1328 du Code civil). A cela s'ajoutent les exceptions personnelles dont pourrait disposer le cessionnaire et qu'il pourra seul opposer au créancier (16) – tandis que le cédant, s'il reste tenu, continuera à pouvoir opposer seul ses propres exceptions personnelles au créancier (même texte).

Quant au cédant, selon ce que décidera le créancier cédé, il sera ou non libéré à son égard. Il restera bien sûr possible pour lui de garantir la solvabilité du cessionnaire. En revanche, contrairement à la délégation, il n'est pas prévu d'exception à la libération du cédant en cas de procédure collective du cessionnaire. En pareil cas, toutefois, le créancier cédé pourrait tenter de soulever la nullité de la cession ou de la libération du cédant, par exemple pour vice du consentement sur le fondement de l'erreur ou du dol. S'agissant des sûretés consenties par le cédant lui-même en garantie de la créance du créancier cédé à son égard, elles demeurent évidemment en place tant qu'il n'a pas été libéré par le cédé. En revanche, s'agissant de la cession libératoire, il semble ressortir du nouvel article 1328-1, alinéa 1, du Code civil pris *a contrario*, que les sûretés réelles consenties par le cédant lui-même survivent à sa libération (17). Le cédant qui entend « sortir » totalement de la dette sera donc bien inspiré d'exiger l'inclusion expresse de ces sûretés dans le périmètre de sa libération. Toujours en ce qui concerne la cession libératoire, il résulte du texte précité que les sûretés consenties par des tiers ne subsisteront en garantie de la dette transférée au cessionnaire qu'avec l'accord de ceux-ci. S'agissant des codébiteurs solidaires du cédant, ils restent tenus à l'égard du créancier, déduction faite de la part du cédant dans la dette (nouvel article 1328-1, alinéa 2, du Code civil).

Enfin, si le cédant n'est pas libéré par le créancier cédé, alors le cédant et le cessionnaire sont tenus solidairement de la dette. L'article 1327-2 du Code civil précise toutefois qu'il en va ainsi « *sauf clause contraire* ». On peut en déduire qu'il est possible d'aménager, avec l'accord du cédé, la situation du cédant, par exemple en introduisant une logique de subsidiarité par l'effet de laquelle le cédant ne pourrait être poursuivi qu'en cas de défaut avéré du cessionnaire. Ainsi, sous cette dernière réserve, en présence d'une cession non libératoire, le créancier cédé pourra poursuivre le paiement de sa créance à l'égard tant du cédant que du cessionnaire même si, en acceptant la cession, il a en principe pris acte de ce que sa créance a vocation à être supportée par le cessionnaire. Se pose néanmoins la question du recours dont disposera chacun des débiteurs à l'égard de l'autre après paiement du créancier, c'est-à-dire de la contribution à la dette. En présence de codébiteurs solidaires, ce recours est fonction de la « *part* » de chacun (nouvel article 1317, alinéa 1 du Code civil). Un codébiteur qui a payé la totalité de la dette peut réclamer à chacun des autres sa part dans celle-ci, part qui dépend en principe de l'intérêt de chacun à la dette. Il se peut même qu'un codébiteur n'ait aucun intérêt à la dette. Cela ressort du Code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance (article 1216) comme dans celle issue de celle-ci (nouvel article

1318). Que décider, donc, en présence d'un cédant et d'un cessionnaire solidairement tenus envers le cédé ? Le plus simple sera évidemment d'anticiper la question de la contribution dans la cession, voire dans un acte distinct. Mais qu'en est-il à défaut d'un tel accord ? Le cessionnaire qui paie le cédé a-t-il un recours contre le cédant ? Ou ce recours n'est-il au contraire ouvert qu'au cédant, s'il vient à payer le créancier cédé ?

- Recours du seul cessionnaire contre le cédant : la logique précitée, consistant à tenir compte de l'intérêt à la dette, semble plaider en faveur de la première solution, la personne initialement intéressée à la dette étant *a priori* le cédant (18), contre lequel le cessionnaire aurait seul un recours en cas de paiement du créancier cédé.
- Recours du seul cédant contre le cessionnaire : la perspective exposée ci-dessus semble devoir être nuancée, dès lors que l'opération de cession de dette a précisément pour objet de libérer le cédant du poids économique que représente sa dette. Aussi bien devrait-on considérer, au besoin, que la cession elle-même a eu pour effet de transférer le poids de la contribution sur la tête du cessionnaire, ce qui conduit vers la deuxième solution, à tout le moins lorsque l'économie de l'opération est bien de procéder à un tel transfert (19). Le nouvel article 1346 du Code civil va d'ailleurs en ce sens puisqu'il n'ouvre la subrogation qu'à l'encontre de « *celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ».

La jurisprudence sera, à n'en pas douter, rapidement appelée à clarifier cette question du recours de chacun des codébiteurs à l'encontre de l'autre en cas de cession de dette.

III. Éléments de choix entre cession de dette et délégation

Les opérations sur dettes peuvent être utilisées dans de multiples configurations. Elles permettent notamment le reclassement de dettes au sein des groupes de sociétés. Entre les différentes solutions qui s'offrent désormais aux praticiens – délégation, cession (ou encore novation) – certains éléments sont communs, notamment le fait qu'il existe un mode cumulatif (délégation imparfaite et cession non libératoire) avec dualité de débiteurs et un mode effectivement substitutif (délégation parfaite et cession libératoire) avec changement de débiteur (20). Il y aura donc lieu de comparer les avantages respectifs de la délégation et de la cession de dette pour chacune des parties, suivant que l'on se trouve dans une opération cumulative (A) ou substitutive (B).

A. Opérations cumulatives

Pour le créancier, la délégation imparfaite et la cession de dette non libératoire apparaissent en première approche comme équivalentes : il dispose de deux débiteurs et il peut demander paiement à chacun indifféremment. Si la dette est la même dans le cas d'une cession de dette, elle est différente en cas de délégation. Le principal enjeu est donc celui de

15) Rien ne semble interdire que cet accord soit donné de façon anticipée comme pour l'accord sur la cession. Un tel accord « en blanc » du créancier pour que la dette puisse faire l'objet d'une cession libératoire par son débiteur est cependant très risqué pour le créancier.

16) Le sort des exceptions dont le cessionnaire pourrait se prévaloir au titre de l'acte de cession de la dette n'est pas précisé. Peut-être faut-il estimer qu'il s'agit d'exceptions personnelles du cessionnaire qui seraient alors opposables au créancier cédé : v. J. François, art. préc.

17) J. François, art. préc.

18) Faisant et regrettant ce constat : J. François, art. préc.

19) Spécialement, lorsque la cession se réalise en contrepartie d'un avantage consenti par le cédant au cessionnaire.

20) D. Houtcieff, art. préc.

21) Nouvel article 1336, alinéa 2, du Code civil ; v. J. François, art. préc. ; v. aussi M. Bourassin et L. Froment, Clair-obscur sur la novation et la délégation, *JCP N* 20 novembre 2015, 1214.

22) *V. supra.*

23) *V. supra.*

24) *V. supra.*

l'opposabilité des exceptions. Le créancier privilégiera *a priori* la délégation qui lui permettra d'éviter que le délégué ne lui oppose des exceptions (autres que les exceptions personnelles au délégué et celles résultant de la délégation elle-même), même si cette règle peut être modulée par les parties (21).

Pour le nouveau débiteur (délégué ou cessionnaire), la préoccupation est inverse. Préférant sans doute être tenu par une même dette que le débiteur initial lui permettant d'opposer au créancier les exceptions inhérentes à celle-ci, il privilégiera alors la cession, sauf à déroger au principe d'inopposabilité des exceptions dans le cadre d'une délégation.

Enfin, pour le débiteur initial (délégant ou cédant), la solution la plus favorable sera probablement la délégation imparfaite, du moins dans la mesure où il existe un certain aléa sur son recours contre le cessionnaire en cas de paiement de la dette ayant fait l'objet d'une cession non libératoire (22).

B. Opérations substitutives

S'agissant du créancier, les considérations d'opposabilité des exceptions applicables en matière d'opérations cumulatives sont également pertinentes pour des opérations translatives : s'il lui reste un seul débiteur, il préférera qu'il s'agisse d'un délégué et non d'un cessionnaire afin qu'il ne puisse pas lui opposer les exceptions inhérentes à la dette du débiteur initial (délégant). La délégation parfaite sera également plus protectrice en cas de défaillance du nouveau débiteur puisque le débiteur initial (délégant) restera tenu dans l'hypothèse où le délégué se trouverait soumis à une procédure d'apurement de ses dettes lors de la délégation ; il en sera de même si le délégant a expressément garanti la solvabilité future du délégué. La cession libératoire dispose cependant de deux avantages significatifs pour le créancier. D'abord, sa créance reste, semble-t-il, garantie par les sûretés consenties par le cédant sans que celui-ci n'ait à donner son consentement (23). Au contraire, dans le cas d'une délégation parfaite, les sûretés consenties par le délégant tombent, sauf accord spécifique de sa part pour maintenir leur effet en garantie de la créance du délégataire à l'égard du délégué. Il en va de même de celles consenties par des tiers, sauf consentement de ces derniers (nouvel article 1334, alinéa 2 du Code civil). Ensuite, la cession libératoire ne décharge les codébiteurs solidaires du cédant qu'à hauteur de sa

part dans la dette alors que la délégation parfaite les libère intégralement (nouvel article 1335, alinéa 1, du Code civil). Dans la pratique, et au regard des avantages rappelés ci-dessus, c'est cependant très certainement la délégation parfaite qui aura la préférence du créancier lorsqu'il s'agira de libérer le débiteur.

Le nouveau débiteur, quant à lui, préférera l'opération lui permettant d'opposer les exceptions inhérentes à la dette, c'est-à-dire la cession – sauf à ce qu'il soit dérogé conventionnellement au principe de non-opposabilité des exceptions dans le cadre d'une délégation. En outre, comme on l'a vu, la cession de dette libératoire permet, semble-t-il, que la dette dont il reste seul tenu demeure garantie par les sûretés consenties par le débiteur initial qui la lui a cédée, ce qui peut représenter un intérêt pour lui dans certains cas.

À l'inverse du créancier, le débiteur initial aura certainement pour préoccupation que les sûretés qu'il avait pu consentir au profit du créancier en garantie de sa dette ne demeurent pas en vigueur après sa libération, ce qui lui fera opter pour la délégation. Si la situation financière du nouveau débiteur est difficile (et si le créancier a néanmoins consenti à l'opération) une cession libératoire mettra définitivement le débiteur initial à l'abri d'un recours du créancier en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du cessionnaire, sauf à ce que le créancier cédé ne cherche à remettre en cause la cession, par exemple pour vice du consentement (24). La situation sera différente en cas de délégation, puisque le délégant se retrouverait alors tenu.

En conclusion, à l'égard du créancier qui est sollicité pour la mise en place d'une opération de transfert de dette par son débiteur initial, avec ou sans libération de celui-ci, la solution la plus protectrice sera clairement la délégation. Du fait de son rôle central dans l'opération envisagée, on peut penser que, le plus souvent, il imposera son choix à son débiteur.

Cependant, il faut garder à l'esprit que ce transfert de dette aura souvent pour objet de reclasser des dettes au sein d'un groupe de sociétés. Dans ce cadre, la préoccupation du créancier sera certainement moins l'inopposabilité des exceptions que la surface financière du nouveau débiteur que l'on souhaite adjoindre ou, plus encore, substituer à son débiteur d'origine.



Schémas de la délégation et de la cession de dette

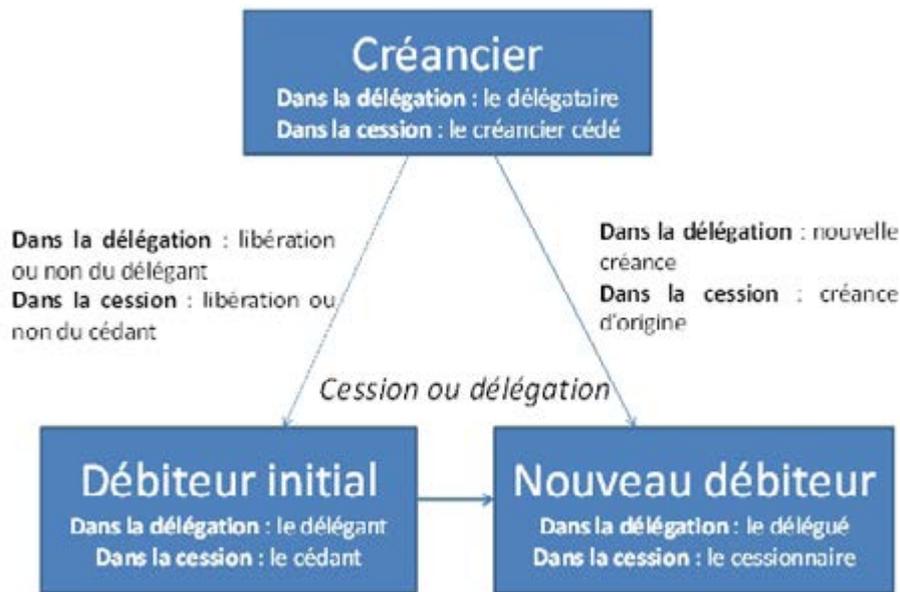


Tableau synoptique des caractères et avantages respectifs de la délégation et de la cession de dette

| | Délégation parfaite | Délégation imparfaite | Cession libératoire | Cession non libératoire |
|--|--|---|---|--|
| Accord du Créancier | Oui | Oui | Oui (pour l'opération et pour la libération) | Oui |
| Libération du débiteur initial | Oui (sauf garantie de solvabilité ou procédure d'apurement du délégué) | Non | Oui | Non |
| Identité de dette | Non (novation) | Non | Oui | Oui |
| Situation des deux débiteurs | - | Débiteurs de deux dettes distinctes dont le paiement par l'un libère l'autre à due concurrence. | - | Codébiteurs solidaires |
| Recours contre l'autre débiteur | - | Extinction de la dette du délégué à l'égard du délégant si le premier paie le délégataire. A défaut de dette, le délégué a un recours contre le délégant. | - | Eventualité d'un recours du cessionnaire sur le cédant. Recours probable du cédant contre le cessionnaire. |
| Opposabilité des exceptions inhérentes à la dette | Non (sauf dérogation) | Non (sauf dérogation) | Oui | Oui |
| Opposabilité des exceptions personnelles | Oui | Oui | Oui | Oui |
| Sort des sûretés consenties par le débiteur initial | Extinction | Maintien en garantie de la dette du délégant | Maintien vraisemblable | Maintien |
| Sort des sûretés consenties par des tiers | Maintien avec consentement des tiers uniquement | Maintien en garantie de la dette du délégant | Maintien avec consentement des tiers uniquement | Maintien |
| Sort des codébiteurs solidaires | Libération | Restent tenus | Restent tenus déduction faite de la part du cédant dans la dette. | Restent tenus |

Quelques incidences de la réforme du droit des obligations sur le cautionnement

Antoine Hontebeyrie,
Avocat associé,
Cabinet Racine,
Professeur agrégé des facultés de droit,

- 1) Nouvel article 1112-1 du Code civil.
- 2) Nouvel article 1135 du Code civil.
- 3) Nouvel article 1138, alinéa 2, du Code civil.
- 4) Nouvel article 1145, alinéa 2, du Code civil.
- 5) Nouveaux articles 1153 et s. du Code civil.
- 6) Nouvel article 1169 du Code civil.
- 7) Nouvel article 1171 du Code civil.
- 8) Nouvel article 1172, alinéa 2, du Code civil.
- 9) Nouvel article 1181, alinéa 1, du Code civil.
- 10) Nouvel article 1183 du Code civil.
- 11) Nouveaux articles 1186 et s. du Code civil.
- 12) Nouvel article 1195 du Code civil.
- 13) C. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, *LGDJ*, 1979, préf. M. Cabrillac.
- 14) Article 1281, alinéas 2 et 3, du Code civil.
- 15) V. Ph. Simler, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, *LexisNexis*, 5^e éd., n° 726, qui, à propos de l'article 1281, considère que l'accession de la caution procède en réalité d'un nouvel engagement, répondant, par conséquent, aux conditions de formation du cautionnement (mentions manuscrites notamment).
- 16) Cass. civ. 1^{re}, 11 janvier 1984, n° 82-13.328.
- 17) Cass. com., 7 décembre 1999, n° 96-15.915.
- 18) Observons toutefois que le texte nouveau ne vise pas expressément la caution solidaire (comp. les dispositions relatives à la confusion et à la remise de dette, *infra*). Mais, limité aux cautions simples, il aurait un effet utile assez limité compte tenu du bénéfice de division (articles 2303 et s. du Code civil).
- 19) V. not. Ph. Simler, *op. cit.*, n° 793 ; M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, Droit des sûretés, *Sirey*, 5^e éd., 2016, n° 365 ; *contra* : M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, Droit des sûretés, *LexisNexis*, 10^e éd., n° 379.
- 20) Nouvel article 1349 du Code civil.
- 21) Article 1301, alinéas 1 et 2, du Code civil.
- 22) En faveur de la solution retenue, v. not. :

En tant qu'il est un contrat, le cautionnement est évidemment concerné par la réforme du droit des obligations. Les règles qui gouvernent la conclusion du contrat, son contenu, sa validité, son interprétation, sa disparition, etc., ont vocation à s'appliquer à lui. Il aura donc, comme les autres, affaire à l'ordonnance du 10 février 2016 et, en particulier, aux innovations qu'elle contient, même purement textuelles. On pense, notamment, aux dispositions relatives au devoir précontractuel d'information (1), à l'erreur sur les motifs (2), au dol d'un tiers de connivence (3), à la capacité des personnes morales (4), à la représentation (5), à la contrepartie illusoire (6), au déséquilibre significatif (7), aux contrats solennels (8), à l'invocation des nullités relatives (9), à l'« *action interrogatoire* » en matière de nullités (10), à la caducité (11), ou encore au changement de circonstances (12). Cette perspective très vague n'épuise pas le sujet, qui n'est d'ailleurs pas celui de la présente contribution. Il faut en effet observer qu'à l'image du texte de 1804, le nouveau dispositif contient un certain nombre de règles particulières qui intéressent le cautionnement, soit qu'elles le visent expressément ou le concernent indirectement. La plupart de ces règles figurent dans le chapitre consacré au régime général des obligations. Elles ont trait, en grande partie, aux causes d'extinction de l'obligation (I) et aux nullités (II).

I. Causes d'extinction de l'obligation

Certaines causes d'extinction de l'obligation se présentent de façon un peu particulière en présence de cautions (13). La réforme résout plusieurs difficultés auxquelles ce contexte peut donner lieu, en leur consacrant des dispositions dédiées. Celles relatives à la novation, à la confusion et à la remise de dette, qui reprennent en partie des solutions antérieures, sont assez favorables aux cautions. (A). Celle qui traite de la compensation renferme en revanche, au moins potentiellement, une importante évolution en leur défaveur. (B).

A. Novation, confusion et remise de dette

Le nouvel article 1334 du Code civil, relatif à la novation, dispose : « *L'extinction de*

l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires. / Par exception, les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants. ». Il en résulte, notamment, que la novation de l'obligation principale a pour effet de libérer la caution, sauf accession de celle-ci à la nouvelle dette. De ce point de vue, l'ordonnance reprend en substance la solution du dispositif de 1804 (14). Le libellé du texte laisse toutefois entendre que le consentement de la caution ne donne pas naissance à un nouveau cautionnement, ce qui a pu être discuté sous l'empire de ce dispositif (15). L'alinéa 2 du nouvel article 1335 ajoute quant à lui : « *La novation convenue entre le créancier et une caution ne libère pas le débiteur principal. Elle libère les autres cautions à concurrence de la part contributive de celle dont l'obligation a fait l'objet de la novation.* ». La première solution s'impose en effet, sauf circonstances particulières. Quant à la seconde, elle met un terme à une apparente divergence jurisprudentielle. La première Chambre civile de la Cour de cassation a en effet jugé que la novation convenue entre le créancier et l'un des cofidélitateurs solidaires libérait l'ensemble de ces derniers (16), tandis que la Chambre commerciale a retenu la solution contraire (17). C'est cette dernière position que rejoint la réforme (18), en l'assortissant, comme y invitaient plusieurs auteurs (19), d'un tempérament lié à la déduction de la part contributive de la caution concernée par la novation.

Est également envisagée l'hypothèse de la confusion, c'est-à-dire de « *la réunion des qualités de créancier et de débiteur d'une même obligation dans la même personne* » (20). Cette réunion peut découler, notamment, d'une succession ou d'une fusion-absorption. La présence d'une ou plusieurs caution(s) est évidemment de nature à en compliquer l'appréhension. Le nouvel article 1349-1, alinéa 2, y est spécifiquement dédié : « *Lorsque la confusion concerne une obligation cautionnée, la caution, même solidaire, est libérée. Lorsque la confusion concerne l'obligation d'une des cautions, le débiteur principal n'est pas libéré. Les autres cautions solidaires sont libérées à concurrence de la part de cette caution.* ». Les deux premières solutions



s'imposent et ne sont d'ailleurs pas nouvelles (21). La troisième met fin à une controverse doctrinale (22), même si l'on peut s'interroger sur le cas des cautions simples (23).

Enfin, l'article 1350-2 traite de l'hypothèse d'une remise de dette consentie en présence d'une ou plusieurs caution(s). L'alinéa 1 précise que « *La remise de dette accordée au débiteur principal libère les cautions, même solidaires.* », reprenant en substance la règle, logique, du droit antérieur (24). Les deux alinéas suivants ajoutent : « *La remise consentie à l'une des cautions solidaires ne libère pas le débiteur principal, mais libère les autres à concurrence de sa part. / Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette et décharger le débiteur principal à proportion. Les autres cautions ne restent tenues que déduction faite de la part de la caution libérée ou de la valeur fournie si elle excède cette part.* ». La solution consistant à libérer les cautions à hauteur de ce qui a été payé par l'une d'elles pour sa libération (la « *valeur fournie* »), elle aussi naturelle, n'est pas nouvelle (25). En revanche, l'instauration d'une sorte de plancher imposant la libération de l'ensemble des cofidésseurs, même solidaires, à hauteur de la part contributive de la caution bénéficiaire de la remise (26), va moins de soi. Des auteurs défendaient la solution contraire, sauf à l'égard des cautions ayant fait de l'engagement des autres une condition de leur propre obligation (27). Dans une logique approuvée, la Cour de cassation a jugé qu'en l'état de trois cautionnements souscrits par actes distincts ne stipulant la solidarité qu'avec le débiteur principal et non entre cautions, la décharge consentie à l'une des cautions n'avait pas d'effet sur l'engagement d'une autre en l'absence de convention contraire (28). La même solution pourra-t-elle être défendue sous l'empire de la réforme ? C'est peu probable, car l'article 1350-2 ne distingue pas suivant que les cautions sont solidaires entre elles ou seulement avec le débiteur principal (29). En outre, la disposition contenue dans la dernière phrase de l'alinéa 3, lorsqu'elle indique que la valeur fournie libère à due concurrence les « *autres cautions* », concerne à l'évidence toutes les cautions, y compris celles qui ne sont solidaires qu'avec le débiteur principal. Or, ladite phrase réaffirme dans le même temps la déductibilité de la part contributive de la caution bénéficiaire de la remise, au profit des « *autres cautions* ». Il serait curieux que les mots « *autres cautions* » désignent deux catégories de cautions différentes suivant qu'il s'agit de les faire profiter de la valeur fournie ou bien de la part contributive (30). En somme, la caution sort plutôt gagnante sur le terrain de la novation, de la confusion et de la remise de dette. Mais l'horizon est beaucoup moins net s'agissant de la compensation.

B. Compensation

Sous l'empire du droit antérieur à la réforme, la caution peut évidemment se prévaloir de la compensation qui a opéré entre le débiteur principal et le créancier, à l'initiative de l'un ou l'autre de ces derniers. Mais elle peut également prendre l'initiative d'opposer au créancier la compensation de ce qu'il doit au débiteur principal, quand bien même ce dernier n'entendrait pas lui-même s'en prévaloir (31). Cela résulte explicitement de l'article 1294, alinéa 1 : « *La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal.* ». En d'autres termes, la caution peut déclencher le mécanisme compensatoire à la place du débiteur principal (32). Or, à première vue, la subsistance de cette solution sous l'empire de la réforme n'a rien d'évident. Il résulte en effet du nouvel article 1347, alinéa 2, que la compensation opère « *sous réserve d'être invoquée* » (33), tandis que le nouvel article 1347-6, alinéa 1, dispose : « *la caution peut opposer au créancier la compensation intervenue entre ce dernier et le débiteur principal* ». Ce dernier texte semble ainsi vouloir dire que la caution peut uniquement se prévaloir de la compensation qui a opéré, c'est-à-dire de l'extinction consécutive à l'invoquer de la compensation par le débiteur principal ou par le créancier, sans pouvoir l'invoquer elle-même lorsque ni l'un ni l'autre de ces derniers ne s'en est prévalu (34). Le créancier pourrait y trouver un grand avantage, spécialement lorsqu'est recherchée sa responsabilité à l'égard du débiteur principal. Quant à la caution, elle y perdrait par rapport au droit antérieur.

Est-ce bien la solution que la réforme entend mettre en place ? Cela n'est pas certain. L'état actuel du texte s'explique par une genèse un peu compliquée, marquée par une hésitation du législateur sur le mode opératoire de la compensation (35). Le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance ne fait par ailleurs état d'aucune volonté de changement sur ce point. Il reste que, si l'on veut maintenir la solution antérieure, il faut considérer que les mots « *la compensation intervenue* » désignent en réalité le cas, non pas où la compensation a effectivement opéré, mais où les conditions pour qu'elle opère sont réunies (36). Une telle interprétation sollicite considérablement le sens de mots. Elle paraît néanmoins s'imposer à la lecture du deuxième alinéa de l'article 1347-6. Celui-ci dispose que : « *Le codébiteur solidaire peut se prévaloir de la compensation intervenue entre le créancier et l'un de ses coobligés pour faire déduire la part divisée de celui-ci du total de la dette.* ». Or, la « *compensation intervenue* » au sens de ce texte est celle dont les conditions sont réunies et non pas celle qui a été

Ph. Malaurie, L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, 9^e éd., n° 266 ; Ph. Simler, *op. cit.*, n° 800 ; contre la déduction en présence d'un cautionnement solidaire : M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 381, reprenant la solution défendue par C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, préc., n° 308.

23) Faut-il comprendre *a contrario* qu'elles ne sont pas concernées par la dernière phrase de l'alinéa 2 ? Cela n'est pas impossible. Le législateur a pu considérer que le bénéfice de division (articles 2303 et s. du Code civil) prenait alors le relais. En d'autres termes, la caution simple n'aurait pas besoin d'être libérée à hauteur de la part de la « *caution confondue* » puisqu'elle dispose de la faculté de contraindre le créancier à ne la rechercher, elle-même, que pour sa part. Les deux issues (libération pour partie ou bénéfice de division) ne sont pourtant pas équivalentes. En particulier, il se peut que les conditions du bénéfice de division ne soient pas remplies (v. Ph. Simler, *op. cit.*, n° 782). Et, même lorsqu'elles le sont, la confusion intervenue n'affecte-t-elle pas le périmètre de la division ?

24) Article 1287, alinéa 1, du Code civil.

25) Article 1288 du Code civil.

26) Alors même, donc, que cette caution aurait payé une somme inférieure à sa part, ou n'aurait rien payé du tout.

27) Ph. Malaurie, L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n° 264 ; *contra*, en faveur d'une déduction systématique de la part contributive de la caution bénéficiaire de la remise : Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, La publicité foncière*, *Dalloz*, 6^e éd., n° 248 ; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 380.

28) Cass. com., 23 juin 1992, n° 91-11.064 ; *adde* Ph. Simler, *J.-Cl. civ.*, art. 1282 à 1288, n° 116, qui réserve dans cette hypothèse le bénéfice de cession d'actions (article 2314 du Code civil) ; dans le même sens : A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n° 1108.

29) La même observation s'impose, *mutatis mutandis*, à propos de la novation.

30) On peut également en déduire que le nouvel article 1350-2 devrait s'appliquer à la caution simple, sans qu'il soit besoin de passer par le bénéfice de division (comp. ci-dessus note XVIII à propos de la confusion).

31) Rapp., à propos de la renonciation du débiteur principal à opposer la compensation : Com. 26 oct. 1999, n° 96-12.571.

32) Pour autant que l'on admette que la compensation n'opère pas de plein droit et doit être invoquée, ce qui est discuté : V. L. Andreu, *De l'effet automatique de la compensation*, Mélanges en l'honneur de Didier R. Martin, LGDJ 2015 ; A. Collin, *Du caractère volontaire du déclenchement de la compensation*, *RTD civ.* 2010, p. 229.

33) Le texte intervient ainsi dans la discussion évoquée *supra* note XXXII.

34) G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Paris, Dalloz, 2016, n° 1018 ; et sur le projet de réforme : D. Robine, Consolidation des « règles générales » et consécration des « règles particulières » de la compensation : un projet de réforme à parfaire », *Dr. et patr.* juill.-août 2015, p. 59.

35) V. A. Hontebeyrie, La compensation *in* La réforme du régime général des obligations, à paraître, Dalloz, sept. 2016.

36) L. Andreu, L'extinction de l'obligation, *Dr. et patr.* mai 2016, p. 86.

37) Pour la démonstration : A. Hontebeyrie, art. préc.

38) Article 1234 du Code civil.

39) Nouveaux articles 1178 et suivants du Code civil.

40) Nouvel article 1178, alinéa 2, du Code civil.

41) Nouvel article 1179, alinéa 1, du Code civil.

42) Nouvel article 1180, alinéa 1, du Code civil.

43) Nouvel article 1179, alinéa 1, du Code civil.

44) Nouvel article 1181, alinéa 1, du Code civil.

45) V. Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, n° 03-17.682.

46) Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602.

47) V. p. ex. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 48 ; Ph. Simler, Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux, *LGDJ-Dalloz*, 2009, p. 497 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n° 129.

effectivement invoquée par le codébitéur-crédancier (37). Partant de ce constat, on est conduit à admettre que le codébitéur solidaire peut déclencher la compensation du chef de l'un de ses codébiteurs, à hauteur de la part de ce dernier dans la dette. Or, si cette faculté est offerte au codébitéur solidaire, elle l'est *a fortiori* à la caution, tenue moins durement que celui-ci. Il n'en reste pas moins que le nouvel article 1347-6, alinéa 1, souffre d'une maladresse rédactionnelle. S'il faut s'en tenir à sa stricte lettre, alors la relative amélioration du sort de la caution, constatée à propos de la novation, de la confusion et de la remise de dette, sera largement rognée par ailleurs. L'hypothèse de la nullité de l'obligation principale mène à une conclusion voisine.

II. Nullité de l'obligation principale

Dans le dispositif de 1804, la nullité est une cause d'extinction de l'obligation (38). Ce parti est discutable, si l'on considère qu'un contrat nul est réputé n'avoir jamais existé. De fait, le texte issu de la réforme s'en écarte. La nullité n'est plus abordée dans le cadre de l'extinction de l'obligation, mais en tant que telle au sein des dispositions régissant le contrat (39), dont une précise que « *Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé.* » (40). Pour cette raison, certes assez théorique, mais aussi et surtout parce que la matière est dense, la portée de la réforme sur la difficulté tenant à la nullité d'une obligation cautionnée est un sujet en soi. Il s'agit de savoir si la caution peut ou non invoquer la nullité de l'obligation principale (A) et de déterminer les effets que ladite nullité, une fois prononcée, engendrera sur sa propre obligation (B).

A. Invocation de la nullité de l'obligation principale par la caution

La situation ici envisagée est proche de celle qui a été abordée dans le cadre de la compensation. Il se peut que le débiteur principal soit titulaire d'une action en nullité à raison d'un vice affectant le contrat générateur de la dette garantie, mais qu'il s'abstienne de la mettre en œuvre. La caution, peut-elle, alors, prendre l'initiative de cette action aux fins d'obtenir l'annulation dudit contrat ? La réforme apporte quelques éléments de réponse à cette question controversée. D'abord, elle consacre la célèbre distinction qui oppose les nullités absolues et les nullités relatives, en optant pour la théorie dite « moderne » des nullités. La nullité absolue est encourue « *lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général* » (41). Elle peut « *être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le*

ministère public » (42). Dès lors, en présence d'une cause de nullité absolue affectant le contrat principal, nul doute que la caution puisse agir aux fins de la faire prononcer. La nullité est au contraire relative « *lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé* » (43). Elle ne peut alors être demandée « *que par la partie que la loi entend protéger* » (44). De ce strict point de vue, la caution se trouve dans une situation toute différente. Elle ne devrait pas pouvoir prendre l'initiative d'une nullité relative n'affectant que l'engagement du débiteur principal, tel par exemple qu'un vice du consentement dont ce dernier a été victime. Tributaire dudit débiteur, elle ne « profiterait » de la nullité qu'à la condition qu'il la demande et l'obtienne. Mais il faut aussi compter avec les règles propres au cautionnement, et notamment avec l'article 2313 du Code civil. Aux termes de ce texte, « *La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ; / Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur.* ». Jusqu'en 2007, il était généralement considéré que les exceptions purement personnelles se limitaient aux incapacités. Il était donc admis que la caution puisse demander la nullité du contrat principal en raison d'un dol commis à l'encontre du débiteur principal (45), bien qu'il s'agisse-là d'une nullité relative. Puis, dans un arrêt rendu en Chambre mixte le 8 juin 2007, la Cour de cassation a jugé que la caution, « *ne [pouvant] opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur principal (...)* [n'est] pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal et qui, destinée à protéger ce dernier, constitu[e] une exception purement personnelle » (46). La solution, critiquée (47), aboutit en substance à diluer l'opposabilité des exceptions dans la théorie moderne des nullités.

Il n'est pas exclu que la réforme soit de nature à changer la donne sur ce dernier point. La Cour justifie sa position par cette affirmation que la nullité pour dol, de nature relative, est constitutive d'une exception purement personnelle, écartant ainsi la qualification d'exception inhérente à la dette. Or, à plusieurs endroits, le texte issu de l'ordonnance qualifie expressément la nullité d'exception inhérente à la dette. Ainsi le nouvel article 1216-2, alinéa 1, relatif à la cession de contrat, dispose-t-il : « *Le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité (...). Il ne peut lui opposer les exceptions personnelles au cédant.* ». Le nouvel article 1328, relatif à la cession de dette, contient une disposition semblable. Il en va de même du nouvel article 1324,



alinéa 2, relatif à la cession de créance, ainsi que du nouvel article 1346-5, alinéa 3, relatif à la subrogation. Il est donc clair que, pour le législateur et, surtout, pour le Code civil désormais, la nullité de l'obligation est une exception inhérente à la dette (48). La lecture que la Chambre mixte a faite de l'article 2313 résistera-t-elle à cette prise de parti ?

On voit bien quelques arguments susceptibles d'être avancés en faveur d'une telle résistance. Le premier consiste à soutenir que la notion d'exception inhérente à la dette n'est pas la même suivant qu'il s'agit d'appliquer l'article 2313 où les autres textes. Il paraît bien faible et peu propice à la fameuse « lisibilité » du nouveau droit des obligations (49). Le deuxième argument consiste à prétendre que la nullité qualifiée d'exception inhérente à la dette par les textes issus de l'ordonnance est la nullité absolue et non la nullité relative. Il n'est pas déterminant. Ces textes – qui ne distinguent pas – auraient bien peu d'effet utile s'ils devaient être cantonnés aux nullités absolues. Dès lors que celles-ci peuvent être invoquées par toute personne intéressée, il n'est pas besoin de texte pour admettre que le cessionnaire du contrat, le cessionnaire de la dette, etc., puissent l'opposer. Il semblerait donc logique que la nullité au sens des textes précités inclue la nullité relative (50), la seule qui soit à même de leur conférer un véritable effet utile. Cela étant, il est vrai que les articles 1324, alinéa 2, et 1346-5, alinéa 3, qui concernent la cession de créance et la subrogation n'ont qu'une portée limitée dans le débat. Il n'y a rien d'extraordinaire à ce que le débiteur cédé puisse se prévaloir à l'égard du cessionnaire d'une nullité relative dont il est originellement « titulaire » ; la même observation vaut, *mutatis mutandis*, pour la subrogation. Dans un cas comme dans l'autre, le débiteur ne se voit pas attribuer le droit d'invoquer une nullité relative née en la personne d'un tiers. On lui reconnaît simplement celui d'invoquer « sa » nullité à l'encontre du nouveau créancier. En revanche, l'opposabilité de la nullité relative par le cessionnaire du contrat ou de la dette, respectivement prévue par les articles 1216-2, alinéa 1, et 1328 procède bien d'une telle attribution. Celui qui n'était pas, originellement, titulaire du droit de demander la nullité va pouvoir invoquer celle-ci à l'encontre du cédé.

En somme, d'une part, il est clair qu'aux yeux du législateur la nullité est une exception inhérente à la dette ; d'autre part, il est assez vraisemblable que l'opposabilité de cette exception s'entend, notamment, du droit pour un nouveau contractant ou débiteur d'invoquer une nullité relative « appartenant » à l'ancien. Comment, dans ces conditions, continuer à décider

différemment pour la caution qui peut pourtant opposer « toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette » (51) ? On pourrait certes songer à soutenir que l'opposabilité de la nullité relative dans la cession de contrat et dans la cession de dette découle de l'effet translatif, en ce sens que le droit pour le nouveau contractant ou débiteur d'invoquer cette nullité serait censé « transmis » (52) avec le contrat ou la dette, ce qui ne saurait être dans le cautionnement. Mais la caution répondrait à juste titre que le raisonnement a pour seule portée d'expliquer l'opposabilité (la « transmission ») de l'exception, et qu'il ne remet pas en cause cette affirmation que la nullité relative est bien une exception inhérente à la dette, c'est-à-dire une exception qu'elle est légalement investie à opposer au créancier. La position de la Chambre mixte ne paraît donc guère tenable sous l'empire de la réforme. Encore celle-ci ne fait-elle pas du tout de la nullité un sésame pour la caution.

B. Effets de la nullité de l'obligation principale sur l'obligation de la caution

Que la nullité ait été demandée et l'annulation obtenue à l'initiative de la caution ou bien d'une autre personne, il reste à savoir le profit que la première pourra en tirer. *A priori*, la caution devrait se trouver libérée par suite de la disparition de son obligation consécutive à celle du débiteur principal, dont elle était l'accessoire. Et tel sera bien le cas si le débiteur principal n'a reçu aucune prestation de la part du cocontractant dans le cadre du contrat annulé. Mais, dans l'hypothèse inverse, il y aura matière à restitution à la charge du débiteur principal. Le créancier sera alors naturellement enclin à prétendre, si besoin, que la caution doit garantir cette restitution. Une telle prétention pourra-t-elle prospérer ? Sous l'empire du droit antérieur à la réforme, l'affirmative l'emportera en principe si le contrat annulé est un prêt. La jurisprudence est très claire à cet égard, et essentiellement motivée par cette idée que l'obligation de restituer inhérente au contrat de prêt n'est pas affectée par la nullité (53). En présence d'un contrat d'une nature différente, la position de la Cour de cassation est un peu moins nette. Celle-ci semble plutôt favorable au maintien du cautionnement sur les restitutions. Les raisons avancées en ce sens dans les arrêts semblent encore reposer sur l'idée que la nullité n'affecte pas le contrat en son entier mais laisse subsister certaines des obligations du débiteur principal (54). Finalement, il ne s'agit pas tant de garantir les restitutions que de cantonner les effets de la nullité. Or, sous l'empire des nouveaux

48) Et il s'agit bien ici de permettre l'invocation de la nullité affectant le contrat et non pas, ou en tout cas pas seulement, de l'annulation effectivement intervenue : restreints à cette dernière hypothèse, les textes précités seraient dépourvus d'effet utile.

49) Comp., sous l'empire du droit antérieur à la réforme, le débat relatif aux exceptions personnelles dans le cautionnement d'une part et dans la solidarité de l'autre : Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 48.

50) En ce sens, à propos de la cession de dette : J. François, *Les opérations sur la dette*, *RDC avr.* 2016, p. 45, spéc. n° 25.

51) Article 2313, alinéa 1, du Code civil.

52) L'usage des guillemets s'explique par le fait que le débiteur originaire conserve le droit d'invoquer l'exception s'il reste tenu (nouvel article 1328 du Code civil). Cela renvoie à la question de savoir si la cession de dette est bien une cession en pareille circonstance.

53) V. Cass. com., 17 novembre 1982, n° 81-10.757, suivi d'autres arrêts dans le même sens : « tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur à la conclusion de leur convention annulée, l'obligation de restituer inhérente au contrat de prêt demeure valable, que des lors le cautionnement en considération duquel le prêt a été consenti subsiste tant que cette obligation valable n'est pas éteinte ».

54) Cass. civ. 1^{re}, 18 mars 1997, n° 95-13.244 : « l'annulation d'un contrat à exécution successive ne fait pas disparaître l'obligation de payer les livraisons déjà effectuées » ; Cass. com., 12 février 1991, n° 89-10.882 : « la nullité du contrat n'ayant pas éteint l'obligation de payer les livraisons effectuées, les cautions demeuraient tenues à cet égard comme la société débitrice » ; Cass. com., 18 avril 1989, n° 87-17.519 : « l'obligation de payer les livraisons effectuées n'est pas éteinte par l'annulation d'un contrat à exécution successive et que le cautionnement qui garantit l'exécution de cette obligation subsiste jusqu'à son extinction » ; Cass. com., 4 février 1986, n° 84-13.496 : « l'annulation du contrat n'avait pas éteint l'obligation de payer les livraisons effectuées ».

55) Et qui est l'une de ses innovations, applicable également à la caducité (nouvel article 1187 du Code civil) et à la résolution (nouvel article 1229, alinéa 4, du Code civil).

56) *Idem* en cas de résolution ou de caducité donnant lieu à restitution.

57) Nouvel article 1352 du Code civil.

58) Ex. : articles L. 331-1 s. du Code de la consommation.

textes, un tel raisonnement ne semble plus tenable. Ainsi qu'il a déjà été dit, le nouvel article 1178, alinéa 2, dispose que « *Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé.* ».

Mais la réforme opère, de ce point de vue, un véritable basculement. Du cantonnement jurisprudentiel de la nullité, destiné à « sauver » le cautionnement, l'on passe à un report automatique de celui-ci sur les restitutions. Tirant les conséquences de l'inexistence juridique du contrat annulé, le troisième alinéa de l'article 1178 ajoute que « *Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9.* », c'est-à-dire dans le cadre du dispositif que l'ordonnance a spécifiquement dédié aux restitutions (55). Or, l'article 1352-9 dispose que « *Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme.* ». Il y a là une grande nouveauté, mais pour le moins anxiogène, voire un peu déceptive, à l'égard de la caution. Au lieu de se tenir pour libérée une fois que le débiteur principal a rempli ses obligations, elle devra se savoir toujours exposée pour le cas où la nullité du contrat serait prononcée (56). En

outre, dans un tel cas, elle devra payer, non pas ce à quoi elle s'est explicitement obligée dans le cautionnement, mais ce que dicte le nouveau – et assez complexe – régime des restitutions. Ayant, par exemple, cautionné un prix de vente qui a été payé dans le cadre d'un contrat par la suite annulé, elle devra, si le débiteur principal n'est pas en mesure de restituer la chose, garantir le paiement de la valeur de celle-ci, et plus-value incluse éventuellement (57). Et, puisqu'aux termes du nouvel article 1352-3, alinéa 1, « *La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée.* », la caution aura également à répondre, selon les cas, desdits fruits ou de ladite valeur. Certes, bien souvent, le cautionnement sera assorti d'un plafond imposé par la loi (58), ce qui limitera d'autant ce risque nouveau. Les solutions qui se profilent n'en sont pas moins regrettables dans leur principe. Il aurait été plus opportun de laisser aux parties le soin de traiter cette difficulté dans le cadre du cautionnement. Désormais, il faudra qu'avant de s'engager la caution s'interroge sérieusement sur le risque afférent aux restitutions et qu'elle exige, si elle n'entend pas le courir, une clause contraire dont la validité ne semble heureusement pas faire de doute.



Divers aspects de la réforme du droit des obligations appliquée aux ventes de produits agricoles

Bruno Néouze,
Avocat associé,
Cabinet Racine

La vente de produits agricoles, de nature civile lorsqu'elle est effectuée par l'agriculteur et porte sur ses propres productions, commerciale entre intermédiaires du commerce et à nouveau civile lorsqu'elle atteint le consommateur, a toujours attiré l'attention des pouvoirs publics car elle est essentielle à l'équilibre social. D'abord, en ce qu'elle touche au besoin premier de l'homme, s'alimenter, ce qui a conduit à surveiller la qualité des produits, à protéger la santé publique et à combattre les fraudes et falsifications. Ensuite, parce que les producteurs agricoles constituent une composante sociale et politique majeure dont le poids sociétal est aussi important que la fragilité économique, exposée aux immaîtrisables aléas climatiques, et dont les revenus sont immédiatement impactés par la recherche du pouvoir d'achat du consommateur au travers des prix les plus bas.

Longtemps voué à son activité de production, le paysan devait s'en remettre pour assurer la commercialisation de ses produits, sauf organisation collective de type coopératif, à d'autres opérateurs privés de la transformation, du négoce et de la distribution sous la dépendance économique desquels il était considéré comme placé. Aujourd'hui encore, et malgré les législations qui seront ici évoquées, il n'est de jour où les media ne se fassent l'écho auprès du consommateur circonspect des crises successives qui, produit après produit et parfois tous ensemble, frappent les agriculteurs et leurs revenus, dont certains s'établissent au-dessous des minima sociaux.

Même si certaines expressions peuvent tromper, comme le « salaire » ou « la paie » du lait, l'agriculteur ne tire pas sa subsistance d'un salaire versé par un employeur mais, entrepreneur lui-même, de la vente de ses produits. La première préoccupation du législateur a été, de ce point de vue, de faire en sorte que cette vente intervienne dans un cadre contractuel protégé par la loi et collectivement établi. La loi d'orientation agricole du 5 août 1960 entendait ainsi compenser les désavantages naturels et économiques auxquels se trouvaient soumis les agriculteurs comparativement aux autres catégories professionnelles, notamment

par la mise en place d'un système contractuel liant producteurs, transformateurs et acheteurs de produits agricoles, en permettant l'élaboration par le ministre de l'agriculture, après concertation, de contrats-types destinés à « garantir, d'une part, aux producteurs-vendeurs, l'enlèvement de la marchandise et son paiement au prix de campagne, et d'autre part, aux acheteurs, l'approvisionnement de leurs entreprises ». Mais ces contrats restaient facultatifs, ne s'appliquant qu'à ceux qui s'y référaient.

La loi du 6 juillet 1964 (1) sur l'économie contractuelle en agriculture a franchi un pas majeur, tout d'abord en confiant l'élaboration des contrats types, dans le cadre d'accords interprofessionnels à long terme et de conventions de campagne, aux professionnels eux-mêmes (producteurs, transformateurs, commercialisateurs) à travers leurs représentations syndicales et professionnelles, et surtout en permettant de les rendre obligatoires par un mécanisme emprunté au droit social et à ses conventions collectives : celui de l'homologation ou de l'extension, prononcée par le ministre à la demande des organisations signataires.

La loi du 12 juillet 1974 relative à l'organisation interprofessionnelle laitière, puis celle du 10 juillet 1975 relative aux organisations interprofessionnelles agricoles (2) tendaient, – parmi d'autres objectifs – à institutionnaliser le mécanisme en favorisant la constitution volontaire, pour chaque produit ou groupe de produits, de véritables organisations rassemblant les organisations représentatives des divers acteurs concernés et dont l'outil principal serait le contrat-type, susceptible de faire l'objet d'une extension rendant son utilisation obligatoire pour tous les professionnels de la filière.

Cet encadrement institutionnel de la contractualisation a rencontré un relatif succès dans ce qu'il est convenu d'appeler les filières courtes : celles qui font se rencontrer producteurs et transformateurs, alors que la contractualisation est apparue particulièrement complexe à mettre en œuvre dans les filières incluant les commerçants et distributeurs. Surtout, l'irruption du droit de la

1) Codifiée aux articles L. 631-1 à L. 631-23 du Code rural et de la pêche maritime.

2) Articles L. 632-1 à L. 632-12 du Code rural et de la pêche maritime.

3) Articles L. 631-24 à L. 631-29 du Code rural et de la pêche maritime.

4) Article 168 du règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013.

concurrence allait peu à peu refroidir l'ardeur des acteurs économiques et de leurs organisations : dès lors que le prix ne pouvait plus faire l'objet d'une négociation collective, la mise en place d'accords interprofessionnels et de contrats-types ne présentait plus qu'un intérêt secondaire.

La première décennie de ce siècle a pourtant suscité un regain de faveur envers mise en place de contrats écrits pluriannuels sur la base de contrats-types étendus ayant fait l'objet d'une négociation collective. Mais l'objectif est dorénavant moins la préservation du revenu du producteur, soumis à la pression de la compétitivité et de la concurrence sur un marché devenu mondial, que l'approvisionnement régulier du consommateur et la stabilisation des marchés. Après les phénomènes climatiques et géopolitiques des années 2007 à 2009, ceux-ci avaient manifesté une telle volatilité qu'il est apparu urgent de rechercher de nouveaux outils, d'autant que les prix du lait de vache et des fruits et légumes frais s'effondraient par ailleurs. Tel fut notamment l'objet de la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche du 27 juillet 2010, complétée par la loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt du 13 octobre 2014 et l'ordonnance du 7 octobre 2015 (3). La contractualisation comme outil de régulation des marchés a été considérée à ce point importante que le dispositif français a été repris et transposé par l'Union européenne dans la nouvelle organisation commune des marchés (4).

S'il ne s'agit pas ici d'exposer l'ensemble complexe de ces institutions et mécanismes, regroupés aujourd'hui au titre III du livre VI du Code rural et de la pêche maritime sous l'intitulé « *Contrats et accords interprofessionnels portant sur des produits agricoles ou alimentaires* », il convient de rechercher comment les principes de contractualisation mis en œuvre peuvent s'articuler avec les futures dispositions du Code civil relatives au droit des contrats, résultant de l'ordonnance du 10 février 2016. Ces dispositions, qu'elles soient relatives à la formation et au contenu du contrat (I) ou à ses effets (II) seront dans le même temps mises en perspective avec d'autres mécanismes contractuels propres à la commercialisation des produits agricoles : contrats d'intégration, contrat de coopération et codes d'usage.

I. Formation et contenu du contrat

On les abordera successivement (A, B).

A. Formation du contrat

Côté formation du contrat, le rapprochement des textes nouveaux et des mécanismes contractuels de commercialisation des produits agricoles mène principalement vers deux sujets : le processus d'échange des consentements (1) et la question de l'ordre public (2).

1. Échange des consentements

Les mécanismes de formation du contrat résultant des textes nouveaux du Code civil sont assez largement contrariés par la pratique des contrats agricoles. Une

première originalité découle de l'article L. 631-24 du Code rural et de la pêche maritime selon lequel, lorsqu'une contractualisation écrite est rendue obligatoire (la loi subordonne ainsi la formation valide du contrat à la remise d'un écrit, exception au consensualisme du nouvel article 1172), c'est en réalité l'offre qui l'est, son rejet par le producteur vendeur permettant aux parties de contractualiser librement. Surtout, la question de la formation du contrat est traitée par la plupart des codes d'usage, déclinés par produits, et qui s'appliquent non seulement lorsque les parties s'y réfèrent dans leur convention, mais également, en l'absence de toute référence expresse, à tous les contrats par application des dispositions du nouvel article 1194 (qui reprend peu ou prou celles de l'actuel article 1135). Or, ces usages codifiés décrivent eux-mêmes les conditions de formation du contrat (y compris par un intermédiaire, tel un courtier), en prévoyant des délais de réponse, souvent très brefs (en heures) pour les échanges d'offres et d'acceptation et précisent généralement, contrairement aux prévisions du nouvel article 1120, que le silence vaut acceptation : celui qui veut éviter la formation du contrat doit réagir expressément et par écrit.

2. Ordre public

Sans prétendre procéder à une recension – peut-être pas toujours aisée d'ailleurs – des dispositions de l'ordonnance qui seraient ou non d'ordre public, on relève que le nouvel article 1102 énonce en son deuxième alinéa que la liberté contractuelle, dont il rappelle le principe, ne permet pas de déroger aux règles « *qui intéressent l'ordre public* ». Or, les dispositions du Code rural et de la pêche maritime relatives à la contractualisation sont, pour la plupart, d'ordre public, un ordre public tout à la fois de protection à l'égard des producteurs agricoles et d'intérêt général pour les marchés et les consommateurs. Il en est tout d'abord ainsi des dispositions de l'article L. 631-24 qui imposent, lorsqu'un accord interprofessionnel ou un décret le prévoit, la proposition par l'acheteur au vendeur de contrats écrits au contenu prédéfini sous peine de sanctions très lourdes (75 000 € par producteur). De même l'article L. 632-7 du Code rural et de la pêche maritime frappe-t-il de nullité tout contrat de fourniture de produits passé entre personnes ressortissant d'un accord étendu et qui ne serait pas conforme à cet accord, l'organisation interprofessionnelle étant recevable à demander au juge cette nullité (ce qui est propre aux nullités absolues au sens des nouveaux articles 1179 et 1180 du Code civil). Disposition forte et exceptionnelle puisqu'elle érige en règle d'intérêt général ce qui, à l'origine, n'est qu'un accord entre des organisations privées. S'agissant des contrats d'intégration régis par les dispositions des articles L. 326-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime, c'est-à-dire comportant, entre un producteur ou un groupe de producteurs et une entreprise ou un groupe d'entreprises, des obligations réciproques de fournitures et de services (et qui peuvent résulter d'un faisceau ou d'un cumul de contrats, tel qu'évoqué au nouvel article 1186 du Code civil), l'article L. 326-6 les déclare nuls s'ils ne comportent certaines dispositions qu'il énumère.



B. Contenu du contrat

On distinguera ce qui concerne le contenu du contrat en général (1) et le prix (2).

1. Contenu en général

Alors qu'il résulte du nouvel article 1102, alinéa 1, que les parties sont libres de déterminer le contenu du contrat, les différents textes du Code rural et de la pêche maritime (comme d'ailleurs l'article 168 de l'Organisation commune des marchés), ont principalement pour objet d'encadrer ce contenu : ils énumèrent les différentes clauses que celui-ci (ou la proposition de contrat) doit, sous peine de sanctions, comporter. Pour les contrats régis par l'article L. 631-24 du Code rural et de la pêche maritime, il s'agit de la durée, du volume et des caractéristiques des produits à livrer, des modalités de collecte ou de livraison du produit, du prix ou des critères et modalités de détermination du prix, des modalités de paiement, des règles applicables en cas de force majeure, des modalités de révision et de résiliation du contrat et du préavis de rupture. Les coopératives agricoles sont dispensées de faire régulariser un tel contrat si ces mêmes éléments résultent des statuts, du règlement intérieur et des résolutions sociales, l'ensemble devant être mis à disposition de l'adhérent coopérateur. Pour les contrats d'intégration, l'article L. 326-6 exige – à peine de nullité – qu'ils fixent la nature, les prix et les qualités des fournitures réciproques de produits ou de services, le rapport entre les variations des prix des fournitures faites ou acquises par le producteur, ainsi que les conditions de durée, de renouvellement, de révision et de résiliation. Bien que le contenu du contrat soit ainsi établi par la loi, on ne saurait parler de contrat d'adhésion au sens du nouvel article 1110, alinéa 2, et ce pour deux raisons. D'une part, seul ce que le contrat doit contenir (et donc ce qui doit être négocié) est ainsi établi, et non le contenu lui-même ; d'autre part, ce n'est pas l'une des parties, mais la loi ou l'accord interprofessionnel, qui déterminent ce cadre. S'agissant, d'ailleurs, de contrats pluriannuels, souvent à exécution successive (cf. le nouvel article 1111-1), c'est au contrat cadre du nouvel article 1111 qu'il conviendrait plus exactement de se reporter. La loi fixe les dispositions qui doivent être traitées, le contrat cadre les détermine et des contrats d'application établiront pour chaque année ou chaque livraison les volumes et les prix ou toutes autres stipulations d'application unique.

Cependant, les parties se référeront fréquemment à des conditions générales qui peuvent avoir été établies par un tiers et auxquelles elles adhéreront : conditions de livraison et d'agrégé fixées par un accord interprofessionnel à caractère obligatoire ou non, cahier des charges (notamment en appellation d'origine protégée ou en indication géographique protégée, mais aussi cahier des charges du destinataire final, transformateur ou distributeur) ou codes d'usages. La référence à ces dispositions ne devrait pas pouvoir être considérée comme émanant de l'une des parties si elles sont obligatoires (cas de l'accord interprofessionnel étendu ou d'un cahier des charges relatif à un label, une certification ou une

indication d'origine). Mais elle pourrait l'être lorsque les dispositions concernées sont le fait du partenaire commercial d'une seule des parties (cas de produits agricoles achetés par un intermédiaire grossiste pour être revendus à un transformateur ou un distributeur imposant son propre cahier des charges). En dehors même de cette dernière hypothèse, les conditions générales du contrat relèvent de la liberté contractuelle mais sont le plus souvent établies, voire imposées par l'acheteur. Dans un cas comme dans l'autre, pourront alors se trouver applicables les règles propres au contrat d'adhésion : le nouvel article 1190, aux termes duquel, dans le doute, le contrat d'adhésion s'interprète contre celui qui l'a proposé ; et surtout le nouvel article 1171, dont il résulte que, dans un tel contrat, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite, étant toutefois précisé que l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. Sur ce dernier plan, on pense notamment aux clauses de réception et d'agrégé des marchandises livrées par l'agriculteur qui écartent parfois celui-ci des opérations correspondantes et le placent devant la décision accomplie de l'acheteur. Enfin, le nouvel article 1143, qui assimile l'abus d'état de dépendance (notion chère au monde paysan mais souvent mal comprise) à la violence cause de nullité du contrat (qu'il soit ou non d'adhésion), pourra également s'inviter dans le débat.

2. Clause de prix

On l'a vu, les dispositions du Code rural relatives à la contractualisation exigent que le contrat comporte un prix ou, à tout le moins, les critères et modalités de détermination du prix. Or, s'agissant de contrats pluriannuels, et compte tenu de la difficulté réelle en la matière de se reporter à des indices tels qu'évoqués au nouvel article 1167, cette exigence a souvent conduit les parties à renoncer à mettre en œuvre une contractualisation écrite, considérant que se mettre d'accord sur les seuls volumes (et autres conditions générales de livraison) n'avait guère de sens si le contrat devait être déclaré nul pour indétermination du prix, nullité que les juridictions n'hésitent pas à prononcer. Pour les contrats de vente non soumis au cadre législatif faute d'accord interprofessionnel ou de décret, mais s'écoulant dans la durée (souvent annuelle), des prix par périodes de livraison peuvent être fixés, mais sont fréquemment remis en cause, notamment par le recours à des litiges relatifs à la qualité, toujours excellente lorsque le prix de vente est en dessous du prix du marché au jour de la livraison, et exécutable dans le cas contraire. Certes, des règles existent concernant les modalités d'agrégé, qui peut faire l'objet d'une expertise contradictoire, mais lorsque le lieu de livraison est éloigné de l'établissement du vendeur, notamment à l'étranger, que le produit est périssable et que le transporteur exige un déchargement rapide, elles peuvent être difficiles à mettre en œuvre.

L'ordonnance du 10 février 2016 comporte deux dispositions intéressant cette question. Premièrement, le nouvel article 1223 permet, après mise en demeure, d'accepter une exécution imparfaite

5) Disposition rendue obligatoire par l'article 168 du règlement portant Organisation commune des marchés.

en sollicitant une réduction proportionnelle du prix et même de notifier sa décision unilatérale de réduction du prix (c'est le mécanisme des réfections unilatérales du prix pour insuffisance qualitative ou quantitative qui se trouve ainsi légalisé, mais sous quelles conditions de preuve ?). Deuxièmement, et surtout, le nouvel article 1164 permet dans un contrat cadre une fixation unilatérale du prix par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant et au juge d'en réprimer les abus : c'est la fixation du prix par rapport au marché, mais sans qu'il soit besoin d'avoir recours à des mercuriales ou à des indices, une simple attestation par courtier de marchandises assermenté pouvant suffire. Certes, le recours à ces dispositions ne pourrait se faire contre les termes du contrat, mais leur intégration dans celui-ci sera certainement envisagée par la pratique.

II. Effets du contrat

Deux séries de difficultés méritent ici une attention particulière, qui ont trait à la durée du contrat (A) et à la remise en cause de celui-ci (B).

A. Durée du contrat

L'ordonnance comporte, sur la durée, des dispositions peu compatibles avec les textes et pratiques agricoles. Ainsi, le nouvel article 1213 prévoit que le contrat (par hypothèse à durée déterminée bien que ce ne soit pas ici précisé) peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration. La prorogation est par ailleurs distinguée du renouvellement du contrat à durée déterminée qui peut, selon le nouvel article 1214, s'opérer par l'effet de la loi ou de l'accord des parties, un nouveau contrat étant ainsi formé, mais pour une durée indéterminée. La tacite reconduction, quant à elle, n'est envisagée par le nouvel article 1215 qu'en cas de poursuite de l'exécution de leurs obligations par les parties et donne lieu, par défaut, à un contrat à durée indéterminée.

Ce corps de règles est, assurément, peu adapté aux ventes de produits agricoles par les producteurs qui ont besoin de prévisibilité, d'autant qu'aucun mécanisme d'interpellation (cf. les nouveaux articles 1123, 1158 et 1183) n'a ici été envisagé. La durée du cycle biologique caractérisant l'activité agricole implique que dès sa mise en œuvre (emblavement, plantation, insémination, etc.) le débouché soit prévisible ce qui signifie que les décisions pour la prochaine campagne doivent être prises bien avant l'expiration de la campagne en cours. La décision sur une éventuelle reconduction ne peut attendre la fin du contrat. L'article L. 631-24 du Code rural et de la pêche maritime prévoit quant à lui que les contrats qui y sont soumis sont, sauf stipulations contraires, renouvelables par tacite reconduction pour une période équivalente à celle pour laquelle ils ont été conclus. Les statuts des coopératives agricoles, de même, prévoient qu'à défaut de dénonciation respectant un préavis qu'ils fixent (six mois en général, parfois un an) avant la fin de la période d'engagement initiale, celui-ci se renouvelle pour une période qu'ils déterminent également. Dans la pratique, et hors de ces deux cas où la loi permet une sécurité que le Code

civil n'offre pas, il conviendra d'être particulièrement vigilant sur les clauses de durée.

B. Remise en cause du contrat

Rapportée aux innovations de la réforme, la remise en cause du contrat de vente de produits agricoles renvoie principalement à l'hypothèse de la survenance de circonstances imprévisibles (1) et à l'épineuse question des restitutions (2).

1. Circonstances imprévisibles

On sait que la théorie dite de l'imprévision fait son entrée dans le Code civil, au sein du nouvel article 1195. Celui-ci prévoit la possibilité de demander une renégociation du contrat en cas de « *changement de circonstances* », si ce changement était imprévisible lors de la conclusion du contrat et rend l'exécution de celui-ci excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer les risques. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. Mais surtout, et là est la grande nouveauté, à défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. Ce texte trouvera-t-il application en matière de contrats de vente de produits agricoles ? Si la question se pose, c'est notamment parce que de tels contrats, lorsqu'ils portent sur un produit auquel le dispositif de l'article L. 631-24 du Code rural et de la pêche maritime est déclaré applicable, se voient appliquer les dispositions de l'article L. 441-8 du Code de commerce. Il s'agit alors de fixer, pour une liste de produits, un mécanisme de renégociation du prix pour prendre en compte les fluctuations, à la hausse ou à la baisse, des prix des matières premières agricoles lorsqu'elles affectent significativement les prix de production. En cas de désaccord, et sauf clause d'arbitrage, le « *médiateur des relations commerciales agricoles* » doit être saisi. Comparables, les deux dispositions ne se recoupent pas, leurs conditions de mise en œuvre et leurs modalités de fonctionnement n'étant pas identiques. Il conviendra donc de savoir si la combinaison des articles L. 631-24 du Code rural et de la pêche maritime et L. 441-8 du Code de commerce épuise le sujet pour les ventes de produits agricoles, ou si le recours au nouvel article 1195 reste possible pour les produits non concernés par les dispositions spéciales. Cette dernière solution devrait l'emporter.

La question de la force majeure, c'est-à-dire, en substance, de la survenance d'un événement imprévisible rendant l'exécution du contrat impossible, doit également être abordée. Lorsque le dispositif de l'article L. 631-24 du Code rural et de la pêche maritime est mis en œuvre, les contrats doivent comporter des dispositions établissant les règles applicables aux cas de force majeure (5). De telles dispositions sont déjà fréquentes. Si elles évoquent parfois une définition de la force majeure, jusqu'à présent tirée des critères jurisprudentiels et auxquels pourra dorénavant être substituée la définition du nouvel article 1218, elles ont essentiellement pour



objet de définir les principaux cas convenus par les parties comme constitutifs de force majeure (ou au contraire d'en écarter certains), mais également d'en régler les conditions de mise en œuvre et les conséquences. Une disposition parmi les plus utiles consiste à préciser que la force majeure est exonératoire de toute responsabilité non pas de façon automatique (contrairement à ce que laisse entendre la dernière phrase du deuxième alinéa du nouvel article 1218), mais à condition que celui qui en est la victime en ait immédiatement informé son cocontractant. Ainsi, en cas d'intempéries ayant détruit la récolte cédée, le vendeur ne sera libéré sans pénalité de son obligation de livrer que s'il n'attend pas la date prévue pour la livraison (souvent plusieurs mois après) pour aviser l'acheteur, qui a ainsi la possibilité de pallier les conséquences du manquement en se fournissant par ailleurs ; à défaut, le vendeur ne sera nullement exonéré et devra verser des dommages et intérêts. En quoi l'on s'écarte du nouvel article 1196, alinéa 3. On peut même s'étonner que cette sage pratique, transposable à toutes les situations de force majeure et qui ne relève pas de la seule obligation de bonne foi du nouvel article 1104, n'ait pas été érigée en règle dans le Code civil.

2. Restitutions

La résolution du contrat peut donner lieu à restitutions, dans les conditions désormais prévues par le nouvel article 1229, engendrant des difficultés sur le point de savoir ce qui doit être restitué. La réforme consacre à cette question des dispositions dédiées, au sein des nouveaux articles 1352 à 1352-9 qui sont également applicables aux restitutions consécutives à la nullité (6). L'ordonnance

précise ainsi, et sur certains points modifie, une jurisprudence abondante, notamment en matière de litiges relatifs aux contrats d'intégration. Les contrats d'intégration – qui, on l'a vu, peuvent résulter de la juxtaposition de plusieurs conventions liant parfois des parties différentes – s'exécutent le plus souvent sans difficulté pendant plusieurs années avant qu'en raison d'une chute des prix du produit fini, le producteur ne les trouve par trop déséquilibrés et n'en demande l'annulation au tribunal. Lorsque celle-ci est prononcée, se pose la question des restitutions qui avait fait l'objet d'une décision déjà ancienne de la Cour de cassation qui en fixait les modalités (7). Les articles 1352 et suivants établissent dorénavant le cadre des évaluations à effectuer. Le nouvel article 1352-2 va tout particulièrement intéresser le praticien (et susciter de nouveaux contentieux ?). Envisageant l'hypothèse dans laquelle la chose à restituer a été revendue, il opère une distinction quant à la valeur à retenir, selon que le débiteur de la restitution est de bonne ou de mauvaise foi : il ne doit restituer que le prix de vente dans le premier cas, ou la valeur au jour de la restitution dans le second cas, ce que ne précisait pas la jurisprudence de 1981.

Sur tous ces points – et il en est certainement d'autres – l'articulation entre le régime général du droit des contrats tel qu'il résultera de l'entrée en vigueur de l'ordonnance et les régimes spéciaux propres au Code rural et de la pêche maritime nécessitera assurément une vigilance particulière. Au-delà, la pratique s'inspirera avantageusement de certaines dispositions nouvelles de nature à stimuler son imagination.

6) V. not. A. Hontebeyrie, Les restitutions, in *Les innovations de la réforme du droit des contrats*, à paraître, éd. *Fondation Varenne*.

7) V. Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 1981, BVT-Guyomarc'h c/ Gaignard, cité par J. Danet et L. Lorvellec, *Les restitutions après l'annulation d'un contrat d'intégration soumis à la loi du 6 juillet 1964*, D. 1982, chr., p.211.

Le statut du fermage à l'épreuve de la réforme du droit des obligations

**Samuel Crevel,
Avocat associé,
Cabinet Racine**

1) V. Cass. civ. 1^{re}, 9 mars 2016, n° 15-18.899, visant « le principe selon lequel les lois spéciales dérogent aux lois générales ». Rapp. le nouvel article 1105, alinéa 3, du Code civil.

2) Nouveaux articles 1216 et s. du Code civil.

3) Article L. 411-35 du Code rural et de la pêche maritime, lequel texte chasse d'ailleurs expressément le droit commun du louage et sa cessibilité de principe.

4) V. en dernier lieu : Cass. civ. 3^e, 9 avril 2014, n° 13-10.945, *RD rur.* 2014, comm. 144, note S. Crevel.

5) Nouvel article 1324, alinéa 1^{er}, du Code civil.

Pourquoi vouloir tenter de déterminer les éventuelles incidences de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 sur le statut du fermage ? Si, comme beaucoup de ruralistes veulent le croire, le statut était un système juridique clos, étanche au droit commun des obligations, cette entreprise serait effectivement vaine. Mais, il est aussi permis de ne pas vraiment partager cette conception « *moniste* » du statut. Aussi nombreuses et précises ses dispositions, contenues aux articles L. 411-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime, soient-elles, la jurisprudence et même la pratique mettent régulièrement en évidence que la solution de certains conflits nés d'un bail rural supposent d'en appeler au droit civil parce que le droit spécial, laconique sur ce point, est impuissant à les résoudre. Une certitude technique : l'impact de la réforme sur le statut sera à la mesure de sa perméabilité au droit commun du contrat. Il conviendra donc de consacrer quelques développements à la question, générale, de l'articulation du statut et du droit commun du contrat (I), avant d'essayer de projeter concrètement la réforme sur la vie du bail rural (II).

I. L'Articulation du Statut et du droit commun du contrat

La question de l'articulation du statut du bail rural et des textes issus de la réforme renvoie évidemment à la confrontation entre règles spéciales et règles générales (A). Mais il faut aussi compter avec la logique propre du statut, qui se saisit parfois lui-même de cette question (B).

A. La directive découlant du droit commun : *specialia generalibus...*

A première vue, le statut du fermage laisse très peu d'envahie au droit commun du contrat. Cela n'est pas vraiment pour surprendre qui sait que le statut a été précisément créé, en 1945, en réaction contre le libéralisme du Code civil. A une époque où la France avait besoin de se nourrir après des années de privation, il n'était plus supportable que les baux ruraux fussent autant déséquilibrés à l'avantage des propriétaires et au détriment des locataires exploitants devenus incapables, à cause de conditions contractuelles porteuses de précarité et de charges financières excessives, d'investir suffisamment pour moderniser leurs exploitations. La réaction normative du législateur de l'époque fut radicale et, peut-on dire, étonnamment avant-gardiste pour préfigurer des

décennies de législation dirigiste au service – réel ou supposé – de l'intérêt général : droit de préemption, quasi incessibilité du bail, renouvellement automatique, ordre public, encadrement administratif du loyer... autant d'institutions dérogatoires qui scandent le statut et l'isolent du socle contractuel commun. Et l'on peut dire que soixante-dix années après son édicton, le statut porte encore très beau, qui, loin de s'assouplir et de rentrer dans le rang contractuel, s'est même renforcé, complexifié au fil des lois de « *programmation* », « *d'orientation* » et, en dernier lieu, « *d'Avenir pour l'agriculture* » successives.

Il est certain que le droit général du contrat et, conséquemment, la réforme qui nous intéresse n'ont et n'auront aucune prise sur les questions spécifiquement réglées par les dispositions statutaires. Cependant, le « *législateur statutaire* » n'a pas été exhaustif ; il n'a pas créé un régime locatif particulier aussi complet que l'on ne doit jamais faire appel, parfois, aux droits communs du contrat, des obligations et de la preuve d'icelles pour dénouer certaines situations dérivant d'un bail rural. En ce cas, force est pour le juge de faire application de ces droits communs tels qu'éventuellement amendés par une réforme. Soit un raisonnement tout simplement adossé sur la règle bien connue : *specialia generalibus derogant* (1). Deux exemples. Si l'ordonnance de 2016 vise à introduire la cession de contrat dans le Code civil en l'assortissant d'un régime assez souple (2), cette réforme sera sans aucun emport sur la cessibilité très contrôlée, très limitée dont le bail rural, peut faire l'objet en vertu des dispositions statutaires spécifiques (3). Inversement, en guise d'illustration « *en négatif* » du raisonnement exposé plus haut, et pour en rester à la cession du bail rural, la jurisprudence a, par deux arrêts récents et remarqués par les praticiens de ce bail, retenu que, dans le silence du statut du fermage, il convenait d'appliquer les formalités communes de l'article 1690 du Code civil, relatif à la cession de créance, pour l'opposabilité de l'opération au bailleur-débiteur cédé (4). Il est donc à prévoir que les dispositions nouvelles qui fonderont demain – plus simplement : une « *notification* » au lieu d'une signification (5) – l'opposabilité de la cession de créance au débiteur cédé seront de plein droit applicables à la cession de bail rural. De la même manière, la plupart des dispositions nouvelles relatives à la « *durée du contrat* », qui seront sans doute très utiles en l'absence de dispositions légales ou conventionnelles particulières, n'auront aucune prise sur le bail rural. Le statut du fermage est en effet particulièrement disert sur la durée du bail et les modalités de son achèvement/renouvellement.



Toutefois, la prorogation du bail rural, ignorée par le statut du fermage et accueillie par la jurisprudence (6), offrira peut-être une prise à la réforme en ce que celle-ci introduit, pour la première fois, une disposition organisant cette voie d'étirement du contrat dans le temps (7).

B. Les indications découlant du statut lui-même

Le statut contient, en lui-même, des indications relatives à son articulation avec le Code civil. Trois séries de dispositions doivent être abordées de ce point de vue.

1. Les dispositions renvoyant expressément au droit commun du louage

Relativement peu nombreuses (surtout depuis le « *toiletage* » du statut opéré par l'ordonnance du 13 juillet 2006 (8) sous couvert de sa « *modernisation* »), de telles dispositions nous rappellent que le bail rural... est un bail et qu'il n'est donc pas incongru que certains des aspects de son régime soient appréhendés par des dispositions du droit commun du louage qui ont fait, depuis 1804, leur preuve. Il en est ainsi, pour prendre quelques exemples, de l'article L. 411-26 du Code rural et de la pêche maritime renvoyant à l'article 1768 du Code civil pour imposer au locataire une obligation d'avertissement en cas d'usurpation, de l'article L. 411-27 du même Code plaçant les obligations du preneur relatives à l'utilisation du bien loué sous le pavillon des articles 1766 et 1767 du Code civil, ou encore de l'article L. 415-8 du même Code soumettant aux dispositions de l'article 1719 du Code civil l'obligation du bailleur d'assurer la permanence et la qualité des plantations (pérennes)...

Mais, à la réflexion, la question rebondit : le droit commun du louage est-il, lui, perméable au droit commun des contrats...? La réponse n'est pas évidente. Si, d'un côté, ce droit commun du louage est « *géographiquement* » (et philosophiquement) plus proche du droit commun des contrats que le statut du fermage et, surtout, s'il est regardé comme étant généralement de nature dispositive, il est possible, d'un autre côté, de considérer que par l'effet du renvoi qu'il opère, le statut du fermage et son ordre public généralisé (9) rendent indisponibles à la convention des parties, en modifiant leur nature « *civiliste* », les dispositions communes visées par lui.

2. Les dispositions accueillant expressément la liberté contractuelle

Ca et là, mais plutôt rarement dans l'ensemble, le statut du fermage admet que les parties au bail puissent contractualiser tel ou tel aspect de leur relation. Il en est ainsi, par exemple, pour la détermination de l'indemnité due à un locataire qui a réalisé sur le bien loué et sur ses deniers certains gros travaux limitativement énumérés par la loi (10) ou qui est entré en jouissance d'un terrain en friche ensuite mis en valeur par ses soins (11). Par extension et en creux, le juge déduit parfois la liberté contractuelle de ce que le « *législateur statutaire* » s'est abstenu de réglementer une institution par lui créée. Tel

est le cas des conventions de mise à dispositions consenties à une société par un associé locataire (12) ou propriétaire (13) que le juge déclare entièrement laissées à la libre négociation des parties dans la mesure où le statut, qui y fait allusion, ne leur est pas applicable (14).

3. Les dispositions non auto-suffisantes (ou supposément)

Enfin, il se peut que certaines dispositions de facture très précise soient interprétées comme laissant place à la liberté contractuelle dans les interstices laissés inoccupés. Dans cette logique complétive mais non sans audace, la Cour de cassation a retenu, aux termes de deux arrêts récents et convergents, que les dispositions relatives à la fixation du fermage, aussi précises qu'intangibles, sont susceptibles d'être complétées, dès lors que la loi ne s'en trouve pas heurtée, par des stipulations librement négociées (15). De la même manière, elle a, aux termes d'un arrêt récent et controversé, fait une place non négligeable à la liberté contractuelle pour préciser les contours d'une institution statutaire pourtant très abondamment pourvue en réglementation impérative, à savoir l'indemnité du preneur sortant régie par les articles L. 411-69 et suivants du Code rural et de la pêche maritime (16).

Il nous semble en outre que, depuis quelques années, la Cour de cassation a tendance à malmener quelque peu des dispositions statutaires pourtant « *autosuffisantes* » en les nuanciant par des règles ou même de simples « *principes* » issus du droit commun. Cette « *civilisation* » forcée du statut est peut-être le fruit d'une volonté d'atténuer les rigueurs et étrangetés d'un statut locatif dont on perçoit moins bien la raison d'être aujourd'hui. Citons à titre d'illustration : un arrêt par lequel la Cour de cassation a dénié à un bailleur, qui remplissait pourtant les conditions légales de forme et de fond (17), de poursuivre la résiliation du bail pour défaut de paiement des fermages au motif qu'il avait agi de « *mauvaise foi* » contre son cocontractant (18) ; un autre par lequel la Cour a opposé à un bailleur, qui demandait, sur le fondement de l'article L. 411-35 du Code rural et de la pêche maritime, la résiliation du bail motif pris de l'existence d'une indéniable cession de bail illicite commise par le locataire, le fait que celui-ci avait été victime d'un événement qualifiable de « *force majeure* » l'ayant contraint de confier à un tiers l'exploitation des biens loués (19) ; ou encore ces autres arrêts, marquants, par lesquels la Cour a fait obstacle au jeu normal des dispositions du droit de préemption du preneur en se fondant sur la méconnaissance d'un principe de « *loyauté de la préemption* » découvert pour la circonstance (20). On observera au passage qu'à chaque fois, cette importation du droit civil dans le statut du fermage a été commise au détriment du bailleur.

Ces différentes sources et vecteurs d'application mettent en évidence que les dispositions statutaires sont, dans une certaine mesure, susceptibles d'être touchées, affectées, complétées par une réforme du droit commun du contrat.

6) Voir par ex., Cass. civ. 3^e, 26 mars 2014, n° 13-13.433, *RD rur.* 2014, comm. 116, note S. Crevel.

7) Nouvel article 1213 du Code civil.

8) Ordonnance n° 2006-870 du 13 juillet 2006 relative au statut du fermage et modifiant le Code rural.

9) Article L. 415-12 du Code rural et de la pêche maritime.

10) Article L. 411-29 du Code rural et de la pêche maritime.

11) Article L. 411-77 du Code rural et de la pêche maritime.

12) Article L. 411-37 du Code rural et de la pêche maritime.

13) Article L. 411-2 du Code rural et de la pêche maritime.

14) Arrêt de principe : Cass. civ. 3^e, 7 décembre 2011, n° 10-26.820, *RD rur.* 2012, comm. 12, note S. Crevel.

15) Cass. civ. 3^e, 4 juillet 2012, n° 11-12.998, *RD rur.* 2012, comm. 69, note S. Crevel ; Cass. civ. 3^e, 31 mai 2012, n° 10-27.125, *RD rur.* 2013, comm. 38, note F. Barthe.

16) Cass. civ. 3^e, 12 mai 2015, n° 13-23.123, *RD rur.* 2015, comm. 229, note S. Crevel.

17) Article L. 411-31, I, 1^o) du Code rural et de la pêche maritime.

18) Cass. civ. 3^e, 18 septembre 2013, n° 12-21.293, *RD rur.* 2013, comm. 161, note S. Crevel.

19) Cass. civ. 3^e, 22 janvier 2014, n° 12-28.246, *RD rur.* 2014, comm. 39, note S. Crevel.

20) Cass. civ. 3^e, 23 mai 2012, n° 10-20.170, *RD rur.* 2012, comm. 56, note S. Crevel ; Cass. civ. 3^e, 24 juin 2015, n° 14-18.684, *RD rur.* 2016, comm. 2, note S. Crevel.

21) Articles L. 411-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime.

22) Article L. 411-4 du Code rural et de la pêche maritime.

23) Voir par ex., Cass. civ. 3^e, 29 septembre 2015, n° 14-15.090.

24) Nouvel article 1112-1 du Code civil.

25) Voir par ex., Cass. civ. 3^e, 16 avril 2008, n° 07-12.381.

26) Cass. civ. 3^e, 14 avril 2016, n° 14-25.437, *RD rur.* 2016, comm. 180, note S. Crevel.

27) Voir par ex., Cass. civ. 3^e, 23 avril 2013, n° 12-14.942, *RD rur.* 2013, comm. 83, note S. Crevel.

28) Nouvel article 1124 du Code civil.

II. Les incidences concrètes de la réforme sur le bail rural

On distinguera ces incidences suivant qu'elles concernent la conclusion (A) ou l'exécution du bail (B).

A. La conclusion du bail

Comme indiqué plus haut, à l'instar de bien d'autres statuts contractuels, le statut du fermage est largement laconique sur les conditions de conclusion du bail rural. Seuls le champ d'application (21) et la forme du bail (22) sont expressément appréhendés par la loi spéciale. *A contrario*, bien d'autres aspects du bail rural sont laissés dans l'ombre statutaire et, partant, potentiellement accessibles à une réforme touchant au droit commun.

1. La capacité et le pouvoir des parties

Le droit commun des contrats règne en maître sur cet aspect de la conclusion du bail. Le droit du bail rural est par conséquent notamment soumis au droit des majeurs et mineurs protégés, au droit des régimes matrimoniaux, au droit de propriété ((du démembrement, indivision) pour déterminer si un individu déclarant vouloir donner à bail des biens ruraux jouit ou non de la capacité et du pouvoir requis. La réforme pourra être marginalement intéressante pour les locataires ruraux très régulièrement confrontés à des tentatives de remises en cause *a posteriori* de leur titre, au motif qu'ils ont contracté avec un coindivisaire qui se présente comme mandaté par ses pairs mais ne s'est, en réalité, pas préoccupé de recueillir leur assentiment (23). Le candidat locataire habité par un doute sur les pouvoirs de son interlocuteur disposera en effet dorénavant de l'action dite « *interrogatoire* » qui, ouverte par le nouvel article 1158 du Code civil, lui permettra d'interpeller les autres indivisaires prétendument représentés pour savoir si le mandat prétendu existe bien et, même, en cas de silence pendant un certain délai (« *raisonnable* ») imparti par l'interpellation, provoquer, par détermination de la loi, la création du mandat nécessaire pour la conclusion du bail.

2. L'information réciproque des parties

Le statut du fermage n'édicte aucune obligation d'information d'une partie envers l'autre. Faisant écho à une jurisprudence bien établie, le nouvel article 1112-1 édicte un devoir général d'information entre les cocontractants (24). Ce devoir est toutefois doublement limité : d'une part, il est réservé à la période de « négociations » (tel est le titre de la sous-section dans laquelle l'article 1112-1 est inclus) et, d'autre part, il ne concerne que l'« *information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre (partie)* », étant précisé que, de par le texte même, l'information importante s'entend de celle ayant « *un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* » à l'exclusion toutefois de « *l'estimation de la valeur de la prestation* ». En cas de manquement à ce devoir, le cocontractant mutique risque de voir sa responsabilité engagée et même le contrat annulé à ses torts (si

tant est que le silence ait provoqué un vice du consentement tel qu'entendu par les nouveaux articles 1130 et suivants du Code civil).

On observe d'emblée que cette disposition rejoint indirectement les développements qui précèdent : seront susceptibles d'engager leur responsabilité ceux qui concluent un bail en omettant, par exemple, de faire savoir à leur cocontractant que, simple usufruitier ou indivisaire, il leur manque l'accord, respectivement, du nu propriétaire ou des autres indivisaires. Certes la jurisprudence a déjà retenu, en pareil cas, la responsabilité du bailleur à l'égard du locataire dont le titre est fragilisé par un défaut de pouvoir (25), mais on peut imaginer que, la règle étant désormais érigée dans la loi sans restriction ni allusion, notamment, à un devoir de curiosité du locataire, le juge sera à l'avenir plus prompt à accueillir l'action en responsabilité du preneur. Plus généralement, à l'instar des parties à d'autres contrats, celles qui négocient la conclusion d'un bail rural se devront réciproquement la transparence. La portée de cette innovation dépendra, au cas par cas, de l'existence ou non d'informations importantes que le futur cocontractant ne saurait taire. Du côté du bailleur, on peut imaginer, mais ce n'est pas exhaustif, que ce devoir le frappe s'il reste muet sur l'existence de menaces planant sur les signes de qualité (AOC, label « *Agriculture biologique...* ») censément attaché au fonds loué, notamment lorsqu'une procédure administrative visant à la déchéance de ce signe, à raison de l'irrespect par le précédent exploitant du cahier des charges, est pendante au moment de la négociation ou s'il cache l'existence d'une pollution qui affecte le bien donné à bail au point qu'il ne puisse être exploité normalement. Quant au locataire, il peut voir sa responsabilité engagée si, par exemple, il ne fait pas savoir à son cocontractant qu'il n'est pas en droit d'exploiter, au regard du contrôle des structures, le bien loué ou si, pour faire allusion à un récent arrêt, il omet de faire savoir qu'il n'est pas agriculteur lors même que cette qualité est requise, par la jurisprudence, pour être lié par un bail rural (26).

3. La promesse de bail

Aussi surprenant cela puisse-t-il paraître, le statut des baux ruraux n'appréhende absolument pas la promesse de bail. Cela n'a pas empêché la jurisprudence de donner effet aux promesses de baux ruraux, pour peu qu'elles fussent suffisamment précises, notamment sur les biens concernés (27). Soit, là encore, un nouvel espace de liberté contractuelle. Il est donc à penser que les dispositions générales, introduites par l'ordonnance de 2016 sur les promesses unilatérales de contrat (28) seront directement et sans nuance applicables aux promesses de baux ruraux, telles l'inefficacité de la révocation pendant le délai d'option et, surtout, la nullité du bail conclu au profit d'un tiers ayant connaissance de la promesse.

4. Le « gommage » des clauses créant un déséquilibre significatif ?

En vertu du nouvel article 1171 du Code civil, « *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. ». C'est assurément là l'une des innovations introduites par l'ordonnance qui a fait couler le plus d'encre doctrinale comme menaçant directement la liberté contractuelle et les déséquilibres qu'elle peut engendrer. Est-elle applicable au bail rural ? Il conviendrait, pour cela, que le bail rural puisse être qualifié de « *contrat d'adhésion* » puisque tel est légalement le champ imparti à ce dispositif de neutralisation de clause. Cette qualification peut être instinctivement tentante sachant, d'une part, qu'il existe souvent dans les faits un rapport de force déséquilibré entre les parties au bail au détriment, le plus souvent (mais pas toujours) du locataire, et d'autre part, que le contenu du bail rural est dicté très largement par la loi et plus encore en présence d'un bail verbal appelant l'application du « *bail type départemental* » (29). Une réponse négative s'impose néanmoins sachant que la loi définit le contrat d'adhésion comme celui dont les conditions générales sont « *déterminées à l'avance par l'une des parties* » (30) et que, comme dit plus haut, c'est la loi (ou les règlements pris pour son application) et non le bailleur qui dicte le contenu du bail rural (même le loyer est encadré par l'administration).

B. L'exécution du bail

Quelques-unes des nouvelles dispositions régissant le droit commun de l'exécution du contrat peuvent trouver à s'appliquer potentiellement au bail rural.

1. La remise en cause du prix pour inexécution

Contrat à exécution successive de très longue durée (au moins 9 et souvent 18 années), le bail rural engendre évidemment des contestations liées à son exécution. Il arrive notamment que le preneur se plaigne de ce que le bailleur ne respecte pas sa part d'obligations (grosses réparations, intrusions sur le bien loué, défaut de délivrance partiel, refus de réaliser les plantations pérennes ...) et soit tenté, en rétorsion, de retenir une partie du loyer. Le statut du fermage ne contenant aucune exception d'inexécution particulière, la jurisprudence a quelquefois admis, sous la bannière – expressément visée ou non – de l'article 1184 du Code civil, la possibilité d'une telle pratique (31). L'ordonnance organise plus précisément que l'article 1184 du Code civil l'exception d'inexécution (32). Dorénavant, l'inexécution commise par le cocontractant doit être « *suffisamment grave* ». Certes, la jurisprudence était empiriquement en ce sens, mais il est préférable que la loi fixe un critère précis. En outre, le locataire serait fondé à « *suspendre son obligation* » de paiement du fermage « *dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour [lui]* » (33). La régularité de cette suspension est toutefois conditionnée par une notification préalable « *dans les meilleurs délais* » au cocontractant défaillant. Dans le prolongement de ce dispositif, la loi permet

au contractant victime de l'exécution partielle de « *solliciter une réduction proportionnelle du prix* » (34). Il est plausible que les preneurs soient encore plus tentés d'user de cette disposition pour prétendre à une réduction du fermage s'ils sont confrontés à un manquement durable du bailleur à ses obligations.

2. La novation par changement de locataire

Très récemment, la Cour de cassation a admis pour la première fois que le bail rural puisse faire l'objet d'une novation par changement de locataire pourvu que le bailleur donne son agrément (35). La novation est désormais régie par les articles 1329 et suivants du Code civil, plus précisément que par le passé. Si, à l'avenir, l'occasion se présente à nouveau pour le juge de connaître de la novation, il fera application du régime nouveau, notamment la possibilité de contractualiser par avance, entre les parties originelles, la novation.

3. La renégociation pour changement de circonstances

Une autre disposition remarquée, car emblématique, de la réforme est celle qui fait accueil à la théorie de l'imprévision. Il ressort en effet de l'article 1195 du Code civil que si un « *changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat* » rend l'exécution de celui-ci « *excessivement onéreuse* », le cocontractant victime de cet événement peut demander à l'autre une « *renégociation* » du contrat pour tenir compte de ce changement. À défaut d'issue amiable, en ce comprise une éventuelle saisie conjointe du juge aux fins d'adaptation du contrat, « *le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

Quelle sera la portée de cette disposition pour les parties à un bail rural ? Un cas de figure, qui vient à l'esprit, doit immédiatement être récusé : celui du locataire qui, victime d'aléas climatiques, voit sa récolte gâtée au point de ne pouvoir payer le fermage. Le statut du fermage règle en effet spécialement cette hypothèse, par un dispositif appelé la « *remise des fermages* » (36). Toujours du côté du locataire, on songe aussi à l'hypothèse d'une chute du cours des produits agricoles susceptible de compromettre le paiement du loyer. Le statut du fermage n'appréhende pas cette question. Il n'est pas pour autant acquis que le preneur puisse se fonder sur elle pour prétendre à une renégociation à la baisse du loyer. D'une part, il ne va pas de soi que des difficultés de paiement, aussi grandes soient-elles, puissent à elles seules caractériser l'excessive onérosité requise par la loi, même si l'hypothèse considérée en l'occurrence se rattache à l'objet du contrat, la vente des produits agricoles étant censée financer les fermages. D'autre part, pour que le dispositif nouveau puisse jouer, il incomberait au locataire de démontrer que cette chute des cours était « *imprévisible* » au moment de la conclusion du contrat. Or, l'actualité récente montre que, dans le cadre d'une économie mondialisée, des variations – à la

29) Article L. 411-4 du Code rural et de la pêche maritime.

30) Nouvel article 1110 du Code civil.

31) Voir par ex., Cass. civ. 3^e, 11 mai 1995, n° 93-18.469.

32) Nouvel article 1219 du Code civil.

33) Nouvel article 1220 du Code civil.

34) Nouvel article 1223 du Code civil.

35) Cass. civ. 3^e, 3 décembre 2015, n° 14-24.471, *RD rur.* 2016, comm. 68, note S. Crevel.

36) Article L. 411-24 du Code rural et de la pêche maritime.

37) Articles L. 411-11 et suivants du Code rural et de la pêche maritime.

hausse ou à la baisse – importantes des cours des denrées agricoles sont à craindre (ou à espérer) à chaque campagne. L'imprévisibilité sera donc difficile à plaider dans ce cas. Enfin, la marge de renégociation ouverte au locataire sera d'autant plus réduite que la loi encadre, par arrêtés préfectoraux interposées, le montant du fermage (37). Une renégociation ne saurait donc, même d'un commun accord entre les parties au bail, aboutir à la fixation d'un fermage en-dessous de la limite basse de la « fourchette » préfectorale. Le bailleur paraît, lui, moins en situation de bénéficier de l'imprévision. Il n'est pourtant pas à exclure totalement qu'il doive faire face à des charges imprévues telles qu'une augmentation de loyer s'imposerait à l'issue d'une renégociation. L'exemple venant à l'esprit est celui de la mise à sa charge, par les pouvoirs publics, d'une obligation de financer une remise aux normes des biens loués qui n'était absolument pas annoncée lors de la conclusion du bail. Mais, la hausse de loyer serait également plafonnée par l'arrêté préfectoral des fermages.

En conclusion, cette analyse prospective invite à un bilan partagé : si, d'un côté, il en ressort que le statut du fermage n'est pas si étanche au droit commun qu'on pourrait le croire, il n'apparaît pas, à la réflexion, que le régime du bail rural doive sortir profondément modifié de la réforme. Les impacts des dispositions nouvelles devraient plutôt se faire jour progressivement, au gré des litiges.

Bien entendu, la liste des conséquences envisagées ci-dessus n'est pas exhaustive et il est possible que d'autres dispositifs introduits par la réforme soient appliqués au bail rural pour peu que le statut n'en dispose autrement (dispositions sur l'exécution forcée en nature, sur la solidarité, sur le paiement...). Il est encore plus à penser que l'importation des dispositions nouvelles dépendra beaucoup de l'état d'esprit du juge du bail rural. Si, comme depuis quelques années, il ambitionne de « normaliser » le statut, le juge sera tenté de faire massivement appel aux ressources du droit commun des contrats et des obligations. Quel que sera l'état d'esprit – pro ou anti statutaire – du juge, le ruraliste ne peut qu'espérer que le recours au droit commun sera toujours précédé d'une réflexion approfondie, pour éviter que l'équilibre – fragile et complexe – du statut n'en soit mise à mal.



La réforme du droit des obligations a-t-elle une influence sur le droit du travail ?

Par les associés du Pôle Social :
Carla Di Fazio Perrin,
Sarah Usunier,

Frédéric Broud,
Alain Ménard,

Et les collaborateurs
du Pôle Social :
Stéphanie Raquillet,
Pauline Barthélémy,
Gladys Annaïmi,
Elise Mialhe,

Laurianne Cunha,
Alessia Aldé,
Guillaume Thuleau,
Maylis Foucaud,
Cabinet Racine

La réforme du droit des contrats conduit à s'interroger sur son impact sur le droit du travail. Rappelons en effet que l'article L. 1221 du Code du travail précise que le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun, démontrant, si besoin est, que le droit civil influence déjà et de manière constante le contrat de travail. Les relations réciproques entre le droit du travail et le droit civil devraient ainsi permettre aux praticiens, bénéficiant d'un nouveau cadre, de rechercher des solutions nouvelles aux problèmes posés. Cela étant, comme l'observait déjà Grégoire Loiseau à propos du projet de réforme (1), le législateur s'est, en grande partie, attaché à codifier la jurisprudence, dont certaines solutions étaient déjà appliquées en matière de droit social. Mieux, le projet semblait même s'inspirer de ce droit, et ce, pour répondre à « *l'aggiornamento* » du droit civil reconnu comme nécessaire (2). Mais les objectifs de la réforme, aboutissement d'un processus de plus de dix ans de travaux, sont également de simplifier et de moderniser le Code civil, afin de le rendre plus lisible et accessible, ainsi que le rappelle le Rapport au Président de la République (3) auquel il sera bon de se référer en l'absence de travaux préparatoires. Il s'agit désormais d'assurer l'attractivité du droit français mais aussi, selon ledit rapport, de préserver les intérêts de la partie la plus faible, principe régissant d'ores et déjà le droit du travail, et de surcroît en s'inspirant du droit de la consommation (4).

A l'heure où le Code du travail peine à se réformer, il est intéressant d'examiner quelques-unes des dispositions qui consacrent la jurisprudence de la Cour de Cassation et des véritables innovations contenues dans la réforme pour analyser le parti que pourra en tirer le droit social. Au tout premier chef, il faut bien entendu évoquer les principes posés par les « *Dispositions liminaires* », spécialement la liberté contractuelle (5), la force obligatoire du contrat (6), et l'exigence de bonne foi (7). Ces principes trouveront application tout au long des rapports contractuels entre un employeur et ses salariés, des négociations à la conclusion, de l'exécution à la rupture de ces derniers, que ce soit dans les rapports individuels comme collectifs. On se concentrera ci-après, de façon plus ponctuelle, sur deux séries de règles, en distinguant la phase de formation du contrat de travail (I) et celle qui concerne son exécution (II).

I. La réforme et la phase de formation du contrat de travail

Deux points méritent en ce domaine une attention toute particulière. Le premier a trait à l'exigence de bonne foi ainsi qu'à son corollaire, le devoir précontractuel d'information (A), et le second à la « *fausse disparition* » de la cause (B).

A. La bonne foi et le devoir précontractuel d'information

Dans son Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, le Gouvernement a entendu prendre les mesures relevant du domaine de la loi pour « *Affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle* ». La bonne foi n'est pourtant pas définie par le Code civil. Cependant en matière de droit du travail, celle-ci est souvent rapprochée des notions de loyauté, de sincérité, de transparence et de discrétion. Si l'ancien article 1134 du Code civil, dont le principe est repris à l'article L. 1222-1 du Code du travail, énonçait que : « *Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi* », le nouvel article 1104, issu de l'ordonnance, prévoit désormais que : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ». Est-ce réellement une nouveauté pour les relations régies par le droit du travail ? La réponse doit être tempérée, car la jurisprudence sociale encadre déjà de longue date, les comportements des parties en phase précontractuelle. En effet, la Chambre sociale de la Cour de cassation impose de manière rigoureuse une exigence de transparence et de loyauté dans le recrutement de la part des employeurs (8). De la même manière, la jurisprudence impose aux candidats d'être loyaux dans les informations portées à la connaissance des recruteurs sur leur *curriculum vitae*. Encore passe-t-elle par le dol, laissant ainsi entendre que la bonne foi n'a pas de réelle autonomie en la matière (9). Le nouvel article 1104 annonce-t-il un affranchissement de l'exigence de bonne foi en ce domaine, de sorte qu'un manquement à celle-ci pourrait être invoqué par l'employeur même en l'absence d'un dol proprement dit ? La piste méritera en tout cas *a minima* d'être exploitée. Par ailleurs, le Code

1) G. Loiseau, Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit du contrat, *JCP S* 2015, 1468.

2) G. Loiseau, art. préc., à propos de l'article 1102, alinéa 2, du projet, dont le libellé n'a toutefois pas été repris par le texte définitif.

3) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

4) V. spéc. le nouvel article 1171 du Code civil.

5) Nouvel article 1102 du Code civil.

6) Nouvel article 1103 du Code civil.

7) Nouvel article 1104 du Code civil.

8) Cass. soc., 17 octobre 1973, n° 72-40.360 ; Cass. soc., 17 mai 1979, n° 78-40.497.

9) Cass. soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912 ; Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-21.521.

10) Article L 5331-3 du Code du travail.

11) Article L.1221-6 du Code du travail.

12) Cass. soc. 11 juillet 2012 n° 11-10.486 : « *L'écrit qui précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction constitue une promesse d'embauche obligeant le promettant envers le bénéficiaire* ».

13) « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu.* »

14) V. supra.

15) Malgré l'existence du décret n° 94-761 du 31 août 1994, les dispositions de cette directive n'ont jamais réellement été transposées en droit interne au motif, selon une réponse ministérielle du 25 avril 1994 (JO 25 avril 1994 N°17 A.N. (Q)), que la délivrance du bulletin de paie et d'une copie de la déclaration préalable à l'embauche suffisait à l'employeur pour respecter les obligations de la directive.

16) De nombreux contrats spéciaux tels que le contrat à durée déterminée, le contrat de travail temporaire ou le contrat à temps partiel, font l'objet d'une obligation d'information spécifique.

17) À titre d'exemple, en cas d'expatriation d'une durée supérieure à un mois, le document d'embauche remis au salarié doit mentionner la durée de l'expatriation, la devise servant au paiement de la rémunération et, le cas échéant, les avantages en espèces et en nature liés à l'expatriation ainsi que les conditions de rapatriement du salarié (article R. 1221-34 du Code du travail).

18) Cité par D. Mazeaud, La cause, in 1804-2004, Le code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 469.

19) Conférence des bâtonniers Assemblée Générale Paris, 25 septembre 2015.

du travail prévoit lui même que l'employeur doit faire preuve de bonne foi dans la formulation de l'annonce de recrutement (10). En outre, les informations demandées au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Le candidat est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations (11). Il faut également rappeler que, lorsque l'employeur a formulé une promesse d'embauche, la rupture de celle-ci s'analyse en un licenciement (12). L'employeur a donc tout intérêt à être de bonne foi dès avant la conclusion du contrat de travail.

L'extension du principe de bonne foi en matière de négociations précontractuelles est davantage apparente au nouvel article 1112 (13) du Code civil, qui sanctionne la faute dans les négociations par la mise en jeu de la responsabilité du négociateur indélicat et donne la possibilité pour la victime de solliciter des dommages et intérêts pour le préjudice qu'elle aurait subi (la perte des avantages attendus du contrat non conclu n'étant en revanche pas indemnisable). Surtout, le nouvel article 1112-1 du Code civil vient entériner, au stade de la négociation, le devoir précontractuel d'information qui était déjà énoncé par la jurisprudence ou dans des textes spéciaux. Il dispose ainsi que « *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* ». Le même article définit ce qu'il faut entendre par « *information dont l'importance est déterminante* » en précisant que ce sont des « *informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* », tout en écartant les informations portant sur « *l'estimation de la valeur de la prestation* ». L'article ajoute que « *Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat [...]* ».

En matière de contrat de travail, le devoir d'information de l'employeur se matérialise, en pratique, par la remise de la lettre d'embauche ou du contrat de travail. Mais il concerne les deux parties. Ainsi, l'employeur pourra sanctionner les salariés ayant dissimulé des éléments essentiels durant les phases de recrutement (sanctions pénales prononcées à leur encontre, clause de non concurrence, diplômes falsifiés, expérience professionnelle mensongère, etc.). Cette possibilité a déjà été validée par la Cour de cassation sur le fondement du dol (14). En pratique, l'employeur doit donc conserver dans le dossier du personnel aux fins de preuve, les informations fournies par les salariés, lors de leur embauche (curriculum vitae, copie des diplômes, etc.). Quant au salarié, il devra bénéficier d'informations dans le cadre de la conclusion de son contrat de travail formalisée par une lettre d'embauche ou un contrat de travail. En quoi, d'une certaine façon, l'article 1112-1 permet de se conformer à l'obligation d'information qui avait été fixée par la directive européenne n° 91-533 du 14 octobre 1991 et qui posait le principe

de la remise à tout travailleur d'un écrit portant sur les éléments essentiels de la relation de travail (15). Toutefois, en pratique, l'intérêt du nouveau texte semble rester mesuré, et ce pour trois raisons principales. Premièrement, lors de l'embauche, la plupart des employeurs et des salariés régularisent un contrat de travail. Deuxièmement, un grand nombre de conventions collectives de branche contraignent d'ores et déjà les employeurs à conclure avec leurs salariés des contrats de travail (ou des avenants d'expatriation) contenant des informations obligatoires. Troisièmement, la loi prévoit un formalisme d'information particulier dans certains cas spéciaux, spécialement s'agissant des contrats de travail qui dérogent au droit commun du contrat à durée indéterminée (16) et de l'expatriation (17).

En somme, à la lumière de ce qui précède, il apparaît que la consécration légale de l'exigence de bonne foi et du devoir précontractuel d'information, si elles ne sont évidemment pas étrangères à la phase de conclusion du contrat de travail, ne sont pas pour autant de nature à en bouleverser la donne.

B. La fausse disparition de la cause : on s'en cause ?

1. Cause m'en encore et encore plus

L'ordonnance du 10 février 2016 ne fait plus référence à la cause parmi les conditions de formation du contrat. Ainsi le nouvel article 1128 du Code civil ne vise-t-il plus que trois conditions de validité : « *1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain* ». Cette disparition est principalement motivée par des objectifs d'attractivité et d'efficacité du droit français puisque la cause était perçue comme une notion très difficile à appréhender (dichotomie cause objective/subjective, sanction polymorphe du défaut de cause). En témoigne la célèbre boutade d'André Rouast : « *Si vous avez compris la cause, c'est qu'on vous l'a mal expliquée !* » (18). S'ajoute que ladite théorie était inconnue de bien d'autres systèmes juridiques, comme par exemple le droit allemand. Pour autant, les applications contemporaines de la cause semblent être conservées sous d'autres dénominations dans le texte issu de la réforme. Bref, c'est un peu « *cause toujours* » (19) ! Ainsi, le nouvel article 1162 du Code civil dispose-t-il : « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». Il rejoint donc l'interdiction de conclure des contrats ayant une cause subjective illicite, la notion de cause étant ici remplacée par celle de but. Semblablement, le nouvel article 1170 précise que « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Il consacre ainsi la jurisprudence Chronopost et ses suites (20) en permettant au juge de neutraliser des clauses qui lui apparaissent contrevenir à l'obligation essentielle du débiteur. Enfin, il résulte du nouvel article 1169 qu'« *Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment*



de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. ». Ce texte reprend donc l'exigence, à peine de nullité du contrat, d'une cause objective (et donc d'une contrepartie) à l'obligation du débiteur. Mieux, il pose une exigence distincte, tenant à ce que la contrepartie convenue ne doit pas être illusoire, et laisse ainsi entendre qu'un contrat pourrait être annulé pour « illusion » alors même que cette contrepartie ne serait pas dérisoire (21). Enfin, le nouvel article 1171 permet aux juges de réputer non écrite toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les parties dans les contrats d'adhésion. Il précise toutefois 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 quoi il doit être rapproché du nouvel article 1168, aux termes duquel « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ».

2. Et en droit du travail ? Rien de nouveau sous le soleil, la cause est perdue d'avance !

L'absence de référence à la cause dans la nouvelle rédaction de l'article 1128 du Code civil est-elle susceptible d'avoir des conséquences pratiques sur le contrat de travail ? Il semble que non. Outre le fait que la notion de cause, si elle « quitte » le Code civil, y réapparaît de manière sous jacente à de multiples reprises, le juge intervient pour censurer ou interpréter le contrat de travail grâce à des fondements juridiques qui ne semblent pas affectés par les modifications du Code. S'agissant du contrat de travail, c'est essentiellement dans le cadre de l'appréciation de clauses limitant la capacité d'action du salarié que le juge est amené à réaliser son contrôle. Son office consiste à vérifier si un équilibre existe entre l'intérêt légitime de l'entreprise et la limitation apportée à la liberté du salarié. À cet égard, le juge utilise notamment le principe de la liberté du travail, principe auquel la Cour de cassation reconnaît une valeur constitutionnelle et sur la base duquel peuvent donc être invalidées des clauses de non-concurrence ou des clauses d'exclusivité (22). Ainsi, sur ce fondement, pour apprécier la validité d'une clause de non-concurrence, les juges contrôlent, au cas par cas, l'équilibre entre la contrepartie financière due au salarié et les restrictions de la clause (durée, périmètre, champ d'application) (23), ce qui évoque la théorie de la cause. De même, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, édictant le droit pour tout salarié de choisir librement son domicile familial et personnel, la Cour de cassation a jugé que la clause de mobilité devait être (i) indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, (ii) proportionnée au but recherché, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé et (iii) justifiée par la nature de la tâche à accomplir (24).

Mais, comme il a été rappelé, la notion de contrat d'adhésion fait son entrée dans le Code civil. Le

nouvel article 1110, alinéa 2, la définit dans les termes suivants : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties. » Deux conséquences s'attachent, pour l'instant, à la reconnaissance d'un tel contrat. L'une a trait à l'interprétation du contrat : dans le doute, celle-ci doit s'opérer en faveur de « l'adhérent » (25). L'autre concerne ce qu'il est convenu d'appeler les « clauses abusives » : toute clause créant, dans un contrat d'adhésion, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite (26). Le contrat de travail étant soumis aux règles de droit commun (27), la question se pose naturellement de savoir si le contrat de travail conclu entre un salarié et un employeur peut recevoir la qualification de contrat d'adhésion avec les conséquences juridiques qui s'y attachent. L'enjeu n'est pas neutre. Il y a bien, en droit du travail, un principe selon lequel « le doute profite au salarié » quant à l'interprétation du contrat de travail. Mais, en l'état actuel, le Code du travail limite l'application de ce principe à quatre cas précis à savoir la contestation de la cause réelle et sérieuse de licenciement (28), la contestation d'une sanction disciplinaire (29), le litige lié à l'état de grossesse (30) ou portant sur l'appréciation du caractère abusif d'une démission (31). En outre et surtout, la reconnaissance d'un contrat d'adhésion permettrait au juge de déclarer non écrites des clauses créant un déséquilibre significatif à l'encontre du salarié. Alors, qu'en est-il ? On sait qu'en pratique, le contrat de travail est établi par l'employeur et bien souvent standardisé au sein de l'entreprise. En quoi l'on se rapproche de la notion de contrat d'adhésion. Toutefois, il faut d'emblée réserver la situation des salariés à forte technicité, qui sont concrètement en position de négocier les termes de leur contrat de travail, le cas échéant assistés de leur conseil. Pour ceux-là, la qualification de contrat d'adhésion n'apparaît clairement pas adaptée. En outre et de façon plus générale, le contrat de travail est, comme on le sait, soumis aux dispositions impératives du Code du travail et de la convention collective applicable à l'employeur, lesquelles visent d'ailleurs précisément à protéger le salarié et laissent peu de place à la stipulation de clauses déséquilibrées. Pour l'essentiel, donc, le contenu du contrat de travail n'est ni unilatéralement ni librement déterminé par l'employeur. La marge de manœuvre réelle de ce dernier est au contraire limitée et consiste éventuellement à faire figurer au contrat de travail certaines clauses annexes telles que les clauses de non-concurrence, de mobilité ou d'exclusivité. Ces clauses accessoires du contrat de travail pourraient-elles, dès lors qu'elles ne sont pas négociées avec le salarié, constituer l'équivalent de « conditions générales » visées par l'article 1110, alinéa 2, du Code civil et ainsi militer en faveur de la qualification du contrat de travail en contrat d'adhésion ? Le doute est permis, sachant que ce texte semble subordonner la reconnaissance d'un contrat d'adhésion au fait que l'ensemble des conditions générales aient été déterminées à l'avance par une partie. Du reste, la Chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas

20) V. not : Cass. com., 22 octobre 1996 n° 93-18.632 ; Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841.

21) V. spéc. Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 1996, n° 94-14.800. V. A. Hontebeyrie, Article 1167 : la contrepartie illusoire ou dérisoire, *Rev. des contrats* septembre 2015, p. 757.

22) Cass. soc., 19 novembre 1996, n° 94-19.404.

23) V. Cass. soc., 18 septembre 2002, n° 00-42.904.

24) Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40.755.

25) Nouvel article 1190 du Code civil.

26) Nouvel article 1171, alinéa 1, du Code civil.

27) Article L. 1221-1 du Code du travail.

28) Article L. 1235-1 du Code du travail.

29) Article L. 1333-1 du Code du travail.

30) Article L. 1225-3 du Code du travail.

31) Article L. 1237-2 du Code du travail.

32) Notamment les dispositions de l'article L. 1121-1 du Code du travail aux termes desquelles « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

33) Rapp., à propos des contrats d'affaires ; Ph. Stoffel-Munck, La résiliation pour imprévision, *AJCA* 2015, p. 262.

attendu la consécration du contrat d'adhésion en droit civil pour poser des règles qui permettent de longue date aux juges du fond d'apprécier l'équilibre de ces clauses – par exemple, comme on l'a vu, en subordonnant la validité d'une clause de non-concurrence au versement d'une contrepartie financière proportionnée à l'atteinte portée à la liberté du travail du salarié. Il y a donc lieu de croire que les juridictions du travail ne modifieront pas leur pratique et choisiront de continuer à se fonder sur les grands principes protecteurs propres au Code du travail (32) plutôt que sur les nouvelles règles civilistes. Au final, le mieux étant l'ennemi du bien, on pourrait même se demander si la tentation de qualifier le contrat de travail de contrat d'adhésion et de procéder à une lecture littérale de l'article 1171 du Code civil ne pourrait pas avoir pour effet d'empêcher le juge d'intervenir pour corriger un déséquilibre concernant l'adéquation du prix à la prestation (à titre d'exemple, contrepartie financière de la clause de non-concurrence) ! Cela est peu probable. D'abord, il n'est pas interdit de rapprocher l'exigence d'un intérêt légitime de l'entreprise aux conditions de licéité et de certitude posées par le nouvel article 1128. Ensuite et surtout, comme cela vient d'être rappelé, les fondements utilisés en la matière ont bien souvent une valeur supra-législative.

II. La réforme et la phase d'exécution du contrat de travail

S'agissant de la phase d'exécution du contrat de travail, le travailleur est principalement interpellé par ces deux innovations que sont la consécration de la théorie dite de « *l'imprévision* » (A) et l'instauration d'un régime légal dédié à la cession de contrat (B).

A. Imprévision et contrat de travail

Le nouvel article 1195 du Code civil dispose : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. / En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ». Le texte consacré par l'ordonnance prévoit ainsi, sous certaines conditions, des mécanismes de révision et de résolution du contrat pour imprévision, par la voie de la négociation amiable entre les parties ou, à défaut, par la décision du juge, saisi conjointement, voire, en dernier recours, à l'initiative d'une seule des parties. Qu'en est-il de ce nouveau dispositif en matière de contrat de travail ? La condition tenant à l'excessive onérosité

conduit d'abord à s'interroger sur le point de savoir si l'application de l'article 1195 bénéficierait uniquement à l'employeur, débiteur du versement d'une somme d'argent au bénéfice du salarié, ou si, dans le cadre d'une interprétation extensive de ce critère, ce dernier pourrait également s'en prévaloir dans l'hypothèse où son intérêt dans le contrat diminuerait (33). Cela semble peu probable. En effet, le salarié bénéficie de « garde-fous » légaux et conventionnels s'agissant de sa durée du travail et de sa rémunération, si bien qu'on l'imagine difficilement pouvoir parvenir à démontrer une onérosité excessive. Une remarque approchante s'impose à propos de l'employeur. Une entreprise *in bonis* et employant de nombreux salariés éprouvera en effet des difficultés à démontrer que l'exécution d'un seul contrat de travail lui est excessivement onéreuse. En revanche, la donne pourrait être différente en présence d'une entreprise en difficulté ou dont l'effectif serait réduit. Il reste que les changements de circonstances que peut rencontrer l'employeur sont généralement liés à la vie des affaires et au risque d'entreprise, ce qui pose donc la question de leur imprévisibilité.

De surcroît, l'employeur dispose déjà d'un mécanisme lui permettant de réviser le contrat de travail ou de le rompre sans devoir démontrer que, suite à un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat, l'exécution de ce dernier lui est d'une excessive onérosité : la procédure de modification du contrat de travail pour motif économique. Cette procédure, qui peut aussi bien être individuelle que collective, soit menée à l'égard d'un seul ou de plusieurs salariés, est subordonnée à la démonstration d'un motif économique, pouvant consister en des difficultés économiques, des mutations technologiques, la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ou la cessation d'activité de l'entreprise, entraînant la nécessité de modifier un ou plusieurs contrats de travail. Elle est prévue à l'article L 1222-6 du Code du travail. Elle débute par une proposition de révision du contrat faite au salarié, qui bénéficie d'un délai de réflexion d'un mois – quinze jours si l'entreprise est en redressement ou en liquidation judiciaire – au terme duquel, en cas d'acceptation ou en l'absence de réponse du salarié, le contrat de travail se poursuit aux nouvelles conditions ou, en cas de refus exprès, le salarié peut être licencié pour motif économique selon la procédure adéquate. Si l'on retrouve ici la phase de tentative de règlement amiable préalable de la difficulté, cette dernière est encadrée par un délai préfix, tandis que l'article 1195 fait uniquement référence à un « *délai raisonnable* ». En outre, à son terme, l'employeur dispose de la faculté de mettre fin au contrat sans qu'une intervention du juge soit nécessaire, et selon une procédure et un accompagnement au bénéfice du salarié déterminé, alors que l'article 1195 confère au juge le pouvoir de réviser le contrat ou d'y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe. La procédure de modification du contrat de travail pour motif économique est ainsi plus souple, dans ses conditions et dans ses effets, que celle de l'article 1195, mais également plus protectrice pour le salarié. Il est donc probable



qu'elle s'appliquera à l'exclusion du mécanisme prévu par l'article 1195, notamment par l'effet du principe voulant que le spécial déroge au général (34). L'intérêt de l'article 1195 devra toutefois être étudié au regard des conventions et accords collectifs de travail, non exclus de son champ d'application et pour lesquels il pourrait présenter plus d'intérêt.

B. La cession du contrat de travail

L'hypothèse de la cession des contrats de travail en cas de modification de la situation juridique de l'employeur est prévue par les dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Néanmoins, si l'application volontaire de cet article est admise par la jurisprudence de la Cour de cassation, certaines situations pratiques ne sont pas appréhendées par le Code du travail : c'est notamment le cas de la mobilité intra-groupe des salariés. La difficulté est alors de savoir quel schéma juridique il convient d'appliquer dans cette configuration, les juges eux-mêmes ayant fait montre d'une certaine hésitation. Ainsi, dans un arrêt du 15 octobre 2014 (35), la Cour de cassation a jugé qu'il résulte de la combinaison des articles L. 1231-1 et L. 1237-11 du Code du travail que « *sauf dispositions légales contraires, la rupture du contrat de travail par accord des parties ne peut intervenir que dans les conditions prévues par le second relatif à la rupture conventionnelle. Si [la convention de rupture] signée par les parties ne satisfait pas aux exigences de l'article L. 1237-11 du code du travail, [...] la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse* ».

Puis, le 8 juin 2016, elle est venue préciser que la rupture conventionnelle n'était pas applicable à une convention tripartite conclue entre un salarié et deux employeurs successifs, la convention tripartite ayant en effet pour objet d'organiser non pas la

rupture du contrat mais sa poursuite (36). Dans cet arrêt, la Cour n'a cependant pas juridiquement qualifié la convention tripartite. Comme le précise Fanélie Ducloz, conseiller référendaire à la Chambre sociale de la Cour, « *Si certains arrêts se réfèrent à la notion de novation du contrat de travail, il y a lieu d'observer que le Code civil ne connaît que la novation de l'obligation* » (37). La réforme confirme d'ailleurs apparemment ce point de vue, en ce qu'elle définit la novation comme « *un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée* » (38).

Quoi qu'il en soit, le nouvel article 1216 du Code civil prévoit désormais 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* ». La question de la rupture du contrat de travail pourrait donc ne plus se poser. En effet, la cession exprime parfaitement l'objet de l'accord qui est de transférer l'ancienne relation contractuelle à un nouvel employeur et sécuriser, en conséquence, le processus de transfert du salarié, tout en permettant à ce dernier de conserver le bénéfice des avantages acquis au service de son employeur précédent (39). C'est en effet la finalité même de l'opération que de permettre la survie du contrat. On peut donc se demander si cet instrument juridique n'est pas, en définitive, le plus adapté en l'occurrence. L'article 1216 décrit cette opération qui suppose le consentement des trois protagonistes, comme dans le cadre de la convention tripartite. La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité. Par ailleurs, il est précisé que l'accord du cédé peut être donné par avance dans le contrat conclu. Une telle clause aboutirait alors à organiser à l'avance une mobilité intra-groupe des salariés. Il semble cependant peu probable que la Cour de cassation admette la licéité d'une telle clause, aujourd'hui prohibée.

34) Rappr. le nouvel article 1105, alinéa 3, du Code civil.

35) Cass. soc., 15 octobre 2014, n° 11-22.251.

36) Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-17.555.

37) Liaisons sociales quotidien, actualité du 13 juin 2016.

38) Nouvel article 1329, alinéa 1, du Code civil.

39) L. Aynès, La cession de contrat, *Droit et pat.* juil.-août 2016, p. 63 – à propos du projet de réforme – qui juge toutefois trompeuse la notion de cession en tant qu'elle laisse entendre que le contrat serait une chose. Du même auteur : La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, *Economica*, 1984, préf. Ph. Malaurie.

La théorie de l'imprévision introduite par la réforme du droit des obligations est-elle d'inspiration publiciste ?

Damien Richard,
Avocat associé,
Cabinet Racine

1) Cass. civ., 6 mars 1876, Commune de Pélissanne c./ Marquis de Galliffet, dit arrêt « Canal de Craponne ».

2) V. not. Cass. com., 3 novembre 1992, n° 90-18.547 ; Cass. com., 24 novembre 1998, n° 96-18.357.

3) V. p. ex. F. Buy et C.-A. Dubreuil, Regards croisés droit public / droit privé : Théorie de l'imprévision, parle-t-on de la même chose ?, JCP A 2014, 2295.

4) CE, 30 mars 1916, n° 59928, Cie générale éclairage Bordeaux, Rec. Lebon p. 125, dit arrêt « Gaz de Bordeaux ».

5) Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

6) CE, 30 juillet 2003, n° 223445, Commune de Lens : JurisData n° 2003-065732, Rec. Lebon 2003, tables, p. 863.

Le refus catégorique du juge judiciaire de reconnaître la théorie de l'imprévision (1), quoiqu'un peu un recul à compter de la fin du XX^e siècle (2), a longtemps été un point de divergence important entre la juridiction civile et la juridiction administrative ainsi qu'une source de questionnement pour la doctrine (3). Ceci d'autant que les motivations respectives des deux ordres de juridictions semblaient parfaitement évidentes... bien que contradictoires. Dans son arrêt « Canal de Craponne » de 1876, la Cour de cassation jugeait que « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ». Les conventions tenant lieu de loi entre les parties, le juge ne pouvait ni ne devait porter atteinte à la règle convenue ; il en allait ainsi de la liberté contractuelle. Or, dans un autre arrêt célèbre, rendu en 1916, le Conseil d'État, prenant le contrepied de la Cour de cassation, jugeait qu'il « serait tout à fait excessif d'admettre qu'il y a lieu à l'application pure et simple du cahier des charges comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinaire de l'entreprise ; qu'il importe au contraire, de rechercher pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tienne compte tout à la fois de l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la compagnie à l'aide de tous ses moyens de production, et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale. Qu'à cet effet, il convient de décider, d'une part, que la compagnie est tenue d'assurer le service concédé et, d'autre part, qu'elle doit supporter seulement au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge » (4). Ici, l'intérêt général attaché à la continuité du service public supposait qu'on ne laisse pas l'entreprise seule face à une situation (la guerre) qui interdisait l'application normale du contrat. Il en allait ainsi de la continuité du service public, mais aussi, il faut le dire, de la conscience par le juge des pouvoirs exorbitants propre à la personne publique qui conduisait déjà à relativiser le dogme de l'équilibre contractuel spontané.

du droit des contrats (5) semble réconcilier ces deux visions en introduisant l'article 1195 du Code civil qui disposera, à compter du 1^{er} octobre 2016, que « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. / En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. ».

La formulation retenue pour la rédaction du nouvel article 1195 du Code civil semble familière aux publicistes. Le principe de l'imprévision et ses caractéristiques ici fléchées par le législateur recourent les éléments essentiels dégagés par la jurisprudence administrative depuis l'arrêt « Gaz de Bordeaux ». On peut dès lors prédire que le juge civil, à l'instar du juge administratif, appliquera très rarement la théorie de l'imprévision. On relèvera cependant qu'un nombre significatif de jurisprudences administratives font application de la notion de sujétions imprévues, qui sont « des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution du marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties » (6), ouvrant droit à rémunération supplémentaire. Les sujétions techniques en marchés publics reposent sur une logique juridique proche de la théorie de l'imprévision. Une lecture plus attentive du texte et de ses origines conduit toutefois à mettre en évidence des différences fondamentales qui tiennent à l'attachement viscéral du droit civil des obligations à la liberté des parties et à l'intangibilité du contrat, alors que le droit public, étant historiquement celui des décisions unilatérales, est naturellement plus méfiant à l'égard du contrat... De fait, si l'imprévision du Code civil et celle du droit public partagent des ressorts communs (I), elles reposent néanmoins sur des causes et des méthodes radicalement différentes (II).

L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme



I. Le nouvel article 1195 du Code civil et la théorie de l'imprévision en droit public : des ressorts communs

L'article 1195 du Code civil et la théorie jurisprudentielle de l'imprévision en droit public reposent sur le même raisonnement intellectuel : une partie ne peut être tenue d'assumer une contrainte imprévisible, et donc non gérée contractuellement, qui rend insupportable l'exécution du contrat. Les conditions de reconnaissance de cette imprévision sont donc similaires, en théorie du moins car il faudra attendre pour connaître la pratique du juge judiciaire, même si les termes divergent sur des points de détails.

Il faut tout d'abord « *un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat* ». Cela suppose une évolution des conditions d'exécution du contrat qui, non seulement, n'a pas été prévue, mais, surtout, ne pouvait raisonnablement pas être anticipée par les parties. Le terme « *changement de circonstances* » est suffisamment large pour accueillir les modifications réglementaires, les événements politiques, les fluctuations monétaires ou encore les évolutions de coûts des matières premières notamment. Pourrait-il inclure les changements de circonstances purement factuelles, par exemple la découverte d'une contrainte technique exceptionnelle et imprévisible ? Le juge administratif recherche quant à lui s'il s'est produit un fait imprévisible, extérieur aux parties, qui produit un aléa économique sur l'exécution du contrat. Si l'envolée des prix du charbon et du gaz, consécutifs à la Première Guerre mondiale avait conduit le Conseil d'État à inaugurer cette théorie (7), celle-ci a ensuite été retenue pour des grèves générales (8), une pollution majeure et extérieure aux parties (9), une dévaluation (10) ou, plus simplement, une forte et imprévisible fluctuation de la monnaie (11). Le caractère imprévisible peut concerner soit le changement de circonstances lui-même, soit l'ampleur de cette évolution. C'est ce qu'a jugé le Conseil d'État dans un arrêt « Ville d'Avignon », rendu le 22 février 1963 (12). Le caractère imprévisible s'apprécie par ailleurs à la date de conclusion du contrat ou, plus précisément, à la date à laquelle l'engagement est devenu définitif. Ainsi, dans le cadre d'un appel d'offres, la date à laquelle s'appréciera le caractère imprévisible sera celle de la remise de l'offre dès lors que celle-ci engage définitivement l'entreprise pour une durée comprise le plus souvent entre 60 et 180 jours (13). *Mutatis mutandis*, le même raisonnement devrait être retenu pour l'application de l'article 1195 dès lors que l'on sait que l'engagement contractuel définitif peut précéder la signature du contrat, dont la formation ne suppose en principe que l'accord des parties (14).

La question se pose également pour les renouvellements de contrats. La doctrine a pu s'interroger sur l'attitude du juge civil dans ce

cas (15), en relevant de manière pragmatique que les cocontractants sont le plus souvent moins rigoureux que lors de la signature initiale. Pour le juge administratif, les parties ne sauraient évoquer une moindre vigilance en cas de renouvellement ; c'est bien la date de conclusion de l'avenant qui est à considérer (16).

Le changement de circonstances doit ensuite entraîner « *une exécution excessivement onéreuse* », ce qui apparaît tout à fait comparable à l'exigence de « bouleversement économique » posée par le juge administratif (17). Dans les deux cas, il y a une évidente subjectivité et deux raisonnements possibles. Le caractère excessif ou bouleversant s'exprime-t-il en pourcentage normalisé du contrat, comme le relève par exemple le décret du 25 mars 2016 sur les marchés publics (18), à l'instar d'une circulaire du 20 novembre 1974 (19), ou bien en considérant la marge nette de l'entreprise, comme l'a jugé un tribunal administratif (20) ? On peut imaginer que le juge civil, plus familiarisé avec le monde des affaires, optera pour une approche concrète du seuil d'excessivité en appréciant l'équilibre économique du contrat.

Si ces similitudes sur le papier se confirment dans la pratique judiciaire, il faut considérer que l'imprévision sera peu souvent reconnue. En effet, cent ans après la jurisprudence « *Gaz de Bordeaux* », les décisions faisant application de la théorie de l'imprévision sont rares. Soit le juge administratif considère que les parties étaient en capacité de prévoir le changement de circonstances, soit les clauses de révisions de prix ou, plus globalement, celles prévoyant un ajustement automatique du contrat parent à tout bouleversement économique... La responsabilité sans faute consécutive à la rencontre par le cocontractant de l'administration de sujétions techniques imprévues, dont nous avons vu qu'elle était parente de la théorie de l'imprévision, connaît en revanche quelques applications (21), mais elles restent peu fréquentes.

II. Le nouvel article 1195 du Code civil et la théorie de l'imprévision en droit public : des causes et des méthodes radicalement différentes

La décision « *Gaz de Bordeaux* » reposait moins sur l'équité ou sur une exigence moderne d'équilibre des obligations contractuelles que sur l'intérêt du service public. Pour que le service public soit assuré, il fallait que l'entreprise concessionnaire survive ! C'est pour cela que la théorie de l'imprévision consacrée par le juge administratif conduit non pas à une résiliation du contrat, mais bien seulement à l'indemnisation partielle du cocontractant de l'administration. L'objectif poursuivi par le Conseil d'État lors de cette création prétorienne était de mettre en place un mécanisme, exclusivement dédié au concessionnaire qui était engagé sur le long terme, permettant d'amortir les chocs économiques

7) Arrêt « *Gaz de Bordeaux* », préc. ; depuis, le même raisonnement a été retenu pour la hausse du coût de l'essence dans les années 2000 par la Cour administrative d'appel de Marseille (17 janvier 2008, n° 05MA00492, Société Altagna).

8) CE, 11 décembre 1957, Ministre de la Défense c./ Sieur Berthas, Rec. Lebon p. 671.

9) CE, 14 juin 2000, n° 184722, Commune de Staffelfelden, JurisData n° 2000-060670, n° 184722, Rec. Lebon p. 227.

10) CE, 23 novembre 1956, Hérel, Rec. Lebon p. 448.

11) CAA Bordeaux, 7 octobre 2004, n° 00BX01699, Société Ateliers CMR – dans ce dernier cas, l'ampleur de la variation était insuffisante pour entraîner un bouleversement du contrat.

12) Rec. Lebon, p. 115.

13) CE, 19 février 1992, n° 47265, Société Dragages et travaux publics, Rec. Lebon, tables p. 1108 et 1109.

14) V. le nouvel article 1172, alinéa 1, du Code civil.

15) Ph. Stoffel-Munck, L'imprévision et la réforme des effets du contrat, RDC n° hors série avril 2016, p. 30.

16) CE, 19 octobre 1966, Société les Viviers de Saint-Malo, Rec. Lebon p. 1020 et CAA Marseille 17 janvier 2008 préc.

17) Comp. R. de Moustier, Ordonnance portant réforme du droit des contrats : observations générales du point de vue publiciste, JCP A 2016, 2054, pour qui la notion civiliste semble moins exigeante que celle du droit public.

18) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics – article 139.

19) Circulaire du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible et de leurs charges économiques (application de la théorie de l'imprévision).

20) TA Rennes, 11 avril 1973, Etablissement Martin Séries, Rec. Lebon p. 780.

21) Voir par exemple, CAA Bordeaux, 11 Juin 2014, n° 12BX01024, Société SBTPC : JurisData n° 2014-016402.

22) Cela n'a évidemment pas échappé à la Chancellerie dans le cadre de la réforme : v. G. Meunier et C. De Cabarrus, Réforme du droit des obligations : à suivre..., *Bull. jurid. contrats publics*, mars-avril 2016, p. 97.

23) TA Marseille, 31 mars 2016, n° 1204720, « Société Faurie contre Commune de Vitrolles ».

24) Article 6:111.

imprévisibles. Mais il n'est pas prévu, sauf accord des parties, de modifier le contrat. La théorie de l'imprévision n'a qu'un but protecteur et il n'est pas douteux que cette protection vise plutôt le service public que l'entreprise (22).

À l'inverse, l'article 1195 du Code civil, inspiré des Principes du droit européen des contrats (PDEC) et des Principes Unidroit, semble fondé sur l'obligation de négociation et d'exécution de bonne foi des obligations contractuelles. Il s'agit bien de corriger un déséquilibre contractuel non supportable, né d'un événement imprévisible. Dès lors, l'article 1195 peut être invoqué par chacune des parties. D'une certaine manière, le juge administratif a créé ce mécanisme indemnitaire pour tenir compte des pouvoirs exorbitants de droit commun de l'administration, tandis que le législateur vise par l'article 1195 du Code civil à préserver un certain équilibre des cocontractants. Cet objectif d'équilibre se retrouve dans l'indemnisation des sujétions imprévues rencontrées dans un marché public, notamment lorsque sont indemnisées les exceptionnelles conséquences financières de contraintes de sol qui, faute d'information apportée par le maître d'ouvrage public et face à l'impossibilité de réaliser des sondages dans le délai de réponse à un appel d'offres, demeureraient imprévisibles pour le titulaire du contrat (23).

Dans la méthode et les pouvoirs offerts aux juges, les deux mécanismes diffèrent assez radicalement. Le recours au juge judiciaire suppose tout d'abord impérativement l'échec d'une négociation. Ensuite, si l'on suit la rédaction – pas forcément très claire – de l'article 1195, il faut d'une part un désaccord sur l'adaptation du contrat, puis d'autre part un second blocage quant à la résolution et à la saisine d'un juge pour que, à l'issue d'un délai raisonnable, l'une ou l'autre des parties puisse demander seule au juge de réviser ou de mettre fin au contrat, à la date et aux conditions que ce dernier fixera. Ainsi, alors que la négociation est toujours la solution privilégiée, ici l'article 1195 en fait un préalable indispensable, contrairement au droit public. Et l'on peut s'interroger sur le contrôle du juge sur cette phase liminaire. Quel sera le délai raisonnable ? Ce délai peut-il être court si l'une des parties manifeste une vraie réticence à la négociation ? Peut-on, enfin, imaginer une action en deux temps avec un juge qui trancherait le caractère imprévisible et excessivement onéreux du changement de circonstances avant de renvoyer les parties à la négociation avec, implicitement, une obligation de résultat ?

Mais c'est surtout sur les pouvoirs donnés au juge que les deux approches s'opposent. Si le juge administratif peut octroyer une indemnité, il ne peut ni modifier le contrat ni *a fortiori* le résilier. Le juge administratif dit ici le droit : le cocontractant subit-il un préjudice tel que les conditions d'une responsabilité sans faute de l'administration soient réunies ? Il laisse ensuite aux parties le soin de tirer les conséquences de sa décision et, le cas échéant, de modifier le contrat pour ne pas revenir devant lui si un nouveau préjudice se faisait jour. Au visa de l'article 1195 du Code civil, le juge judiciaire a, au contraire, les plus larges pouvoirs. Il peut modifier les clauses contractuelles et même mettre fin au contrat. Sa décision semble ne pas connaître de limite, contrairement à ce qui est prévu dans les PDEC qui assignent au juge l'objectif de redistribuer équitablement les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances et restreignent donc son pouvoir de modification aux seules clauses financières (24).

Le publiciste s'étonnera de l'étendue des pouvoirs conférés au juge du contrat qui peut alors se substituer aux parties et régler la situation pour l'avenir, au risque de ne pas prévoir le futur changement de circonstances. Il verrait, si le juge administratif faisait usage de ces pouvoirs, le risque d'un « gouvernement des juges » qui reste un repoussoir puissant. Et il remarquera que le juge judiciaire se voit confier une mission qui n'est plus strictement de dire le droit, mais de créer l'équité. Le privatiste répondra sans doute que le juge judiciaire et la doctrine civiliste vénèrent bien trop la liberté contractuelle et l'intangibilité du contrat pour que l'article 1195 trouve réellement à s'appliquer. Il est vrai que le texte est supplétif : les parties pourront l'écarter en précisant que la partie exposée à un changement de circonstances accepte, par avance, d'en assumer toutes les conséquences. Il suppose également l'échec de la négociation et les pouvoirs du juge sont tels qu'ils devraient inciter les parties à trouver un accord plutôt que de remettre leur sort entre les mains d'une juridiction qui, malgré tous ses efforts, ne sera pas toujours en mesure de réviser le contrat dans des conditions satisfaisantes.

L'étude de la jurisprudence à venir nous dira si l'article 1195 est un outil d'équité, un épouvantail théorique ou bien, comme il se pratique en droit public, un correctif rarissime à des conséquences juridiques nées d'une situation extraordinaire.



Quelle évolution de l'office du juge dans la réforme du droit des obligations ?

Emmanuel Laverrière,
Avocat associé,
Cabinet Racine

L'attractivité économique du droit français est l'un des objectifs majeurs de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général des obligations et de la preuve. Au nom de cette attractivité, le Rapport au Président de la République accompagnant cette ordonnance précise qu'elle offre « *aux contractants de nouvelles prérogatives leur permettant de prévenir le contentieux ou de le résoudre sans nécessairement recourir au juge (faculté de résolution unilatérale par voie de notification, exception d'inexécution, faculté d'accepter une prestation imparfaite contre une réduction du prix)* ». La jurisprudence y est qualifiée « *par essence fluctuante, voire incertaine* » et considérée par les acteurs économiques, dit le Rapport, comme « *difficilement accessible et complexe dans son appréhension* ».

La genèse de la réforme semble ainsi marquée par une défiance à l'égard du juge et, inversement, par la volonté de renforcer la liberté contractuelle proclamée par le nouvel article 1102 du Code civil au sein des dispositions liminaires d'un régime juridique annoncé comme supplétif de volonté, sauf dispositions contraires (1). Une telle vision de la réforme est sans doute excessive. En effet, si l'office du juge apparaît en recul, notamment en ce qui concerne l'inexécution du contrat (I), son rôle est renforcé par la pluralité des standards que le législateur laisse à son appréciation à toutes les étapes de la vie du contrat (II).

I. Le recul apparent de l'office du juge en cas d'inexécution contractuelle

La réforme confère à la partie qui s'estime victime d'une inexécution contractuelle la prérogative de décider unilatéralement de la sanction qui lui paraît la plus adaptée à cette inexécution. Qu'il s'agisse de l'exception d'inexécution (A) ou de la résolution unilatérale du contrat (B), l'intervention du juge s'opérera *a posteriori*.

A. L'exception d'inexécution

Le nouvel article 1219 du Code civil permet à une partie contractante de ne pas exécuter sa propre obligation si l'autre partie n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est « *suffisamment grave* ». La solution n'est pas nouvelle. Le Code civil la prévoit dans certains contrats spéciaux (2) et la jurisprudence

l'a étendue à tout type de relations contractuelles. L'innovation majeure réside dans l'exception d'inexécution par anticipation prévue au nouvel article 1220 (3). Celle-ci permet à un créancier, alors même que l'inexécution n'est pas encore avérée, faute d'exigibilité de sa créance, de suspendre l'exécution de sa propre obligation « *dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle* ». La loi n'exige pas du créancier de formalité préalable à sa décision de suspendre l'exécution de sa propre obligation. Seul lui est imposé de notifier cette suspension « *dans les meilleurs délais* ». Cette prérogative, qui ressemble fort à un moyen de justice privée, devrait donner lieu à un abondant contentieux quant à l'appréciation des conditions du caractère « manifeste » d'une inexécution future et quant à l'appréciation des conséquences « suffisamment graves » de cette inexécution. La partie à laquelle sera opposée l'exception d'inexécution pourra également répliquer en poursuivant en justice l'exécution forcée en nature de l'obligation suspendue par son contractant, ainsi que le prévoit le nouvel article 1217 du Code civil.

Le droit des entreprises en difficultés constituera, à n'en pas douter, l'un des terrains d'élection de ce contentieux. En effet, la suspension unilatérale d'un marché vital pour une entreprise risque d'engendrer des difficultés économiques et financières de nature à placer cette entreprise en procédure de sauvegarde, en redressement judiciaire, voire en liquidation judiciaire. Se posera, par ailleurs, la question de l'articulation du nouvel article 1220 avec le droit des procédures collectives. Les règles spéciales et d'ordre public du droit des procédures collectives permettront-elles de réactiver un contrat qui a été suspendu antérieurement à l'ouverture de la procédure ? Plus précisément, l'article L. 622-13-I, alinéa 2, du Code de commerce, selon lequel le cocontractant a l'obligation d'exécuter ses engagements malgré l'inexécution par le débiteur d'engagements antérieurs à l'ouverture de la procédure collective permettra-t-il d'exiger du créancier une reprise du contrat nonobstant la réunion des conditions de l'article 1220 ? La réponse n'est pas évidente. Par hypothèse, il ne s'agira pas d'une inexécution antérieure à l'ouverture de la procédure collective, mais d'une inexécution future à l'échéance contractuellement prévue, postérieure au jugement déclaratif. Or, la disposition précitée, quoiqu'elle ne distingue pas suivant la date d'exigibilité de l'engagement, a manifestement

1) L. Aynès, Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? *in* Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, *RDC* 2016 hors-série, p. 14 ; Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats, *RDC* 2016, p. 351.

2) Pour la vente, article 1612 du Code civil ; pour l'échange, article 1704 du Code civil.

3) V. not. Y.-M. Laithier, Les sanctions de l'inexécution du contrat (exécution forcée, résolution, réduction, exception d'inexécution, responsabilité contractuelle), *in* Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, préc., p. 39 ; sur la position du droit français à cet égard, antérieurement à la réforme : A. Pinna, L'exception pour risque d'inexécution, *RTD civ.* 2003, p. 31.

4) Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1998, n° 96-21.485, suivi d'autres arrêts.

5) V. not. : A. Aynès, Les remèdes unilatéraux (résolution unilatérale, réduction du prix), Réforme du droit des contrats et pratique des affaires, dir. Ph. Stoffel-Munck, *Daloz* 2015, p. 113 ; Y.-M. Laithier, art. préc.

6) Par exemple, en cas de vente en l'état futur d'achèvement où la défaillance de l'entrepreneur de travaux retarde la construction des ouvrages et leur livraison aux acquéreurs finaux.

7) L'auteur du recours n'a pas à rapporter la preuve qu'il a exécuté ses obligations ; en effet, le créancier, bien que défendeur à l'action, est l'auteur de la résolution et il est donc logique qu'il rapporte la preuve de l'inexécution sans que cela soit contraire au principe selon lequel la charge de la preuve pèse sur le demandeur à l'action.

8) Nouvel article 1228 du Code civil.

9) V. not. N. Blanc, Le juge et les standards juridiques, in Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats, *RDC* 2016, p. 394 ; B. Sturlèze, *ibid.* p. 398.

10) Lexique des termes juridiques, *Daloz*, 12^e édition.

11) Nouvel article 1104 du Code civil.

12) Même texte.

été conçue pour l'exception d'inexécution classique, seule véritablement reconnue à l'époque. En outre, l'ouverture de la procédure collective pourrait constituer une circonstance renforçant la condition selon laquelle il est « manifeste » que le débiteur n'exécutera pas ses engagements. L'on pourrait alors avancer que le pouvoir donné par l'article L. 622-13-II du Code de commerce à l'administrateur judiciaire d'exiger la poursuite d'un contrat en cours fera échec à sa suspension puisque, en ce cas, l'administrateur doit s'assurer, sous peine d'engager sa responsabilité, qu'il pourra fournir la prestation promise au cocontractant. Mais, là encore, la solution n'est pas acquise : un contrat suspendu est-il encore un contrat en cours dont l'administrateur judiciaire peut exiger la poursuite ? Des questions approchantes se poseront aux tribunaux dans l'hypothèse où le cocontractant aura décidé de résoudre unilatéralement le contrat, prérogative que lui confère désormais le nouvel article 1224 du Code civil.

B. La résolution unilatérale du contrat

Jusqu'à présent, la résolution du contrat ne pouvait en principe résulter que d'une décision de justice ou de l'application d'une clause résolutoire prévue au contrat. Une jurisprudence « Tocqueville » avait toutefois admis que la gravité du comportement d'une partie à un contrat puisse justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls (4). En partie inspiré de cette solution, le nouvel article 1224 du Code civil confère désormais au créancier le pouvoir de résoudre unilatéralement le contrat en cas « d'inexécution suffisamment grave » (5). Cette faculté lui permet de se délier rapidement d'un contrat dont l'inexécution lui est préjudiciable, sans subir les délais d'une action judiciaire. Cette voie de résolution unilatérale du contrat, qui pourra être bienvenue en pratique (6), obéit à trois conditions, fixées par le nouvel article 1226 du Code civil. En premier lieu, le créancier doit adresser une mise en demeure préalable au débiteur défaillant de s'exécuter dans « un délai raisonnable ». En deuxième lieu, cette mise en demeure doit préciser qu'à défaut pour le débiteur de s'exécuter, le créancier pourra résoudre le contrat. En troisième et dernier lieu, si l'inexécution persiste, la résolution résultera de la réception par le débiteur d'une notification du créancier lui exposant précisément les motifs de cette résolution. C'est donc au créancier qu'il appartient d'apprécier le bien fondé de la résolution du contrat pour la mettre en œuvre. Toutefois, l'article 1226 du Code civil précise que la résolution unilatérale par voie de notification est une prérogative qui s'exerce aux « risques et périls » de son auteur. En effet, si le créancier peut s'affranchir d'une décision de justice préalable, le juge interviendra néanmoins *a posteriori* sur un éventuel recours du débiteur. Il vérifiera, d'une part, si le formalisme de la résolution a été respecté, et d'autre part, si le créancier défendeur au recours rapporte la preuve, que la loi fait peser sur lui, de la gravité de l'inexécution (7). Le juge retrouvera alors la plénitude de ses pouvoirs de *jurisdictio* et d'*imperium* puisqu'il pourra, selon les cas, « constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts » (8).

En somme, les prérogatives offertes aux parties seront efficaces dans les cas où la gravité de l'inexécution, avérée ou future, sera évidente. Dans le cas inverse, les effets radicaux de ces prérogatives vont sans doute générer une multiplication des recours auprès du juge, notamment *via* les procédures d'urgence en référé ou à jour fixe. La volonté affichée du législateur de limiter le recours au juge au nom d'une plus grande attractivité du droit français ressemble ainsi davantage à un effet d'annonce qu'à un véritable parti pris – dont il n'est d'ailleurs pas certain qu'il eût été souhaitable et tenable. Mais, plus encore, le législateur a parsemé toutes les étapes de la vie contractuelle des standards juridiques qu'il abandonne à l'appréciation du juge et qui renforcent donc le rôle de ce dernier.

II. Le renforcement de l'office du juge

La réforme est fortement inspirée par l'idée de favoriser la liberté contractuelle tout en protégeant la partie faible du contrat. A cette fin, qu'il s'agisse de la formation du contrat, de son contenu, de son interprétation, de ses effets ou encore de son inexécution, la loi intègre dans la matière contractuelle une pluralité de standards juridiques (9) qui régulent la volonté des parties et qui relèvent de la seule appréciation du juge (A). Par ailleurs, la consécration de la théorie de l'imprévision, même si elle ne devrait s'appliquer que rarement en pratique, conduit à s'interroger sur l'évolution à venir du rôle du juge dans un contexte où les modes alternatifs de résolution des conflits se développent (B).

A. La pluralité des standards laissés à l'appréciation du juge

En droit, un standard désigne « la référence faite dans certains textes à une conduite jugée correcte au regard de ce qui est communément admis dans un groupe social. (...) Leur caractère flou confère de la souplesse à l'application de ces textes, en laissant aux juges une assez grande liberté d'appréciation dans les affaires qui leur sont soumises » (10). L'on peut compléter cette définition en précisant qu'un standard peut aussi se déduire *a contrario* par référence à une conduite jugée incorrecte. Le premier standard auquel l'on pense est bien sûr celui de la bonne foi, lequel figure dans l'une des dispositions liminaires du régime général du contrat : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi » (11). Mieux encore : « Cette disposition est d'ordre public » (12). Dans la loi nouvelle, les standards sont, peu ou prou, autant de déclinaisons du principe de bonne foi. Ils invitent le juge à contrôler ou à rétablir un juste équilibre et une proportionnalité dans les relations et les comportements contractuels, en sanctionnant au besoin les abus.

Les exemples en sont nombreux. S'agissant de la nullité du contrat, l'une des formes de la violence est définie par le nouvel article 1143 comme étant le fait d'une partie « abusant de l'état de dépendance » de l'autre partie en vue d'obtenir d'elle « un avantage manifestement excessif ». La nullité peut également être prononcée par le juge lorsque la contrepartie



d'une obligation est « *illusoire* » ou « *dérisoire* ». S'agissant du contenu du contrat, le juge peut sanctionner l'une des parties par des dommages et intérêts en cas « *d'abus dans la fixation du prix* » (13). Dans les contrats d'adhésion, est réputée non écrite la clause qui crée un « *déséquilibre significatif* » entre les droits et obligations des parties (14). S'agissant de l'interprétation du contrat, le juge doit se référer à l'intention des parties plutôt qu'au sens littéral des termes et, lorsque celle-ci n'y suffit pas, l'interprétation doit se faire « *selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation* » (15). S'agissant des effets du contrat entre les parties, le nouvel article 1195, qui consacre la théorie de l'imprévision, renvoie aux notions de « *changement de circonstances imprévisible* » et d'« *exécution excessivement onéreuse* ». S'agissant des prérogatives liées à l'inexécution du contrat, il est fait référence à une inexécution « *suffisamment grave* » ainsi qu'à des notifications dans « *les meilleurs délais* » ou dans un « *délaï raisonnable* » (16). L'on citera enfin la notion de « *disproportion manifeste* » entre le coût de l'exécution en nature d'une obligation et son intérêt pour le créancier, disproportion qui permet de faire échec à une demande d'exécution forcée en nature (17). En réalité, ces notions ne sont pas nouvelles. Certaines sont issues de régimes spéciaux tel celui de la prohibition des pratiques restrictives en droit de la concurrence, déjà bien connus des tribunaux; d'autres sont la consécration de solutions jurisprudentielles antérieures (18). La nouveauté tient au fait que, faisant désormais partie intégrante des textes légaux régissant le droit commun des contrats, ces standards ouvrent au juge un champ d'intervention très étendu. Autre nouveauté, la révision du contrat pour imprévision qui permettra au juge, à certaines conditions, d'intervenir sur le contenu même du contrat.

B. La révision du contrat pour imprévision

La Cour de cassation, depuis l'affaire « *Canal de Craponne* », interdisait au juge de modifier le contenu d'une convention à raison de l'apparition de circonstances imprévisibles lors de sa conclusion et bouleversant son économie (19), et ce en

vertu du principe d'intangibilité des conventions résultant de l'ancien article 1134 du Code civil. Cette jurisprudence, qui s'écartait de la position des juridictions administratives (20), avait enregistré quelques reculs (21). Le nouvel article 1195 rompt avec elle en donnant au juge, à certaines conditions, le pouvoir de réviser le contrat ou d'y mettre fin (22). Toutefois, ce pouvoir ne peut-être exercé que si les parties ont échoué dans la renégociation du contrat. Une fois cet échec acquis, elles peuvent demander au juge, mais seulement d'un commun accord, d'adapter le contrat. A défaut d'accord, l'une des parties peut demander au juge de le réviser ou d'y mettre fin « *à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

Ce régime étant supplétif de volonté, les parties pourront l'écartier contractuellement (23). De plus, on peut supposer qu'ayant échoué dans la renégociation du contrat, les parties devraient difficilement se mettre d'accord pour saisir le juge afin de l'adapter, étant toutefois précisé qu'un échec déclencherait le pouvoir du juge de réviser ou de mettre fin au contrat à la demande de l'une des parties. La révision du contrat par le juge sur initiative des deux parties sera donc sans doute rare en pratique. Pour autant, la possibilité offerte à des cocontractants, en droit commun des contrats, de saisir ensemble la justice afin qu'elle recherche une solution amiable, n'est pas dénuée de portée quant à l'évolution du rôle du juge. Les avocats ont pu constater, depuis quelques temps, une vive incitation des juges, aussi bien civils que consulaires, de première instance et d'appel, au stade de la mise en état comme au jour des plaidoiries, à recourir à la médiation ou à accepter la désignation d'un juge conciliateur. La consécration de la théorie de l'imprévision est de la même veine et la multiplication de standards juridiques, qui en appellent tous à la mesure et au raisonnable, procède du même esprit. Au final, si elle l'écarte un peu en amont, la réforme du droit des contrats ne limite certainement pas le pouvoir juridictionnel du juge. Elle le renforce en aval, favorisant par là les modes amiables de résolution des conflits et, avec eux, une redistribution des rôles.

13) Nouvel Article 1164 (contrats cadre) et nouvel article 1165 (contrats de prestation de service).

14) Nouvel article 1171 du Code civil.

15) Nouvel article 1188 du Code civil.

16) Nouveaux articles 1219, 1220 et 1224 du Code civil.

17) Nouvel article 1221 du Code civil.

18) P. ex., à propos de l'abus dans la fixation du prix : Cass. ass. plén., 1^{er} décembre 1995, 4 arrêts, n° 91-15.578, n° 91-19.653, n° 91-15.999 et n° 93-13688.

19) Cass. civ. 6 mars 1876, D 1876, 1, 193, note Giboulot : « *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ».

20) CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Lebon p. 125.

21) V. not. Cass. com., 3 novembre 1992, n° 90-18.547 ; Cass. com., 24 novembre 1998, n° 96-18.357.

22) Pour une étude du régime juridique de l'imprévision, v. not. Ph. Stoffel-Munck, L'imprévision et la réforme des effets du contrat, *RDC* 2016 hors-série, p. 30.

23) Cela résulte du libellé du texte (« *pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* »), ainsi que le souligne d'ailleurs le Rapport au Président de la République.

La réforme du droit des obligations : questions de procédure

Claire Saint-Jevin,
Avocat associé,
Cabinet Racine

1) Voir cependant H. Croze, Une vision procédurale de la réforme du droit des obligations, *Procédures* avril 2016, étude 3.

2) Déjà illustré, entre autres, par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, et la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

3) Article 122 du Code de procédure civile.

4) Article 117 du Code de procédure civile.

5) V. P. Mousseron, Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social, *D* 2016, chr. p. 906.

6) Jugé, d'ailleurs, que « la capacité d'ester en justice s'attache à la personne morale en tant que sujet de droit quelle que soit sa forme juridique » (Cass. civ. 2^e, 8 juillet 2004, n° 02-15.623).

7) Voir notamment Cass. civ. 1^{re}, 2 octobre 2013, n° 12-21.152.

8) Cass. civ. 2^e, 23 octobre 1985, n° 83-12.007.

On ne s'attendait pas, *a priori*, à ce que la réforme du droit des obligations ait la moindre incidence en matière de procédure civile, tant nos esprits sont habitués à la dichotomie entre le contrat d'une part, le procès de l'autre (1). Il est en effet usuel de considérer que le contrat est le lieu du consensualisme, alors que le procès est celui du conflit. Ainsi, le contrat serait l'expression d'un *gentlemen's agreement*, toujours négocié à armes égales entre deux parties respectueuses l'une de l'autre, alors que le procès serait l'ultime recours de ceux qui plaident à couteaux tirés et à grands renforts d'effets de manche... Voilà pourtant bien longtemps que le contrat aménage le procès, à travers les différents modes alternatifs de résolution des conflits ; plus récemment mais très largement, le procès utilise les mécanismes contractuels par le biais des conventions de procédure qui régissent le fonctionnement des juridictions.

La grande nouveauté de cette réforme du droit des obligations, et sans doute une part de sa modernité, réside dans l'irruption du juge dans la vie même du contrat, dont il devient une sorte de « tiers intéressé » à travers l'un des points les plus emblématiques du texte, l'imprévision. Mais au-delà, elle s'inscrit dans un temps politique où se croisent une tendance à l'accroissement des pouvoirs conférés aux juges (2), comme en réponse aux peurs et insécurités de notre société, et le développement des procédures extrajudiciaires, pour venir en aide à une justice en crise. Il n'est donc pas surprenant, dans ce contexte, de voir qu'au fil de cette réforme se dessinent bien des rencontres, où le droit substantiel, celui du justiciable qui voit définir ses droits et obligations, rencontre son droit processuel, celui qui vise à dire comment le premier pourra devenir effectif devant un juge.

Se demandant alors quel en sera l'impact pour ses stratégies futures, et quel bénéfice il pourra en tirer dans la gestion quotidienne de son exercice, le praticien voit s'y profiler de nouveaux moyens de procédure (I) et de nouveaux remèdes aux conflits (II).

I. De nouveaux moyens de procédure ?

Bien que la distinction théorique de l'instance, de l'action et de la juridiction fasse toujours sens, la plupart des arguments de procédure couramment utilisés, parce qu'ils sont dirimants, relèvent des dispositions afférentes au droit d'agir et à la représentation des parties au procès. C'est en

effet le défaut de droit d'agir qui fonde les moyens d'irrecevabilité (3), tandis que les questions de capacité et de pouvoir régissent la validité des actes de procédure (4). Dès lors que la réforme du droit des obligations comporte un certain nombre de dispositions relatives à la capacité et à la représentation, mais aussi à la prescription et à la forclusion, il est naturel de s'interroger sur leur éventuel impact dans le procès civil et, plus précisément, sur les nullités (A) et les fins de non-recevoir (B) qu'elles pourraient renfermer.

A. De nouvelles nullités ?

L'article 117 du Code de procédure civile qualifie d'irrégularité de fond affectant la validité de l'acte, le défaut de capacité d'ester en justice, le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant d'une personne morale ou d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice, et le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice. Or, la réforme pose de nouvelles règles relatives à la capacité et à la représentation.

1. Dispositions sur la capacité

L'alinéa 2 du nouvel article 1145 du Code civil prévoit 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 (5) ». Cette disposition a vocation à limiter la capacité à contracter des personnes morales au regard de leur objet.

Bien que la capacité à contracter et la capacité à ester en justice soient *a priori* choses distinctes (6), l'on ne saurait exclure que le nouvel article 1145 du Code civil soit utilisé pour contester la capacité des personnes morales au sens de l'article 117 du Code de procédure civile, et ce même si les statuts sont, par leur nature contractuelle, sans effet obligatoire à l'égard des tiers. Ainsi, actuellement, la capacité des associations est limitée par leur objet, lequel détermine le périmètre de leur intérêt à agir en justice. Il est donc possible de plaider l'irrecevabilité de l'action d'une association qui intervient en justice pour la défense de droits dont l'objet se trouve trop éloigné de celui de ses statuts (7). De même, il a été jugé que les tiers peuvent se prévaloir des statuts d'une société pour soulever notamment le défaut de pouvoir de son représentant légal (8). Sur ce point, les nouvelles dispositions sur



l'effet du contrat vis-à-vis des tiers (9) n'apportent pas de modification au droit existant, le nouvel article 1200 prévoyant que « *Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait* ».

Dans ces conditions, dès lors que la capacité est désormais formellement délimitée par référence à l'objet, il devient envisageable de contester sur le fondement du nouvel article 1145, alinéa 2, la capacité d'une personne morale et notamment d'une société, à agir en justice pour la défense d'intérêts placés en dehors de son objet social tel que défini dans ses statuts, que les tiers sont en droit d'invoquer.

2. Dispositions sur la représentation

Les dispositions du nouvel article 1153 du Code civil précisent que « *Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés* ». L'article 1156, alinéa 3, prévoit toutefois que la partie représentée peut ratifier l'acte accompli par son représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs. On note qu'en procédure civile une disposition similaire avait été introduite s'agissant des déclarations de créance, par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives (10), et que la jurisprudence admet déjà, en la matière, la possibilité de justifier d'un pouvoir spécial jusqu'au jour où le juge statue (11).

L'article 1156, alinéa 2, subordonne par ailleurs la faculté, pour le tiers, d'invoquer la nullité de l'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, au fait qu'il ignorait cette circonstance, c'est-à-dire à sa bonne foi. En outre, le tiers peut, en cas de doute, purger la question par le biais d'une action interrogatoire. L'article 1158 instaure en effet la possibilité d'interpeller le représenté quant à l'étendue des pouvoirs supposés de son représentant, en précisant que le défaut de réponse dans un délai raisonnable vaut habilitation.

On peut s'interroger sur l'articulation de ces dispositions avec l'article 117 du Code de procédure civile. Imaginons le cas, d'ailleurs courant, d'un syndic qui agit en justice pour le compte d'un syndicat des copropriétaires, et dont le mandat est inexistant ou insuffisant. Traditionnellement, la jurisprudence sanctionne un tel défaut ou dépassement de mandat par la nullité de l'assignation, atteinte d'une irrégularité de fond (12). Faudra-t-il considérer, dans le cadre de la réforme, qu'une telle irrégularité pourra être couverte par la ratification ultérieure de l'acte, en application de l'article 1156, alinéa 3, ou, hypothèse d'école, que seuls les défendeurs « *de bonne foi* » pourront s'en prévaloir en application de l'alinéa 2 du même texte ? Vraisemblablement, la jurisprudence aura à préciser le champ d'application de ces nouvelles dispositions qui se réfèrent à la capacité et à la représentation, pour exclure ou limiter leur transposition dans le cadre processuel de la capacité à ester en justice.

B. De nouvelles fins de non-recevoir ?

Les dispositions nouvelles comportent quelques précisions utiles sur la prescription (13) dans la continuation du droit existant. Elles consacrent également un régime des nullités qui conditionne la recevabilité des actions en justice afférentes à ces questions, et instituent surtout, par le biais des actions interrogatoires, de nouvelles limitations au droit d'agir.

1. Dispositions quant à la recevabilité des actions en nullité

Les nouveaux articles 1178 et suivants du Code civil consacrent la théorie dite « *moderne* » des nullités, consistant à distinguer les nullités relatives et absolues selon la finalité de la règle dont la violation est sanctionnée. Ainsi, est relative la nullité qui vient sanctionner la violation d'une règle dont l'objet est la sauvegarde d'un intérêt privé, tandis que la nullité est absolue lorsqu'elle répond à la violation d'une règle ayant pour objet la sauvegarde de l'intérêt général (14).

La conséquence de cette distinction en droit processuel est importante. Toute personne intéressée, y compris le Ministère Public, peut agir en justice pour la poursuite d'une nullité absolue, alors que seul le titulaire du droit protégé peut se prévaloir d'une nullité relative (15). Il s'ensuit, *a contrario*, une fin de non-recevoir en application de l'article 122 du Code de procédure civile, qui peut être opposée à la personne qui forme une action en nullité relative sans être titulaire du droit dont elle demande la protection. Cette solution s'inscrit dans la tendance actuelle (16), et n'apporte donc pas d'innovation si ce n'est qu'elle est désormais inscrite dans la loi.

2. Conséquences des actions interrogatoires

Les actions interrogatoires, qui sont prévues par les rares dispositions d'application immédiate de l'ordonnance (17), constituent une des nouveautés de la réforme. Elles ont pour objet, dans un objectif de prévention des litiges, de purger d'éventuels débats ultérieurs portant notamment sur l'existence d'un pacte de préférence (18) ou la nullité d'un acte (19).

L'objectif de ces actions interrogatoires est de priver celui qui en est le destinataire de moyens de contestation ultérieurs. Ainsi, le titulaire d'une action en nullité qui se sera vu adresser une mise en demeure aux fins d'action en nullité et qui ne l'aura pas exercée dans le délai de six mois, se verra, pour autant que la cause de nullité ait cessé, privé du droit d'agir ultérieurement sur ce fondement, le contrat se trouvant « *réputé confirmé* » et le délai de six mois étant mentionné « *à peine de forclusion* ». Dans le cadre des pactes de préférence, le texte prévoit que « *le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat* ». Doit-on considérer qu'apparaissent ainsi de nouvelles fins de non-recevoir, étant rappelé que l'énumération de l'article 122 du Code de procédure civile n'est pas limitative (20) ? Dans l'attente de la position de la jurisprudence sur ce point, il y aura là, en tout état de cause, une piste à explorer.

9) Nouveaux articles 1199 et suivants du Code civil.

10) Article 27, alinéa 2, modifiant l'article L 622-24 du Code de commerce.

11) Cass. civ. 2^e, 21 mars 2013, n° 12-13.381.

12) Cass. civ. 3^e, 12 octobre 1988, n° 86-19.403 ; Cass. civ. 3^e, 10 octobre 1990, n° 89-13.854.

13) Nouveaux articles 1144, 1185 et 1312 du Code civil notamment.

14) Nouvel article 1179 du Code civil.

15) Nouveaux articles 1180 et 1181 du Code civil.

16) Cass. civ. 3^e, 26 mai 2016 n° 15-16.617 ; Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14.218.

17) Article 9 de l'ordonnance, posant le principe d'application des nouveaux articles 1123 (3^e et 4^e alinéas), 1158 et 1183 du Code civil dès son entrée en vigueur.

18) Nouvel article 1123 du Code civil.

19) Nouvel article 1183 du Code civil.

20) Cass. ch. mixte, 14 février 2003, n°00-19.423.

21) Nouvel article 1230 du Code civil.

22) Nouvel article 1220 du Code civil.

23) Nouvel article 1222 du Code civil, qui exige toutefois l'autorisation du juge s'il s'agit de détruire ce qui a été fait en violation de l'obligation.

24) Ancien article 1144 du Code civil.

25) Article 2224 du Code civil.

II. De nouveaux remèdes aux conflits

Alors que l'autonomie des modes alternatifs de règlement des conflits se trouve réaffirmée aux côtés de celle des clauses de confidentialité et de non-concurrence (21), la réforme promeut de nouvelles procédures préventives (A), tout en élargissant la compétence matérielle du juge qui intervient désormais dans la vie du contrat (B).

A. De nouveaux remèdes extrajudiciaires

Au-delà des actions interrogatoires qui ont pour objectif de prévenir les conflits ou d'en limiter les effets, la réforme est novatrice en ce qu'elle institue de nouveaux types de notifications, dont les effets procéduraux paraissent importants. Ainsi, dans l'hypothèse où il est manifeste qu'une des parties au contrat ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour l'autre partie, celle-ci pourra notifier à celle-là qu'elle n'a pas l'intention de l'exécuter (22), la réforme consacrant ainsi la naissance de l'exception d'inexécution anticipée.

De son côté, le créancier pourra prendre l'initiative, après mise en demeure, de faire exécuter l'obligation par un tiers (23), ce qui requerrait jusqu'à présent, en principe, l'autorisation du juge (24). Par application du nouvel article 1223, il pourra également, « *après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix* ». Bien que le terme « *solliciter* » soit sujet à interprétation quant au point de savoir s'il vise l'autorisation du juge ou du cocontractant, le deuxième alinéa consacre apparemment le caractère extrajudiciaire de ce remède en ajoutant : « *S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais* ». Le nouvel article 1226 institue quant à lui une procédure de résolution unilatérale du contrat pour inexécution, se rapprochant ainsi de ce que prévoient habituellement les clauses résolutoires.

Dans tous les cas, la notification est érigée comme un moyen extrajudiciaire de résoudre le litige né ou à naître de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite du contrat. On se trouve bien en présence de nouveaux modes unilatéraux de règlement des conflits, le débiteur se trouvant autorisé à se faire justice à lui-même, moyennant un contrôle du juge qui n'intervient le cas échéant qu'*a posteriori*. Les textes ne confèrent cependant pas à la notification d'effet interruptif de prescription, et il sera possible au contraire de soutenir que celle-ci constitue un point de départ des délais, dès lors qu'elle témoigne de la connaissance par le titulaire d'un droit des faits lui permettant de l'exercer (25). Par ailleurs, dans la mesure où la notification est prévue dans toutes les hypothèses précitées, se pose la question de la sanction d'un éventuel défaut. Le terme « *peut* » étant communément employé, il faut considérer que ces procédures de prévention par notifications interposées sont facultatives et ne privent en rien les parties du recours au juge.

B. De nouvelles actions judiciaires

C'est naturellement le cas de l'inexécution du contrat qui génère actuellement la plupart des contentieux, et qui se trouve au cœur du dispositif nouveau. En conséquence des remèdes nouveaux consacrés par la réforme, se dessinent de futures actions judiciaires et, avec elles, de nouvelles questions.

1. L'action relative à la réduction du prix

Le nouvel article 1217 du Code civil prévoit que la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut, de façon cumulative et sans préjudice de dommages-intérêts, actionner plusieurs types de sanctions. Si les sanctions de l'exécution forcée, de la résolution du contrat et des dommages-intérêts pour inexécution sont bien connues, il n'en est pas de même de l'action relative à la réduction du prix dont le régime procédural demeure à définir.

En effet, si le nouvel article 1223 précise les modalités de mise en œuvre de cette action dans sa phase précontentieuse, il ne détermine pas pour autant quelles seront les règles applicables dans la phase contentieuse. Celle-ci est susceptible d'intervenir en premier lieu, si le créancier ayant payé la totalité du prix, souhaite obtenir en justice une réduction de ce prix à proportion de l'inexécution partielle de son débiteur ; elle interviendra en second lieu, lorsque le débiteur partiellement défaillant contestera la réduction unilatérale qui lui sera imposée par le créancier n'ayant pas réglé l'intégralité du prix. Dans le silence du texte, il paraît raisonnable de présumer que l'action relèvera de la compétence du juge du contrat.

Reste à savoir si le juge des référés pourra statuer sur de telles demandes. On songe notamment à l'article 808 du Code de procédure civile, qui confère compétence au juge des référés pour ordonner dans tous les cas d'urgence, « *toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ». On peut ainsi imaginer, dans l'intérêt d'un justiciable qui contesterait la notification l'informant d'une réduction unilatérale du prix, de solliciter sur le fondement de cette disposition que soient prises des mesures conservatoires pour garantir sa créance, telles que la désignation d'un séquestre, ou la constitution d'une garantie bancaire. Par contre, il est douteux qu'un juge des référés accepte de statuer sur la demande d'un créancier qui, ayant payé le prix, solliciterait à titre de provision un remboursement partiel sur le fondement combiné des articles 1223 nouveau du Code civil et 809 du Code de procédure civile, dès lors qu'une telle demande suppose l'absence de contestation sérieuse, ce qui exclut notamment toute interprétation du contrat.

Par ailleurs, se posera la question de la détermination du taux de compétence de la juridiction au regard du montant de la demande. Devra-t-on considérer que l'action intentée par le débiteur partiellement défaillant qui conteste la réduction de prix, a pour assiette le prix prévu par le contrat, ou bien faudra-t-il déterminer le taux du ressort au regard du



seul montant contesté ? Le taux du ressort étant déterminé par le montant de la demande (26), il y aura sans doute lieu de considérer que le montant de la réduction de prix contestée constitue l'assiette de la détermination de la compétence.

2. L'action relative à l'imprévision

Le cadre du fameux article 1195, qui pose les principes de l'imprévision, ne précise pas comment s'exerceront en pratique les droits nouveaux. Le texte prévoit que : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. / En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.* ». La question de la compétence matérielle et territoriale sera posée, même s'il paraît raisonnable de prévoir que le juge compétent sera celui du lieu d'exécution du contrat et/ou celui du domicile du défendeur, et que la juridiction sera civile ou commerciale selon les critères de détermination habituellement appliqués.

L'on pourra alors s'interroger sur les conséquences procédurales du préalable « *à défaut d'accord dans un délai raisonnable* ». S'agira-t-il d'une nouvelle fin de non-recevoir, sur le modèle des clauses de conciliation préalable dont le caractère obligatoire est sans cesse répété par la jurisprudence (27) ? Ou bien le juge sera-t-il saisi de la demande préalablement, pour laisser ensuite place à la négociation dans le cadre de la procédure ? Quelles formes le défaut d'accord et le délai raisonnable devront-ils prendre ? Pourra-t-on étendre la compétence du juge ainsi saisi d'une action en extinction ou en révision à une demande reconventionnelle fondée sur une autre sanction de l'inexécution du contrat, comme par exemple une demande en réduction du prix, en exécution forcée ou en nullité (28) ? Les arbitres désignés dans le cadre d'une convention d'arbitrage, pourront-ils se saisir de ces nouvelles dispositions supplétives de volonté, et en feront-ils une application similaire aux juridictions étatiques ? Leur compétence sera-t-elle limitée au regard de la rédaction de la clause compromissoire ?

À travers ces différentes interrogations, se dégagent quelques-uns des termes de nos futurs débats, sur lesquels l'éclairage de la jurisprudence sera attendu. Dans cette attente, s'ouvre une période d'incertitude si ce n'est d'insécurité, avec la perspective cependant toujours exaltante, d'être les acteurs d'un droit en devenir.

26) Article 34 du Code de procédure civile.

27) Très dernièrement, Cass. civ. 3^e, 19 mai 2016, n° 15-14.464.

28) Voir sur ce point, Ph. Delebecq, *L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat*, *Dr. et pat.* juin 2016, p. 62.