JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

SUPPLÉMENT DE MARS 2023

8, RUE SAINT AUGUSTIN – 75002 PARIS 01 47 03 10 10

www.JSS.FR – 1,50 € – I.S.S.N. : 2491-1897

L'AVANT-PROJET DE RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS SPÉCIAUX : REGARDS DE PRATICIENS

Vente : vices, éviction et transmission des charges - p. 7

Bail : application du régime aux choses incorporelles - p. 12

Mandat : formation, assurance et extinction - p. 27

Confiez au JSS vos annonces et formalités légales

WWW.JSS.FR

01 47 03 10 10 CONTACT@JSS.FR

Éditeur : S.P.P.S.
Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés
8, rue Saint Augustin – 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS 552 074 627
01 47 03 10 10
www.jss.fr

contact@jss.fr formalites@jss.fr
annonces@jss.fr redaction@jss.fr

Directrice de la publication : Myriam de Montis
Directeur de la rédaction : Cyrille de Montis
Secrétaire générale de rédaction : Cécile Leseur

Commission paritaire : 1124 X 93537
I.S.S.N. : 2491-1897

Imprimerie : SIEP – ZA les Marchais 77590 Bois le Roi
Journal imprimé sur papier recyclé – Certification PEFC

Vente au numéro : 1,50 € TTC
Abonnement annuel digital : 36 € TTC

Copyright 2023 :
Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Numéro conçu et réalisé par le Cabinet Racine

SOMMAIRE

VENTE

- Vente : la détermination du prix par le tiers estimateur 4
- Vente : vices, éviction et transmission des charges 7

BAIL

- Bail : application du régime aux choses incorporelles 12

SOUS-TRAITANCE

- Entreprise : les actions directes en matière de sous-traitance 16

PRÊT

- Prêt de consommation : vices et ouverture de crédit 19
- Prêts : ordonnancement, définitions, obligations, rétention 23

MANDAT

- Mandat : formation, assurance et extinction 27
- Mandat : responsabilité du mandant du fait du mandataire 30
- Mandat : définition, substitution et révocation 33

Vente : la détermination du prix par le tiers estimateur

EXTRAIT

Mélanie Coiraton,
Avocate associée,
Cabinet Racine

Depuis le Code civil de 1804, la détermination du prix est un élément essentiel du contrat de vente ; si celui-ci n'est pas déterminé ou déterminable, la vente est nulle (C. civ., article 1591). Pour pallier une impossibilité des parties de se mettre d'accord sur le prix, l'article 1592 du Code civil prévoit, dès 1804, la possibilité pour ces dernières d'en confier la détermination à un tiers.

Ce texte a fait couler beaucoup d'encre et a été modifié à deux reprises. Dans le domaine des cessions de droits sociaux, il a été largement comparé à l'article 1843-4 du même Code. Le premier est un texte spécifique au droit de la vente, alors que le second est propre aux opérations et aux conflits sur cessions et rachats de droits sociaux. Dans ces derniers domaines, l'article 1592 a longtemps été préféré par la pratique à l'article 1843-4, compte tenu de la possibilité offerte aux parties d'encadrer la mission du « *tiers estimateur* » comparativement à la grande liberté laissée à l'expert de 1843-4. Et ce, jusqu'à l'ordonnance de 2014 qui a rebattu les cartes en introduisant l'obligation pour l'expert de l'article 1843-4 « *d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties* ».

D.R.

La désignation judiciaire du tiers chargé de fixer le prix

L'article 1592 a été réformé pour la dernière fois en 2019. Cette réforme n'a cependant pas permis de répondre à toutes les questions suscitées par son application. En particulier, il n'envisage pas la possibilité pour le juge de désigner le tiers si les parties ne l'ont pas prévu contractuellement, ne définit pas l'erreur grossière, et n'indique pas la conséquence d'une telle erreur sur le contrat de vente.

L'article 1605 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux (qui a vocation à remplacer l'actuel article 1592 du Code civil) permet de répondre à certaines de ces interrogations, quand d'autres restent ouvertes. La rédaction de ce texte est la suivante : « *Le prix peut être laissé à l'estimation d'un tiers. Les parties sont solidairement tenues de sa rémunération. / Si le tiers n'est pas désigné par la convention, à défaut d'accord sur sa désignation après mise en demeure, le juge le nomme. Il en va de même si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation ou que celle-ci vient à être annulée. / En cas d'erreur grossière commise par le tiers sur la détermination du prix, celle des parties qui se trouve lésée a le choix de faire prononcer la nullité de la vente ou d'accepter la nomination d'un nouveau tiers.* » Deux mesures importantes s'y profilent : la possibilité de nomination du tiers par le juge et l'insertion de l'erreur grossière dans le Code civil.

L'actuel article 1592 dispose que

1712 qui dispose que peuvent être louées « *toutes sortes de choses qui sont dans le commerce* ». Cette suppression faisait écho à un certain repli de l'extrapatrimonialité dans notre société.

Le nouvel article 1102 du Code civil conserve néanmoins l'esprit de l'ancien article 1128 en précisant que « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.* » La limite de l'ordre public cantonne les choses sur lesquelles peuvent porter les conventions. Le « *commerce* » doit donc être entendu comme étant le « *commerce juridique* » tel que borné par les limites inhérentes au respect de l'ordre public. L'article 1598 du Code civil relatif au contrat de vente, repris à l'identique dans l'avant-projet, évoque également ces limites : « *Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation*. » Il reviendra à la jurisprudence de préciser ce qui doit être entendu par « *toutes sortes de choses qui sont dans le commerce* ». Cette formulation ouverte a le mérite de permettre à l'article de s'adapter aux évolutions de la société.

Par ailleurs, le terme de « *chose* » a été préféré à celui de « *bien* » (choisi pour le contrat de vente) pour le contrat de location, alors que l'actuel article 1713 du Code civil relatif au contrat de louage vise tous « *biens meubles ou immeubles* ». Les auteurs de l'avant-projet expliquent ce choix en indiquant que le terme de « *chose* » est plus général et donc plus adapté au contrat de location qui n'est pas un contrat translatif de propriété et qui ne fait naître qu'un droit personnel au profit du locataire. Ce choix sémantique confirme la licéité des licences portant sur des choses non appropriées. C'est le cas par exemple des licences portant sur des données, sous réserve que les données en question soient dans le commerce juridique. L'évolution proposée semble donc pertinente.

Le premier alinéa du projet d'article 1712 précise également la nature des choses pouvant être louées. Il s'agit des choses « *mobilières ou immobilières, corporelles ou incorporelles* ». Par cette formulation, l'avant-projet rappelle la possibilité de louer aussi bien une chose mobilière qu'immobilière. La règle figure actuellement à l'article 1713 qui dispose : « *On peut louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles*. » Les auteurs de l'avant-projet vont cependant plus loin et affirment clairement leur volonté d'appliquer le régime du contrat de location aux choses incorporelles. C'est une véritable modernisation du droit des contrats spéciaux. Le régime du contrat de location est ainsi adapté à la réalité de la pratique contractuelle et assoie notamment le régime de droit commun du contrat de licence, contrat emblématique du droit de la propriété intellectuelle. Pour qu'un régime supplétif soit appliqué à un contrat, il faut que ce contrat soit un contrat nommé. En précisant la nature des choses pouvant constituer l'objet du contrat de location et en visant notamment les « *choses incorporelles* », les auteurs de l'avant-projet permettent clairement d'appliquer le régime du contrat de location aux contrats de licence.

D.R.

la responsabilité contractuelle lorsqu'une vente est intervenue dans la chaîne de contrats, soit de la responsabilité délictuelle dans le cas contraire. Cette dichotomie a d'ailleurs amené le professeur Leveneur-Azémar à évoquer « *l'absurdité des solutions actuelles* », surtout au regard des difficultés à fixer dans certaines hypothèses une frontière claire entre contrat d'entreprise et contrat de vente, lorsque les matériaux sont fournis par le cocontractant de l'entrepreneur (art. préc.).

Pour autant, cette volonté d'unification des régimes ne relève-t-elle pas finalement plus d'un dogmatisme doctrinal, au demeurant intellectuellement compréhensible compte tenu de ce qui précède, que d'une véritable recherche du « *souci de construire le droit à partir des phénomènes du réel, d'avancer du concret vers l'abstrait plutôt que l'inverse* », pourtant mise en avant dans la présentation générale de l'avant-projet ? En effet, ainsi qu'il résulte de l'alinéa 2 de l'article 1768 projeté, le corollaire du caractère contractuel de l'action du maître de l'ouvrage à l'encontre du sous-traitant sera la possibilité, pour ledit sous-traitant, de lui opposer toutes les exceptions nées du contrat de sous-traitance, dont l'exception d'inexécution ou celles résultant de clauses limitatives ou exclusives de responsabilité. C'est-à-dire des exceptions nées d'un contrat auquel le maître de l'ouvrage n'est pas partie, à la négociation duquel il n'a pas participé et dont les termes (voire l'existence comme on le verra ci-après) peuvent lui être inconnus. En définitive, on risque d'être bien loin de l'idée mise en avant dans le commentaire de l'avant-projet, selon laquelle le maître de l'ouvrage *« a un intérêt direct à contrôler la manière dont le sous-traitant agit, voire à forcer l'exécution* » puisqu'en pratique, ledit maître de l'ouvrage ne contrôlera, au regard de ce qui précède, pas grand-chose, à tout le moins en amont.

Le maître de l'ouvrage, parent pauvre de l'avant-projet

En ce qui concerne l'action en responsabilité, l'option choisie rompt d'ailleurs également avec une autre solution aujourd'hui bien établie, selon laquelle le manquement par un contractant à une obligation contractuelle est de nature à constituer un fait illicite à l'égard d'un tiers au contrat lorsqu'il lui cause un dommage, de sorte que ledit tiers peut agir en réparation sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle (Cass. ass. plén., 13 janvier 2020, n° 17-19963). Il est vrai que cette solution est controversée et sujette à débats dans le cadre de la prochaine réforme du droit de la responsabilité civile. Mais, à lire le texte de la proposition de réforme déposée au Sénat en 2020, la responsabilité extracontractuelle s'appliquera en présence d'un manquement constitutif d'un fait générateur d'une telle responsabilité (cf. l'art. 1234 de la proposition de 2020). En pareil cas, le maître de l'ouvrage sera-t-il néanmoins, et à la différence des autres victimes tierces, privé de ce terrain en raison de la règle prévue à l'article 1768 ?

Par ailleurs, la possibilité offerte au maître de l'ouvrage d'agir en exécution forcée à l'encontre du sous-traitant ne sera-t-elle pas un leurre ? En effet, lorsque le maître de l'ouvrage se résoudra à une telle action, ce sera, au moins dans la plupart des cas, parce que l'entrepreneur principal avec lequel il a contracté, et qui reste son interlocuteur naturel, est quant à lui défaillant. Et tout porte à croire qu'il le sera en pratique tout autant vis-à-vis de son sous-traitant que de son maître de l'ouvrage. Ce qui permettra au sous-traitant de faire valoir l'exception d'inexécution (pour autant, certes, que les conditions en soient réunies) et laissera le maître de l'ouvrage sans recours effectif. Enfin, qu'en sera-t-il de l'action « *contractuelle* » du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant lorsque ce dernier évoquera la nullité du contrat conclu entre lui et l'entrepreneur principal, pour défaut de fourniture d'une caution par ce dernier, en violation de l'article 14 de la loi du 1975 sur la sous-traitance ? On le voit, le maître de l'ouvrage risque fort d'être le parent pauvre de cette évolution. Le « mieux » juridique ne serait-il pas en définitive l'ennemi d'un « bien » ?

Cette crainte semble d'autant plus avérée lorsque l'on examine certaines dispositions de l'article 1771 de l'avant-projet. Selon ce texte : « *Sauf si la sous-traitance est interdite, le sous-traitant dispose d'une action directe en paiement contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur ne paie pas, après une mise en demeure infructueuse, les sommes qui lui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance et correspondant aux ouvrages réalisés au profit du maître de l'ouvrage. / Le maître de l'ouvrage n'est toutefois tenu que dans la limite des sommes qu'il doit encore à l'entrepreneur à la date à laquelle il a reçu la copie de la mise en demeure prévue à l'alinéa précédent. / La constitution sur la créance de l'entrepreneur principal de droits concurrents à ceux du sous-*

Fortifier le droit de rétention consacré dans le commodat intéressé

D.R.

En dernier lieu, l'article 1885 de l'avant-projet, qui confère un droit de rétention à l'emprunteur dans le commodat intéressé (en faveur de cette solution : G. Cattalano, « *Le contrat de prêt* », *LGDJ* 2015, préf. G. Loiseau, n° 540 et les réf.), interroge un peu. En l'état du droit positif, il semble que la Cour de cassation, sans doute en raison, notamment, de l'actuel article 1885, n'admette l'existence d'un droit de rétention au profit de l'emprunteur que lorsque la mise à disposition est intéressée. Cependant, pour justifier cette solution, elle ne se réfère pas à la notion de commodat intéressé. Elle retient l'existence du droit de rétention au motif que (et donc lorsque) la remise de la chose n'est pas détachable des autres relations contractuelles des parties (v. Cass. 1re civ., 28 février 1989, n° 87-13374, certes antérieur à la consécration générale du droit de rétention en 2006 – C. civ., at. 2286). On peut y comprendre que la reconnaissance du droit de rétention passe non par la figure du commodat intéressé, mais par l'absorption de la remise de la chose dans la qualification de la relation contractuelle principale (contrat d'entreprise, par exemple). Or, l'optique de l'avant-projet est différente.

Consacrant légalement le commodat intéressé, le texte nouveau devrait logiquement exclure ce phénomène d'absorption – étant d'ailleurs ajouté qu'il privilégie une logique distributive dans les qualifications (v. spéc. commentaire, p. 5). Autrement dit, le droit de rétention accordé à l'emprunteur par l'avant-projet découle *du commodat* et non de l'autre relation contractuelle dans laquelle il s'inscrit. Dans ces conditions, et si l'on considère que le droit de rétention ainsi accueilli n'est autre que celui prévu à l'article 2286 du Code civil, on devrait en déduire que les seules créances que ce droit de rétention protège sont celles qui résultent du contrat qui l'oblige à restituer la chose, c'est-à-dire *du commodat lui-même* (C. civ., art. 2286, 2°), et celles qui sont nées à l'occasion de la détention de ladite chose (C. civ., art. 2286, 3°). Cela renvoie essentiellement aux rares dépenses que l'emprunteur est en droit de se faire rembourser par le prêteur (cf. av.-projet, art. 1882, al. 2).

Pour reprendre l'espèce de l'arrêt précité, il n'est pas du tout certain que l'entrepreneur abatteur de volailles qui prétendait retenir, jusqu'au paiement de ses prestations par le maître de l'ouvrage, le matériel qui avait été mis à sa disposition par ce dernier, aurait été admis à le faire sous l'empire du dispositif issu de l'avant-projet. On lui aurait objecté, d'une part, que sa créance ne résulte pas du contrat qui l'oblige à restitution (le commodat), de sorte que l'article 2286, 2°, ne s'applique pas, et d'autre part, que cette créance n'est pas née à l'occasion de la détention de la chose, de sorte que l'article 2286, 3°, ne s'applique pas non plus.

Si, au contraire, la relation afférente à la chose n'est pas prise en tant que commodat mais absorbée dans la relation principale, cette difficulté n'est plus. En somme, la reconnaissance légale du commodat intéressé s'accompagne d'une sorte de cloisonnement qui empêche de soumettre la relation afférente à la chose au régime de la relation principale. Sans doute est-ce une bonne chose de façon générale. Mais, s'agissant du droit de rétention dans le commodat intéressé, cela fait un peu reculer les droits de l'emprunteur que l'on a pourtant voulu privilégier en raison de l'intérêt recherché par le prêteur. Aussi, en s'inspirant d'ailleurs de l'article 1938 de l'avant-projet et de l'actuel article 1948, pourrait-on prévoir que, lorsque le commodat est intéressé, l'emprunteur peut retenir la chose « *jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du prêt et de la relation contractuelle dans laquelle celui-ci s'inscrit le cas échéant* ».

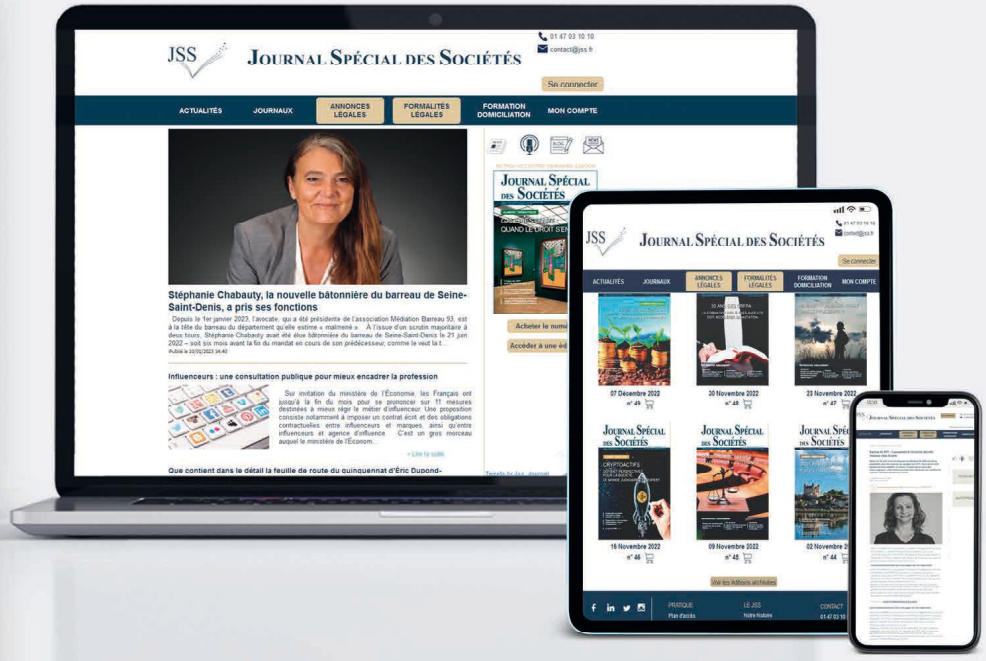
JSS JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS
DEPUIS 1898

Pour découvrir la suite de ce numéro ...

ABONNEZ-VOUS
À NOTRE NOUVELLE FORMULE

ABONNEMENT
ANNUEL
36€

- UN ACCÈS PREMIUM À LA TOTALITÉ DES ARTICLES EN LIGNE
- UNE NEWSLETTER HEBDOMADAIRE AVEC LE CONDENSÉ DE L'ACTUALITÉ PARUE SUR WWW.JSS.FR
- DES NUMÉROS THÉMATIQUES EN COLLABORATION AVEC DES PROFESSIONNELS



☐ *JE M'ABONNE À LA NOUVELLE FORMULE*

1 AN D'ABONNEMENT AU JSS POUR 36€ TTC

INTERNET	WWW.JSS.FR
E-MAIL	ABO@JSS.FR
TÉLÉPHONE	01 47 03 10 10
COURRIER	Bulletin à renvoyer au 8, rue Saint Augustin 75080 Paris Cedex 02

RENSEIGNEMENTS : N° ABONNÉ :

NOM ET PRÉNOM : ☐M. ☐MME ☐MAÎTRE

SOCIÉTÉ

ADRESSE :

VILLE : CODE POSTAL :

E-MAIL : TÉL.:

JE RÈGLE PAR :

☐ Chèque bancaire ou postal à l'ordre du SPPS

☐ Par Carte Bleue (sur le site *www.jss.fr*)

Date et signature :

Les abonnements souscrits à nos publications sont à leur échéance reconduits tacitement. Néanmoins, l'abonné peut y mettre un terme par mail : abo@jss.fr selon l'art.L.136-1 du code de commerce.