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

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

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.

D'une complexité à faire pâlir d'envie Byzance ! Belle image qu'un célèbre professeur de droit employa à l'adresse de ses étudiants, dont le soussigné, pour annoncer ce que le cours de droit des contrats spéciaux allait leur dévoiler. Il est vrai que la matière a quelque chose de la mosaïque, faite d'une foule de règles particulières incrustées dans la sphère plus vaste du régime des contrats, côtoyant ici le droit commun et là d'autres dispositions encore plus spéciales. Mais voici qu'il est question de la rénover, sur la base d'un avant-projet issu d'une commission présidée par Philippe Stoffel-Munck, soumis à consultation publique par le ministère de la Justice, et faisant suite à un autre avant-projet diffusé en 2017 par l'association Henri Capitant. L'entreprise est à l'évidence nécessaire. Est-il besoin de souligner que l'on ne vend, ne loue, ne sert, ne prête, ne dépose, ne joue ni ne mandate comme on le faisait en 1804 ? À ce truisme, s'ajoute la réforme du droit commun du contrat initiée en 2016. « *Il n'est pas bon,* déclare *l'exposé des motifs de l'avant-projet, qu'un droit commun du XXI*^{ème} *siècle soit prolongé par un droit spécial dont l'expression écrite reste ancrée dans le début du XIX*^{ème}. ». Le droit spécial, en effet, ne vit pas en dehors du droit commun, mais s'articule avec lui, y dérogeant à certains égards et lui laissant place à d'autres. Sur le principe, donc, la réforme s'impose, pour des raisons de modernisation et de coordination.

Reste le fond, et de fond il est très sérieusement question. Dans l'absolu, la consécration d'évolutions jurisprudentielles bien acquises, accompagnée de divers ajustements, aurait pu répondre aux besoins de modernisation et de coordination. Mais l'avant-projet va bien plus loin et préconise de grands changements. Le plus frappant d'entre eux tient à un extraordinaire rayonnement du contrat au-delà de ceux qui l'ont conclu. Que l'on songe, par exemple, à la transmission automatique des droits, actions et charges afférents au bien vendu, à la libération pour l'avenir du locataire cédant d'un bail quel qu'en soit l'objet, ou encore à la possibilité, pour le maître de l'ouvrage, d'exercer les actions nées du contrat de sous-traitance. À quoi s'ajoutent bien d'autres évolutions, dont les retentissements professionnels sont nombreux. Ce sont précisément ces retentissements que le présent numéro s'efforce de mettre en lumière, à travers neuf contributions qui ont été voulues aussi synthétiques, pratiques et constructives que possible. Chacun s'est concentré sur certains points saillants, saluant ce qui a lieu d'être salué à ses yeux, et indiquant, dans le cas contraire, les modifications qui lui paraissent devoir être apportées au texte définitif.

Antoine Hontebeyrie

Avocat associé, Cabinet Racine,

Agrégé des facultés de droit,

Professeur à l'Université Paris-Saclay

Vente : la détermination du prix par le tiers estimateur

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

« *[Le prix de la vente] peut cependant être laissé à l'estimation d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente, sauf estimation par un autre tiers.* » Le droit français considère le prix comme l'affaire des parties, ce qui implique que le juge ne puisse s'immiscer dans sa détermination.

Ainsi, la doctrine majoritaire, s'appuyant sur un arrêt rendu par la Cour de cassation en 1990 (Cass. com., 23 janvier 1990, n° 88-11644), considère que le juge ne peut pas nommer le tiers si les parties, bien qu'ayant prévu dans le contrat que le prix est déterminé par un tiers, n'ont pas donné au juge le pouvoir de le désigner. Cette limite dans les pouvoirs du juge peut être lourde de conséquences dans certaines circonstances. La nullité d'une cession étant l'un des scénarios les plus redoutés par les parties compte tenu des conséquences opérationnelles désastreuses qu'elle emporte, la pratique, notamment dans les opérations de cession de droits sociaux, a imaginé des clauses à « tiroirs ».

Il peut ainsi être convenu qu'à défaut d'accord des parties sur une clause de prix (par exemple un prix résultant de l'application d'une formule), le prix est déterminé par un tiers choisi dans le contrat. L'hypothèse dans laquelle ce premier tiers ne peut ou ne veut remplir sa mission est quant à elle envisagée, d'une part en ce qu'un deuxième voire un troisième tiers est prévu contractuellement, et d'autre part en ce que, si aucun des tiers ainsi contractuellement choisis par les parties ne veut ou ne peut remplir sa mission, alors la partie la plus diligente peut demander au juge la désignation d'un autre tiers. L'article 1605, alinéa 2, de l'avant-projet de réforme consacre légalement cette pratique : « *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.* » Cette modification rapproche en outre le régime de celui de l'article 1843-4, qui permet la désignation du tiers par le juge à défaut d'accord entre les parties.

Prévoir la possibilité d'une clause contraire

Nous saluons cette évolution qui va dans le sens de la sécurisation des transactions. Il nous semblerait néanmoins nécessaire de réserver la clause contraire. En effet, il peut se trouver des situations dans lesquelles les parties ne souhaitent pas confier à un juge la possibilité de choisir le tiers (ne serait-ce que pour s'assurer de l'indépendance du tiers par rapport à chaque partie ou de ses qualités requises dans l'estimation en cause). Ainsi, nous préconisons de modifier le projet pour prévoir clairement la possibilité d'une dérogation conventionnelle par les parties à la désignation par le juge du tiers estimateur.

Par ailleurs, la mission du tiers de l'actuel article 1592, désigné par les parties ou par le juge, n'est pas de trancher un litige sur le fondement de règles de droit, comme c'est le cas d'un arbitre, ni de fournir un avis technique qui ne lierait pas le juge, comme c'est le cas d'un expert. Elle consiste à déterminer un prix qui va s'imposer aux parties et au juge. À cet égard, et à la suite de Marie Garnier-Zaffagnini qui s'est également prononcée en ce sens (« *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux : le prix dans la vente – chronique* », *Dalloz Actualité*, 1er juin 2022), nous préconisons donc de remplacer dans le projet le terme « *estimation* » par le terme « *fixation* ».

Les conséquences de l'erreur grossière commise par le tiers dans la fixation du prix

En outre, il résulte du texte proposé que la seule hypothèse dans laquelle les parties (ou le juge) ne seront pas liées par la fixation du tiers est celle de l'erreur grossière, ce qui consacre la position de la jurisprudence (ex. : Cass. com., 6 juin 2001, n°98-18503). L'erreur grossière est ainsi une notion essentielle dans le régime de la détermination du prix dans une opération de vente. Or, aujourd'hui, ni sa définition ni ses conséquences ne sont prévues par la loi. La jurisprudence s'est contentée d'en déterminer les contours. Elle a par exemple jugé que constituait une erreur grossière le fait pour le tiers d'avoir modifié le sens de la mission qui lui était confiée et d'être sorti du cadre juridique qui en était le fondement (Cass. 1re civ., 25 novembre 2003, n° 00-22089).

Constitue également une erreur grossière le fait pour le tiers de déterminer le prix à partir de prémisses erronées quant au mode même de détermination de la valeur des droits sociaux (Cass. com., 19 décembre 2000, n° 98-10301). Les exemples sont rares, car les juges ne retiennent qu'exceptionnellement l'erreur grossière. Pour pallier l'absence de définition légale, plusieurs auteurs ont proposé une définition de la notion d'erreur grossière. L'une de ces définitions, retenue par la doctrine majoritaire, est l'erreur « *qu'un technicien normalement soucieux de ses fonctions ne saurait commettre* » (A. Viandier, note sous Com., 4 novembre 1987, JCP E 1988, II, 15212), définition qui a d'ailleurs un certain écho en jurisprudence (CA

Paris, 8 avril 2022, n° 19/20484).

Cela étant, on comprend que les auteurs de l'avant-projet n'aient pas souhaité figer une définition dans la loi. Si la définition de l'erreur grossière est incertaine, il en va de même, aujourd'hui, de ses conséquences.

D.R.

Substituer la nullité de la fixation du prix à celle de la vente en cas d'erreur grossière

La jurisprudence a jugé que l'erreur grossière « *remet en cause* » le prix déterminé par le tiers, sans plus de précision (Cass. com., 4 février 2004, n°01-13516). Mais la vente n'en est pas nécessairement nulle pour autant. Dans le cas où les parties ont prévu dans leur convention la désignation d'un autre tiers (v. *supra*), ou même se mettent d'accord *a posteriori* sur ce point, une nouvelle procédure d'estimation s'impose, qui permettra à la vente de produire effet. En revanche, en l'absence d'accord sur la nomination d'un nouveau tiers, alors il n'y a point de vente, auquel cas l'erreur grossière mène dans une impasse.

L'avant-projet aborde cette difficulté au sein du troisième alinéa de l'article 1605. Ce texte dispose : « *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.* » On peut saluer la volonté de clarifier les conséquences de l'erreur grossière. Cependant, en donnant à l'une des parties la possibilité de solliciter la nullité de la vente en justice, la réforme ne favorise pas la sécurité juridique des opérations de vente.

Comme nous l'avons évoqué plus haut, il se peut que les parties aient prévu dans leur convention l'intervention d'un autre tiers. En outre, indépendamment même d'une telle hypothèse, le deuxième alinéa de l'article 1605 de l'avant-projet prévoit la possibilité pour le juge de nommer le tiers. Or cette possibilité existe non seulement lorsque la convention ne désigne pas le tiers mais également « *lorsque [l'estimation] vient à être annulée* ». Il serait regrettable, nous semble-t-il, que l'usage de ces procédés curatifs puisse être finalement abandonné au choix de l'une des deux parties pour cette seule raison qu'elle a été « lésée » par l'erreur grossière.

Si les parties entendent qu'une erreur grossière remette définitivement en cause la vente, à elles de le prévoir dans leur contrat. Afin de favoriser la sécurité des transactions, nous préconisons ainsi de prévoir que la sanction de l'erreur grossière commise par le tiers sera la nullité, non pas de la vente, mais de la fixation du prix elle-même. Ainsi, l'application du deuxième alinéa permettra, dans cette hypothèse, à l'une des parties de mettre en œuvre les clauses de désignation subsidiaire ou, à défaut, de saisir le juge afin qu'il désigne un autre tiers. Nous ne résistons d'ailleurs pas à souligner qu'il ne s'agirait pas d'une révolution, Pothier écrivant, dès le 18e siècle, que la partie lésée dans l'estimation par une erreur « inique » pouvait demander, à ses dépens, une nouvelle estimation par un expert nommé en justice (Traité du contrat de vente, Tome I, 1762, n° 24). Enfin, l'avant-projet ne se prononce pas sur la possibilité pour le juge de nommer à nouveau le tiers ayant commis l'erreur grossière. S'il revient à la liberté contractuelle des parties de pouvoir le faire, il nous parait important de prévoir que cette possibilité est en revanche exclue pour le juge (rappr. M. Garnier-Zaffagnini, préc.).

Au vu des éléments précédemment exposés, nous proposons de rédiger le futur article 1605 du Code civil comme suit : « *Le prix peut être laissé ~~à l'estimation~~ à la fixation 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, et sauf clause contraire, le juge le nomme. Il en va de même si le tiers ne veut ou ne peut faire ~~l'estimation~~ la fixation ou ~~que~~ si celle-ci vient à être annulée. / En cas d'erreur grossière commise par le tiers ~~sur la détermination~~ dans la fixation du prix, ~~celle-ci est nulle 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~~ celle-ci est nulle. Le cas échéant, le juge ne peut désigner le tiers ayant commis l'erreur grossière.* »

Vente : vices, éviction et transmission des charges

Antoine Hontebeyrie,
Avocat associé,
Cabinet Racine
Agrégé des facultés de droit, professeur à l'Université Paris-Saclay

Nombreuses et substantielles sont les évolutions qui se profilent au sein de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux. Il ne peut être question de les aborder toutes ici. Certaines méritent assurément d'être saluées. Par exemple, le rattachement de la substitution dans une promesse de vente à la cession de contrat (C. civ., art. 1216 et s.), en tout cas quant aux effets qu'elle produit. Même si cette option peut être discutée, elle a le mérite de clarifier la donne, ce qui va dans le sens de la sécurité juridique. On pense aussi et surtout à la garantie des défauts du bien vendu (sur ce volet de l'avant-projet, v. not. C. Aubert de Vincelles et N. Sauphanor-Brouillaud, « *Observations sur la garantie des vices en matière de vente sous le prisme du droit de la consommation (1re partie)* », *Dalloz actualité*, 12 janv. 2023).

D.R.

Un régime unique regroupant vices cachés et non-conformité

En l'état du droit positif, deux régimes différents sont applicables, suivant que le défaut a la nature d'un vice caché ou d'une non-conformité. Le premier cas relève du régime spécifique de la garantie (C. civ., art. 1641 et s.), et le second, en substance, du droit commun. La distinction entre ces deux types de défauts n'est pas absolument nette, comme en témoignent les nombreux arrêts qui ont eu à en connaître et le volume des discussions doctrinales qu'elle a suscitées. Elle peut donc donner prise à de longs débats. L'avant-projet purge le régime de la vente de ces difficultés. Il fusionne les deux défauts en les soumettant à un régime unique : celui de la « garantie des vices du bien vendu ». Au moins pour la lisibilité et la prévisibilité du droit, cela est une bonne chose (v. cep. les éléments relevés par L. Leveneur, « *Premières vues sur l'avant-projet de réforme du droit de la vente et de l'échange* », *RDC* septembre 2022, p. 114 ; *adde*, contre la fusion proposée : O. Tournafond, *Faut-il élargir le domaine de la garantie des vices cachés dans la vente ?* D. 2023, chr. p. 349).

La fusion s'accompagne par ailleurs d'une sorte de dilution des remèdes dans le droit commun. Les droits ouverts à l'acquéreur en cas de vice s'exercent « *conformément* » aux articles 1217 et suivants et 1231 et suivants. Cette évolution est de nature à emporter certains changements, notamment en matière d'assurance (cf. Cass. 3e civ., 13 novembre 2003, n° 00-22.309).

Plus au fond, il y a là une certaine

désacralisation de la garantie, qui n'en est plus vraiment une. Mais on gagne en simplicité, de même d'ailleurs qu'en efficacité puisqu'il est désormais clairement prévu que l'acquéreur peut opter pour une mise en conformité du bien, c'est-à-dire pour l'exécution forcée. Tout au plus suggérera-t-on de corriger un peu le premier alinéa de l'article 1644 de l'avant-projet afin de tenir compte de ce que le remède choisi par l'acheteur ne s'exerce pas forcément à un moment où le prix a déjà été payé : la locution « *le cas échéant* » devrait faire l'affaire.

Enfin, la suggestion d'un auteur (O. Robin-Sabard, *Dalloz actualité*, 11 juil. 2022) de viser également les vices qui diminuent tellement l'usage du bien que l'acheteur ne l'aurait pas acquis, comme c'est le cas en l'état du droit positif (C. civ., art. 1641), mérite à notre sens d'être suivie.

Un délai biennal rattaché à la prescription

Une autre avancée doit également être saluée, qui concerne la qualification imprimée au délai biennal enserrant l'action résultant des vices (C. civ., art. 1648, al. 2). Ici encore, le droit positif est aujourd'hui incertain. La Cour de cassation elle-même se montre hésitante sur le point de savoir si l'on est en présence d'un délai de prescription (Cass. 1re civ., 20 oct. 2022, n° 20-15070) ou d'un délai de forclusion (Cass. 3e civ., 5 janvier 2022, n° 20-22670), dont le régime est beaucoup plus rigoureux pour l'acquéreur.

L'avant-projet résout aussi cette difficulté. « *L'action résultant des vices*, dit son article 1648, alinéa 1, *se prescrit par deux ans* » – dans la limite du délai butoir de vingt ans prévu à l'actuel article 2232. Le délai en question est donc rattaché à la prescription, du moins s'il est permis de se fier à la lettre du texte (comp. C. Charbonneau, M. Faure-Abbad, D. Gantschnig, M. Poumarède et J.-Ph. Tricoire, « *La vente d'immeuble dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux* », *RDI 2022*, p. 488, spéc. p. 492). Cette solution est la bonne, non seulement, une fois de plus, pour la lisibilité, mais également pour la Justice, que la forclusion contrarie davantage que la prescription. On ne se cachera pas néanmoins que la fusion précédemment évoquée aboutit à réduire de cinq à deux ans le délai de prescription en présence d'une non-conformité au sens actuel.

En outre, l'alinéa 2 de l'article 1648 adopte ici la logique du point de départ « glissant », déclenchant le cours du délai non pas nécessairement lors de la découverte du vice (comme le fait

D.R.

le texte actuel) mais aussi, le cas échéant, lorsque, bien qu'ignorant ce vice, l'acquéreur « *aurait dû* » le découvrir (cf. C. civ., art. 2224). Tout cela incite à la diligence et le cas échéant à l'action rapide : aux tribunaux de s'y attendre.

Faciliter l'émission des réserves par l'acquéreur

Au-delà de ces éléments, positifs comme d'autres encore, le texte proposé a vocation à être amélioré par un certain nombre de modifications. On en suggérera ici quatre.

Les deux premières concernent justement la garantie des vices. L'article 1643 de l'avant-projet prévoit assez logiquement que l'acceptation sans réserve du bien vendu interdit à l'acheteur de se prévaloir des vices apparents. Cependant, il ajoute que les réserves doivent être écrites, motivées et contradictoires. Or il ressort du commentaire que le respect de cette exigence implique un contreseing du vendeur. Et ce n'est que dans le cas où les réserves « n'ont pas pu » être ainsi faites que l'acquéreur conserve la possibilité d'en émettre, par voie de notification au vendeur dans les cinq jours ouvrés de la remise du bien.

Ce mécanisme est trop peu protecteur de l'acquéreur. Il suffit d'imaginer un vendeur qui, d'une façon ou d'une autre, parvient à se soustraire au contreseing sollicité. Dans ce cas, l'acquéreur a certes la possibilité, en droit, de refuser de recevoir le bien vendu (av.-projet, art. 1654). Mais s'il ne le fait pas, il lui appartiendra de rapporter la preuve qu'il lui a été impossible de faire contresigner par le vendeur l'acte exprimant les réserves, ce qui sera dans bien des cas fort difficile, voire infaisable.

Par-dessus tout, la logique de la contradiction ne paraît pas adaptée en l'occurrence. On la conçoit bien en matière de construction (C. civ., art. 1792-6, al. 1), car l'opération contractuelle s'inscrit alors, par hypothèse, dans une durée qui permet d'organiser un processus de réception (convocation des parties, projet de procès-verbal, etc.). La configuration est différente s'agissant de la remise d'un bien vendu, qui est généralement une opération instantanée et dont l'initiative repose souvent sur le vendeur ou le cas échéant sur un transporteur.

D'ailleurs, en matière de construction, c'est la *réception* qui est contradictoire, et il ressort de la jurisprudence que ce caractère ne suppose même pas nécessairement l'établissement d'un écrit signé des deux parties. Quant aux *réserves* elles-mêmes, l'article 1792-6 du Code civil n'exige pas qu'elles soient émises par un écrit de cette sorte, et l'on admet qu'une réception tacite puisse être efficacement suivie, quelques jours plus tard, d'une lettre du maître de l'ouvrage émettant des réserves sans pour autant subordonner cette faculté à l'impossibilité de procéder contradictoirement (Ph. Malinvaud [dir.], « *Droit de la construction* », *Dalloz Action*, 2018-2019, n° 403-82).

De là, une suggestion, qui est d'abandonner les exigences de formes qui viennent d'être évoquées, tout en prévoyant que l'acquéreur peut notifier les réserves dans les cinq jours ouvrés. Cette option rejoint d'ailleurs la règle prévue en matière de transports à l'article L. 133-3, alinéa 1, du Code de commerce, auquel le commentaire se réfère. L'article 1643 pourrait alors être réduit à un seul alinéa et libellé dans les termes suivants : « *L'acceptation ~~sans réserve~~ du bien vendu, lors de sa remise à l'acheteur, interdit à celui-ci de se prévaloir des vices apparents s'il n'a notifié au vendeur des réserves motivées dans les cinq jours ouvrés*. » Cette règle contrebalancerait un peu la rudesse du délai imposé à l'acheteur.

L'autre modification souhaitable s'agissant de la garantie des vices cachés concerne précisément ledit délai. L'avant-projet préconise en effet d'ajouter à l'article 1648 un troisième alinéa, aux termes duquel « *Toute clause contraire est réputée non écrite.* » À lire le commentaire, il semble que cette règle concerne uniquement le point de départ du délai. Pourquoi pas. Mais, dans ce cas, il faut la remonter dans l'alinéa 2, ce qui pourrait être fait de la façon suivante : « *Ce délai commence à courir à compter du moment où l'acheteur a découvert ou aurait dû découvrir le vice, toute clause contraire étant réputée non écrite ; ~~sans que~~ l'action ~~puisse~~ ne peut être exercée au-delà du délai fixé à l'article 2232.* » S'il s'agit au contraire de rendre impératif non seulement le point de départ mais également le délai lui-même, alors le troisième alinéa devrait être supprimé. On ne voit pas en effet la raison pour laquelle il devrait être interdit aux parties d'user de la faculté, prévue à l'article 2254 du Code civil, d'aménager contractuellement ce délai et, en particulier, de l'allonger.

Reconduire clairement les conditions d'exclusion de la garantie d'éviction

La troisième suggestion concerne la garantie d'éviction. En l'état du droit positif, la seule connaissance, par l'acquéreur, d'un risque d'éviction, n'exclut pas complètement ladite garantie. Dans ce cas, en effet, l'acheteur conserve le droit de demander la restitution du prix. L'article 1629 le laisse entendre et la jurisprudence le confirme (v. not. Cass. civ., 9 mars 1937, DH 1937, p. 253 ; CA Nouméa, 10 mai 2012, n° 11/00169 ; R. Le Guidec et G. Chabot, J.-cl. civ., art. 1627 à 1629, n° 51 et s. et les réf., dont Cass. 1re civ., 15 avril 1969, Bull. n° 195, qui paraît retenir une solution différente en l'état toutefois d'une faute commise par les acquéreurs ; comp. la formule équivoque de Cass. com., 21 nov. 2018, n° 17-21.467).

Pour que la garantie soit totalement exclue, il faut soit que l'acheteur ait acheté le bien à ses risques et périls, soit qu'à la connaissance du risque d'éviction s'ajoute une clause de non-garantie (Cass. civ., 9 mars 1937, préc. ; CA Nouméa, 10 mai 2012, préc. ; R. Le Guidec et G. Chabot, préc.). Cette solution est bonne, car la seule connaissance d'un risque d'éviction n'établit pas en soi que l'acquéreur a entendu renoncer à la protection légale (comp. cep., en matière de cession de créance, C. civ., art. 1326, al. 1).

Or l'avant-projet est un peu ambigu sur ce plan. Adjectif dans l'actuel article 1629, le mot « *même* » y devient adverbe dans le nouveau. Ainsi rédigé, et rapproché de l'article 1625, alinéa 2, le texte peut laisser entendre que la seule connaissance du risque suffit à évincer totalement la garantie (cf. d'ailleurs H. Kassoul, *Dalloz actualité*, 22 juin 2022, qui suggère une modification dont le libellé va dans ce sens). On proposera donc une clarification destinée à reconduire les solutions actuelles. L'article 1625, alinéa 2, pourrait être amendé dans les termes suivants : « *Elle n'est pas due ~~quand~~ si l'acheteur, ~~au moment de la vente, connaissait le risque d'éviction ou s'il~~ a acheté à ses risques et périls.* » L'article 1629 pourrait quant à lui être ainsi modifié : « *~~Même~~ Lorsqu'une clause exonératoire de garantie a été stipulée, le vendeur, en cas d'éviction, est néanmoins tenu à la restitution du prix perçu augmenté du taux d'intérêt légal à compter du jour de la vente, à moins que l'acquéreur n'ait connu, au moment du contrat, l'existence du risque d'éviction ~~ou qu'il n'ait acheté à ses périls et risques~~.* »

Enfin, il serait également souhaitable de maintenir la solution actuelle voulant que la garantie d'éviction ne couvre pas les charges (servitudes, bail, etc.) qui ont été déclarées lors de la vente (C. civ., art. 1626) ou, plus largement, dont l'acquéreur a eu connaissance à cet instant (Cass. 3e civ., 1er juil. 1980, n° 79-11366). Cela pourrait être fait en ajoutant à l'article 1625 un troisième alinéa ainsi rédigé : « *Elle n'est pas due non plus s'agissant des charges dont l'acquéreur avait connaissance lors de la vente.* »

DR.

Abandonner la consécration légale de la transmission de plein droit des charges afférentes au bien vendu

La quatrième et dernière suggestion a trait à l'article 1612 de l'avant-projet. Selon l'alinéa 1 de ce texte : « *Les droits, actions et charges afférents au bien vendu sont transmis de droit à ses acquéreurs successifs.* » En ce qui concerne les droits et actions, c'est-à-dire au plan actif, la solution fait écho – et consacrerait donc – une solution jurisprudentielle bien

établie, selon laquelle le sous-acquéreur « *jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur* » (cf. p. ex. Cass. ass. plén., 7 février 1986, n° 84-15189).

En revanche, l'inclusion, dans la transmission de plein droit à l'acquéreur, des « *charges* » afférentes au bien vendu, c'est-à-dire du passif, représente une véritable révolution (en ce sens égal. : M. Latina, *Dalloz actualité*, 24 juin 2022), au moins en puissance. Une jurisprudence elle aussi bien établie veut en effet que « *l'acquéreur d'un bien à titre particulier ne succède pas de plein droit aux obligations personnelles de son auteur, même si celles-ci sont nées à l'occasion du bien transmis* » (cf. p. ex. Cass. 3e civ., 16 novembre 1988, n° 88-11298). Bien sûr, la notion de charges employée par le texte proposé n'est pas forcément de nature à englober l'ensemble des obligations que le vendeur a contractées et qui ont, de près ou de loin, un rapport avec le bien vendu. Elle évoque la notion d'obligation réelle ou « *propter rem* », à laquelle se réfère d'ailleurs le commentaire, qui implique l'existence d'un certain lien entre l'obligation et le bien vendu. Mais, aujourd'hui, en dehors des cas légaux (ex. : servitudes), la jurisprudence ne reconnaît que de façon exceptionnelle l'existence de telles obligations transmissibles de plein droit (ex. : Cass. 3e civ., décembre 1986, n° 85-14348). Au lieu de quoi, c'est une voie très large que leur ouvre le texte proposé.

La notion de charge et l'adjectif « *afférent* » (« *qui se rapporte à* », en dit l'Académie française) sont en effet suffisamment accueillants pour

© Andrey Popov

qu'y entrent (ou tentent d'y entrer *via* les plaideurs) nombre d'obligations qui, en l'état du droit positif, ne sont pas transmises de plein droit à l'acquéreur. Que l'on songe, par exemple, aux obligations que le vendeur d'un fonds de commerce a contractées dans le cadre de l'exploitation de celui-ci (Cass. com., 24 juin 1997, n° 94-16929), au mandat de gestion que le vendeur d'un immeuble avait confié à un tiers (Cass. 1re civ., 17 novembre 2011, n° 10-22865, à propos précisément d'un mandat « *afférent à un bien* »), ou encore au cautionnement que le cédant de droits sociaux avait souscrit en sa qualité d'associé (Cass. com., 1er avril 1997, n° 94-16178). Est-il vraiment exclu que de telles obligations puissent être considérées comme des charges afférentes au bien vendu ?

La question se pose alors de savoir si une telle évolution est souhaitable. La réponse est assurément négative s'il faut comprendre du texte que le vendeur se trouve par là-même libéré de l'obligation en question – ce que l'alinéa 2 peut laisser entendre *a contrario*. Il serait évidemment choquant qu'un débiteur puisse, par une simple vente et donc sans l'accord de son créancier, se libérer de son obligation, serait-ce pour l'avenir uniquement. La réforme du droit des obligations initiée en 2016 a d'ailleurs posé des principes tout à fait contraires à cela (C. civ., art. 1327 et s.). Mais, en admettant même que le débiteur-vendeur reste tenu (solidairement ? rien ne l'indique dans le texte) de son obligation, la solution qui se profile ne paraît pas opportune. Elle est en effet de nature à faire peser sur l'acquéreur des obligations dont il ignore l'existence au jour de la vente (celles de son vendeur, mais également celles du vendeur de ce dernier et ainsi de suite). Voilà qui rendrait assez anxiogène un contrat du quotidien.

Si le texte devait être maintenu néanmoins, il faudrait *a minima* préciser, d'une part, que la transmission des charges ne libère pas le débiteur, qui reste solidairement tenu avec l'acquéreur, et d'autre part, que cette transmission s'opère sauf convention contraire entre ce dernier et le vendeur.

Bail : application du régime aux choses incorporelles

Charles Bouffier,
Avocat associé,
Cabinet Racine

Victoire Danès,
Avocate,
Cabinet Racine

L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, élaboré par une Commission dirigée par le professeur Philippe Stoffel-Munck et composée de six professeurs de droit, d'un avocat et d'un magistrat à la Cour de cassation, réalise une actualisation importante des règles relatives au contrat de bail. Ce dernier, issu du Code civil de 1804, est actuellement empreint d'une forte connotation immobilière. Une modernisation de son régime était attendue, s'inscrivant dans la continuité de la réforme du droit des obligations issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, afin de rendre compte de la réalité de la pratique contractuelle et d'harmoniser le droit spécial avec le droit commun.

Première innovation, les auteurs de l'avant-projet proposent de renommer le contrat de louage en « *contrat de location* », l'appellation de « *contrat de bail* » étant par ailleurs maintenue. Ils envisagent également l'application expresse du régime du contrat de location aux choses incorporelles *via* un article 1712, aux termes duquel : « *On peut louer toutes sortes de choses qui sont dans le commerce, mobilières ou immobilières, corporelles ou incorporelles, sous réserve des dispositions particulières s'y appliquant. / Lorsque la location porte sur une chose incorporelle, et que les parties ont manqué à y adapter les modalités d'exécution du contrat, notamment quant à la délivrance, l'usage et la restitution, les règles du présent titre s'appliquent autant qu'elles sont compatibles avec la nature de la chose louée.* » C'est de cet article que traite la présente contribution.

D.R.

La place donnée aux choses incorporelles

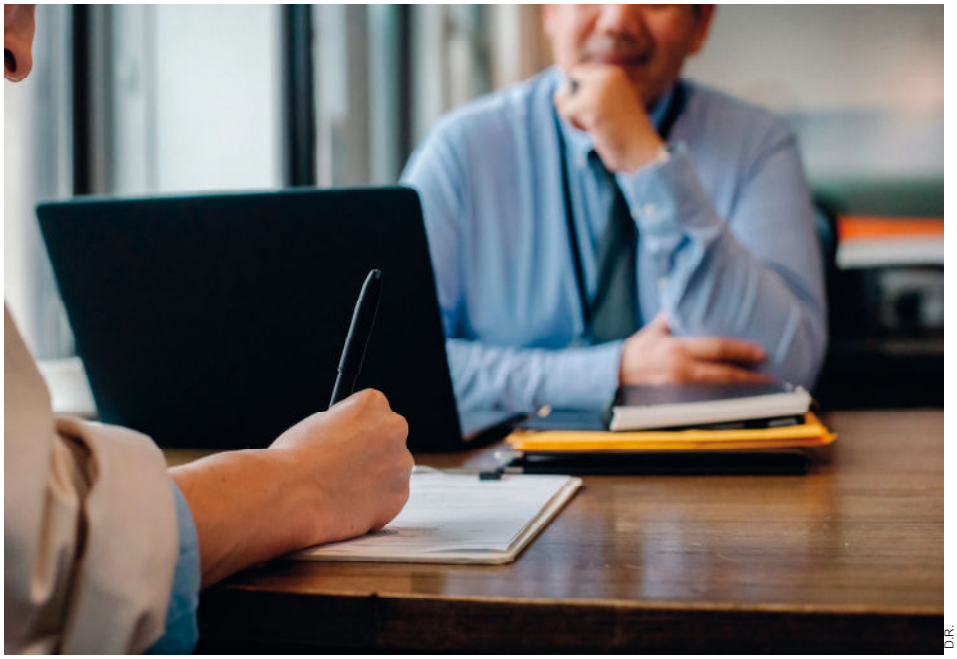
Relevons d'abord que la notion de « *commerce* » ne doit pas inquiéter les praticiens. L'ancien article 1128 du Code civil (« *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions.* »), qui a disparu à la suite de la réforme du droit des obligations de 2016, resurgit indirectement dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux à travers l'alinéa premier de l'article

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.

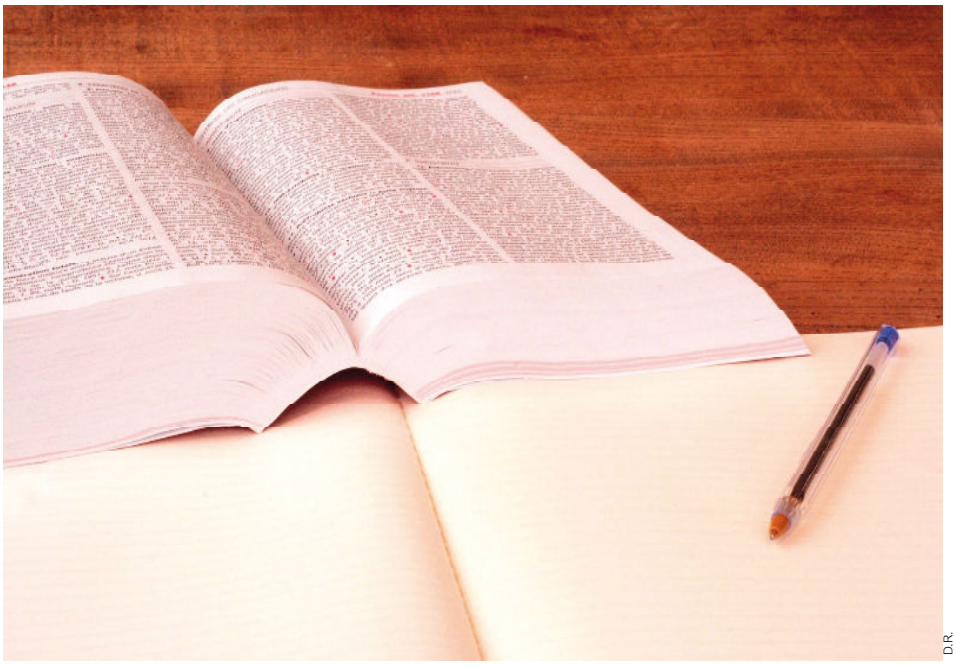
Par ailleurs, le terme de « *chose* » a été préféré à celui de « *bien* » (choisi pour le contrat de vente) pour le contrat de location, alors que l'actuel article 1713 du Code civil relatif au contrat de louage vise tous « *biens meubles ou immeubles* ». Les auteurs de l'avant-projet expliquent ce choix 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.

Simplifier l'articulation des règles générales et des règles particulières


D.R.

L'alinéa premier du projet d'article 1712 prévoit néanmoins une réserve : « *sous réserve des dispositions particulières s'y appliquant* ». La formulation est imprécise et soulève un questionnement quant à son interprétation. Les auteurs de l'avant-projet indiquent dans la version commentée de l'avant-projet qu'ils ont voulu viser « *les innombrables textes encadrant des locations particulières (baux d'habitation, baux commerciaux, baux ruraux, location-gérance, licence de marques…)* ». Toutefois, cette volonté ne ressort pas clairement de la lettre du texte. Il pourrait être compris que certaines choses seraient exclues de la location ou que certaines choses hors du commerce pourraient être louées suivant des règles spéciales dérogatoires. Une reformulation serait bienvenue afin de retranscrire plus clairement la volonté des auteurs.

Enfin et surtout, le second alinéa de l'article 1712 fait du régime du contrat de location un régime supplétif pour les contrats portant sur des choses incorporelles. Ce rattachement apparait néanmoins timide et fragile, en tout cas perfectible. D'abord, il évoque l'application du régime de droit commun du contrat de location à la location des choses incorporelles dans le cas où les parties « ont manqué » à y adapter leur contrat. La notion de manquement suggère une obligation implicite des parties de déterminer contractuellement les modalités d'exécution du contrat de location sans pouvoir se reposer sur le régime de droit commun. Le texte laisse donc entendre que le régime de droit commun serait si inadapté aux choses incorporelles que les parties commettraient un manquement si elles restaient silencieuses sur les modalités d'exécution. Il mériterait d'être reformulé.

Il soulève en outre une autre interrogation. Le renvoi au régime du contrat de bail a lieu lorsque les parties ont manqué à y adapter « *les modalités d'exécution du contrat, notamment quant à la délivrance, l'usage et la restitution* », énumération qui n'est pas limitative comme en témoigne l'adverbe « *notamment* ». Il est permis de s'interroger sur la portée et sur l'interprétation de cette disposition. Les auteurs de l'avant-projet ont-ils voulu insister sur ces modalités en particulier ou préciser que l'ensemble du régime de droit commun n'est pas applicable à titre supplétif ? En d'autres termes, le renvoi à la délivrance, à l'usage et à la restitution, signifie-t-il que seules certaines des règles du bail sont applicables en matière incorporelle ?

Une réponse affirmative nous semblerait regrettable. D'abord, parce que l'adverbe « *notamment* » introduirait alors une inconnue nuisible à la lisibilité du droit. Ensuite, parce qu'un régime supplétif devrait viser l'ensemble des règles de droit commun du contrat de location. Par ailleurs, le texte semble reposer sur une logique du « tout ou rien ». Si les parties n'ont pas adapté le contrat, serait-ce d'ailleurs sur l'un seul des points visés (ex. : restitution), alors le régime s'applique et s'applique donc, semble-t-il, tout entier. Dans le cas contraire, il ne s'applique pas, et donc, semble-t-il, pas du tout. À ce propos, se pose au surplus la question de savoir si cette inapplication concerne jusqu'aux dispositions qui

pourraient être qualifiées d'ordre public par la jurisprudence. Une réponse affirmative semble se dégager du libellé du texte, ce qui n'est pas forcément opportun. Mieux vaudrait, nous semble-t-il, raisonner sur une base classique consistant à appliquer le régime du bail là où le contrat ne résout pas la question considérée et sans préjudice des dispositions susceptibles d'être qualifiées d'ordre public. Mais, pour cela, point n'est besoin d'une disposition particulière, s'il est déjà entendu *via* le premier alinéa que le droit commun du bail s'applique en matière incorporelle.

Généraliser l'applicabilité du régime supplétif

L'alinéa 2 du projet d'article 1712 soulève de surcroît une interrogation de taille en affirmant que les règles de droit commun du contrat de location s'appliquent à titre supplétif au contrat de location portant sur une chose incorporelle « *autant qu'elles sont compatibles avec la nature de la chose louée* ». Cela fragilise encore le renvoi. Cette expression, si elle est conservée, suscitera vraisemblablement des interprétations divergentes. Les auteurs de l'avant-projet précisent que cette expression est issue d'un ancien arrêt de la Cour de cassation du 16 août 1882 qui avait retenu que les règles du bail immobilier étaient applicables à la location de meubles « *autant qu'elles [étaient] compatibles avec la nature des choses* ». Cette expression, même issue d'une jurisprudence ancienne, nous semble nuire à la lisibilité et à la prévisibilité du droit. Si la nature de la chose incorporelle louée est jugée incompatible par le juge avec les règles de droit commun, faudrait-il en conclure que le régime supplétif ne serait pas applicable et qu'il y aurait alors un vide juridique ?

Les règles du Code civil doivent être conçues afin de s'adapter aux évolutions de la société et aux différentes natures de choses objet des contrats de location. Les règles supplétives de volonté devraient être en principe applicables par défaut dans leur ensemble. Les cocontractants peuvent légitimement vouloir se reposer sur le régime supplétif pour simplifier la conclusion de leur contrat et pour concentrer leurs négociations sur d'autres points du contrat qui le nécessitent. Le régime supplétif constitue ainsi une sécurité juridique pour les parties, car si elles prennent la peine de s'informer avant de contracter, elles ont la possibilité de connaître les règles qui régiront leur contrat (D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, *Dictionnaire du contrat*, 2018, Lextenso). Un régime supplétif doit être un facteur de liberté contractuelle mais aussi de sécurité juridique. Bien sûr, certaines dispositions n'ont vraisemblablement pas lieu de jouer en matière incorporelle (ex. : l'article 1722, alinéa 1, de l'avant-projet, en ce qu'il vise les « *réparations* », l'article 1725-3, alinéa 1, en ce qu'il vise les « *travaux* »). Mais leur inapplication découle précisément de la nature des choses, sans qu'il soit nécessaire de le dire. En le précisant au contraire expressément, on ouvre une brèche qui n'est pas propice à la sécurité juridique.

Au regard des éléments qui précèdent, nous suggérons de supprimer l'alinéa 2 de l'article 1712 et de modifier le texte restant comme suit : « *On peut louer toutes sortes de choses qui sont dans le commerce, mobilières ou immobilières, corporelles ou incorporelles, sous réserve des dispositions ~~particulières s'y appliquant~~ applicables aux locations particulières*. »

D.R.

Entreprise : les actions directes en matière de sous-traitance

Jean-Philippe Lorizon,
Avocat associé,
Cabinet Racine

L'ambitieux avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux consacre 49 articles au contrat d'entreprise. Ce qui en dit long sur l'attention portée à ce type de contrats. Dans sa présentation générale de l'avant-projet, le professeur Philippe Stoffel-Munck explique cet intérêt tout particulier par la nécessité de refondre des textes en inadéquation avec l'évolution de la société, l'esprit qui a présidé à ces travaux étant notamment *« de moderniser, c'est-à-dire de s'ouvrir aux réalités faiblement considérées par le passé et de tenir compte de l'obsolescence de nombreuses règles spéciales »*. Cette préoccupation est partagée par le professeur Marie Leveneur-Azémar, qui qualifie de « *surannés* » les textes relatifs au contrat d'entreprise (« *Observations sur le contrat d'entreprise dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux* », *RDC* sept. 2022, p. 130). Les autres axes ayant présidé à la rédaction de l'avant-projet tiennent également, selon le professeur Stoffel-Munck, à un souci de réalisme et à la volonté « *de faire œuvre pratique* ». Or, il nous semble que deux dispositions de l'avant-projet, les articles 1768 et 1769, méconnaissent les implications pratiques qu'elles induisent, notamment dans la mesure où elles dégradent de manière conséquente, et sans contrepartie, la situation des maîtres de l'ouvrage vis-à-vis des sous-traitants de leurs cocontractants.

D.R.

Une révolution copernicienne

L'article 1768 prévoit : « *Le maître de l'ouvrage peut exercer contre le sous-traitant toute action née du contrat de sous-traitance. / Le sous-traitant peut opposer à l'action formée contre lui les exceptions qu'il pourrait opposer à son cocontractant direct.* » Ce texte opère une véritable révolution copernicienne par rapport à la construction prétorienne issue de l'arrêt *Besse* (Cass. ass. plén., 12 juillet 1991, n° 90-13602, Bull. A.P., n° 5), en vertu de laquelle l'action du maître de l'ouvrage à l'encontre du sous-traitant est, en principe, de nature délictuelle. En application du texte projeté, cette action directe serait désormais de nature contractuelle. Ou plutôt ces actions, car seraient aussi bien concernées celles en responsabilité que celle en exécution forcée ou, notamment, en réduction de prix, puisque le texte vise « *toute action* » sans distinction. On comprend parfaitement le souci de cohérence des rédacteurs de l'avant-projet qui ont souhaité mettre fin à une dichotomie de régime, puisque l'action du maître de l'ouvrage contre le contractant de l'entrepreneur relève aujourd'hui soit de

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-*

traitant en vertu de l'action directe sont inopposables à celui-ci. / Le maître de l'ouvrage peut toujours opposer au sous-traitant les exceptions qu'il pourrait opposer à l'entrepreneur ou que celui-ci pourrait opposer au sous-traitant. »
Unanimement, les commentateurs de l'avant-projet relèvent l'absence de condition d'agrément pour permettre au sous-traitant d'agir directement en paiement à l'encontre du maître de l'ouvrage. Cette solution tranche avec les dispositions de la loi de 1975 sur la sous-traitance et pose donc liminairement la question de l'articulation du texte projeté avec le *corpus* du droit positif.

La condition d'agrément sur la sellette

Cette divergence risque d'entraîner de complexes débats sur les champs d'application respectifs des deux dispositifs, en inadéquation, nous semble-t-il, avec les buts recherchés par la réforme projetée. Sur le fond, la disparition de la condition d'agrément met à néant la première ligne de défense à la disposition du maître de l'ouvrage pour s'opposer à une demande de paiement directe d'un sous-traitant. D'aucuns pourraient arguer de ce que cette condition ne s'avère finalement pas indispensable, puisque le maître de l'ouvrage ne restera quoi qu'il en soit « *tenu que dans la limite des sommes qu'il doit encore à l'entrepreneur à la date à laquelle il a reçu* » la mise en demeure du sous-traitant. Ce serait méconnaître la pratique actuelle et la vertu prophylactique de l'agrément. En effet, la demande d'agrément résultant des dispositions de la loi de 1975 sur la sous-traitance permet au maître de l'ouvrage d'opérer un contrôle sur un tiers susceptible d'intervenir sur son chantier. Et avant tout de connaître son existence, ce qui semble bien le minimum ! Le maître de l'ouvrage pourra à cette occasion vérifier la nature des diligences confiées au sous-traitant potentiel, sa capacité technique et financière à les réaliser, tout comme sa couverture assurantielle et le respect de ses obligations sociales et fiscales.
Dans la pratique, il est au surplus fréquent que le maître de l'ouvrage sollicite de son entrepreneur principal qu'il lui communique le contrat envisagé entre ce dernier et son sous-traitant, voire lui demande de calquer les obligations dudit sous-traitant sur les termes du contrat principal (cahier des clauses administratives générales et cahier des clauses administratives particulières). Avec la réforme envisagée, dans tout le périmètre du texte nouveau, il perdrait ce légitime droit de regard, et pourrait même ignorer jusqu'à l'existence de l'intervention d'une entreprise sous-traitante sur son chantier, nonobstant l'importance croissante des obligations mises à sa charge en matière d'organisation, d'hygiène et de sécurité. La remise en cause de l'agrément nous paraît donc contre-productive et dangereuse. Et ce d'autant plus que le maître de l'ouvrage serait dans l'incapacité d'anticiper les exceptions que pourrait lui opposer le sous-traitant, voire d'agir à son encontre s'il ignore jusqu'à son existence. Enfin, les dispositions projetées conduiront la plupart des sous-traitants à exiger l'insertion dans leur contrat de dispositions restreignant les droits d'action du maître de l'ouvrage à leur encontre, dispositions qui s'imposeront audit maître de l'ouvrage sans qu'il ne puisse rien y faire, à moins bien sûr que ces dispositions ne soient qualifiées d'ordre public.
En somme, il nous semble que les modifications envisagées et détaillées ci-dessus dégradent significativement la situation du maître de l'ouvrage et, plus largement, la sécurité juridique. Elles ne sont au demeurant pas compensées par d'autres mesures qui auraient, compte tenu de l'état d'esprit général du texte, pu être envisagées, comme par exemple une extension de la garantie décennale aux sous-traitants. Afin de conserver un équilibre difficilement construit, on peut conclure avec Béatrice Guénard-Salaün, directrice juridique de la Fédération Française du Bâtiment, qu'« *intervenir sur le régime de la sous-traitance, aujourd'hui éclairé par une jurisprudence claire et cohérente, avec un texte qui ne paraît pas limpide, serait dangereux* » (« *Réforme du louage d'ouvrage : les professionnels, inquiets, veulent faire évoluer le projet* », *Le Moniteur*, 19 octobre 2022).

D.R.

Prêt de consommation : vices et ouverture de crédit

Sandra Graslin-Latour,
Avocate associée,
Cabinet Racine

Barna Evva,
Avocat associé,
Cabinet Racine

La Commission présidée par le professeur Philippe Stoffel-Munck a rendu public en 2022 un avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux. Est ainsi repris le prêt de consommation qui, comme l'indiquent les auteurs de cet avant-projet, est dominé dans la pratique par le prêt d'argent. Un tel prêt étant régi par des lois spéciales, notamment dans le Code monétaire et financier et dans le Code de la consommation, l'avant-projet propose de rester dans la limite des grands principes du prêt de consommation, en reprenant notamment des solutions adoptées par la jurisprudence à l'égard des professionnels du crédit, sans faire de renvois aux lois spéciales.

D.R.

L'article 1892 de l'avant-projet donne une nouvelle définition, plus précise et plus exacte, de ce contrat, en y incorporant tous les critères le constituant. Ainsi, pour être qualifié de prêt de consommation, le prêt doit être translatif de propriété et porter sur une chose fongible. La consomptibilité n'est donc pas un élément nécessaire à la qualification de prêt de consommation, comme le laisse entendre l'actuel article 1892, critiqué à ce titre depuis longue date (v. not. P. Pont, Des petits contrats, 1863, n° 11, p. 6). Elle est toutefois érigée en présomption par le deuxième alinéa du texte. Au-delà de cette définition générale, l'avant-projet opère une nette distinction entre le prêt de consommation gratuit et le prêt de consommation onéreux. Nos développements ne concerneront que le second, dès lors que le premier ne subit que peu de changements dans l'avant-projet.

En l'état actuel du droit, le prêt de consommation est un contrat réel, ce que sous-entend également l'actuel article 1892. La jurisprudence est toutefois venue apporter une exception à cette règle en décidant que les prêts d'argent octroyés par des professionnels du crédit (par hypothèse onéreux) sont consensuels. La première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi jugé que « *le prêt consenti par un professionnel de crédit n'est pas un contrat réel* », de sorte que la remise des fonds n'en conditionne pas la formation

(Cass. 1re civ, 28 mars 2000, n° 97-21422). L'article 1893 de l'avant-projet prévoit d'étendre ce caractère consensuel à tous les prêts de consommation onéreux, qu'ils soient ou non consentis par des professionnels du crédit. Cette uniformisation est opportune, car elle sécurise la position de l'emprunteur en lui permettant, le cas échéant, de contraindre le prêteur à lui remettre les fonds.

La responsabilité du prêteur en cas de défaut de la chose prêtée

Les rédacteurs de l'avant-projet de réforme ont par ailleurs souhaité, à juste titre, traiter de la responsabilité de prêteur en présence d'un dommage provenant de défauts de la chose prêtée. Le nouvel article 1903 met ainsi à la charge du prêteur l'obligation d'avertir l'emprunteur de tout défaut dont il aurait connaissance – ce qui ne saurait causer la moindre difficulté – mais aussi de tout défaut qu'il « *aurait dû* » connaître. Or, il est impossible au prêteur d'avertir l'emprunteur d'un défaut qu'il ignore, quand bien même il aurait dû le connaître.

Pour remédier à cette imperfection rédactionnelle, deux possibilités s'offrent au législateur. La première serait de modifier l'article 1903 comme suit : « *Lorsque la chose prêtée comporte des vices tels qu'elle puisse causer un dommage à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable si le vice était caché, sous réserve qu'il ~~le connaissait~~ l'ait connu ~~ou aurait dû le connaître~~ et n'en ait pas averti l'emprunteur, ou qu'il ait dû le connaître*. » La seconde solution, plus favorable au prêteur, serait de supprimer sa responsabilité dès lors et dès lors seulement qu'il ne connaissait pas le défaut : « *Lorsque la chose prêtée comporte des défauts tels qu'elle puisse causer un dommage à celui qui l'a en sa possession, le prêteur en est responsable envers l'emprunteur si le défaut était caché, qu'il le connaissait ~~ou aurait dû le connaître~~ et n'en a pas averti ce dernier.* » La première proposition semble la plus à même de prospérer au regard de l'intention des auteurs de l'avant-projet telle qu'elle ressort du texte. Elle rejoint également, dans une certaine mesure, le régime de la vente tel que prévu par l'avant-projet : le vendeur est tenu d'indemniser l'acheteur du dommage causé par le vice s'il en avait connaissance (av.-projet, art. 1645), étant toutefois précisé que le vendeur est présumé, jusqu'à preuve du contraire, connaître les vices du bien vendu (av.-projet., art. 1642). En tout état de cause, la modification retenue concernant le nouvel article 1903 devrait bien entendu être répercutée dans l'article 1890 de l'avant-projet, relatif au prêt à usage, qui contient une formule identique.

L'utile consécration légale de la cession de promesse de prêt

L'avant-projet de réforme vient par ailleurs utilement aborder la question des promesses de prêt de consommation, sujet qui n'est actuellement pas traité dans le Code civil. Il consacre ainsi deux nouveaux textes à la promesse de prêt de consommation onéreux, les articles 1893-2 et 1893-3. Le premier tire la conséquence du caractère consensuel du prêt de consommation onéreux, en ce que la promesse peut donner lieu à exécution forcée pour autant que le bénéficiaire ait levé l'option. L'article 1893-3 porte quant à lui uniquement sur le prêt d'argent. Il consacre dans le Code civil l'opération d'ouverture de crédit, par laquelle un prêteur promet à un bénéficiaire de mettre à sa disposition des fonds quand celui-ci lèvera l'option.

On rappellera que, depuis un arrêt *La Gerbe d'Or* (Cass. com, 21 janvier 2004, n° 01-01129), l'ouverture de crédit est qualifiée de promesse de prêt, donnant naissance à un prêt à concurrence des fonds effectivement utilisés par le bénéficiaire. Cet arrêt avait ainsi écarté une solution consistant à déduire du caractère consensuel du prêt consenti par un professionnel du crédit que la promesse d'un tel prêt valait prêt. Le nouvel article 1893-3 a pour objet principal de traiter la question pratique de la cessibilité de l'ouverture de crédit dans un souci de clarification et d'attractivité du droit français pour les opérations de cession de participation dans un crédit syndiqué. En effet, l'alinéa 2 dispose que l'ouverture de crédit est cessible avec l'accord de la partie cédée, lequel accord peut être exprimé par avance tout comme la décharge expresse du cédant par le bénéficiaire de l'ouverture de crédit. La cession de participation dans une ouverture de crédit revêt donc implicitement la

D.R.

qualification de cession de contrat, ce qui est conforme à la position prise par la plupart des praticiens depuis l'entrée en vigueur de réforme du droit des obligations intervenue en 2016. Il serait néanmoins préférable que ce point soit affirmé sans ambiguïté afin d'éviter que l'option de la cession de créance puisse être défendue concurremment.

Sans doute la créance de l'emprunteur une fois l'option levée (av.-projet, art. 1893-2) peut-elle être cédée. Mais la promesse elle-même n'engendre pas de créance (rappr. C. civ., art. 1124). Elle relève donc d'un autre mécanisme, qui est vraisemblablement celui de la cession de contrat (comp. cep. la solution retenue à propos de la promesse de vente, av.-projet, art. 1591, al. 2, qui ne se réfère qu'aux « *effets* » de la cession de contrat). Or, s'agissant d'une cession de contrat, le cédant n'est libéré pour l'avenir que si le cédé y a expressément consenti (C. civ., art. 1216-1). Dès lors, le nouvel article 1893-3 permet opportunément que cette décharge puisse être donnée à l'avance (ce qui n'est pas expressément prévu par les textes *actuels*) afin d'éviter tout blocage par l'emprunteur au moment de la cession (en ce sens égal. : D. Legeais, « *Projet de réforme du contrat de prêt* », *RTD com.* 2022, p. 627 ; J. Lasserre Capdeville, « *Les incidences pour le prêt bancaire de l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux* », *LPA*, janv. 2023, p. 14).

Les sources d'insécurité pour le bénéficiaire et pour le cessionnaire

Enfin, il faut relever que les nouvelles dispositions applicables à l'ouverture de crédit font apparaître des éléments d'insécurité tant pour le bénéficiaire de l'ouverture de crédit que pour le cessionnaire éventuel.

Pour le bénéficiaire, d'abord, selon la jurisprudence actuelle, le prêt ne naît que de l'utilisation même des fonds (v. Cass. com., 21 janvier 2004, préc.). Il s'ensuit que la fraction inutilisée de l'ouverture de crédit n'est pas saisissable (Cass. 2e civ., 18 novembre 2004, n° 00-19693). Or, il résulte du premier alinéa de l'article 1893-2 de l'avant-projet que la promesse de prêt devient un prêt dès la levée d'option et que le promettant est, dès cet instant, tenu de délivrer la chose. Le bénéficiaire est donc créancier du promettant dès cet instant également (ce qui s'applique *a fortiori* à un prêt qui ne résulterait pas d'une promesse ; rappr. M. Mille Delattre, *Dalloz actualité*, 15 juin 2022). Si un créancier du bénéficiaire a connaissance de la levée d'option, il pourra opérer une saisie de la créance de son débiteur à l'égard du prêteur avant même que les fonds ne soient mis à disposition. Il ne semble pas que la Cour de cassation ait eu à connaître de cette difficulté, mais les solutions précitées laissent entendre qu'une telle saisie n'est pas envisageable dans l'état actuel du droit, puisque le prêt ne naît qu'à concurrence des fonds utilisés, ce qui replace le prêt dans une forme de réalisme, exclusif d'une créance contre le prêteur. L'avant-projet devrait au contraire permettre une telle saisie, puisqu'il indique que la créance du bénéficiaire contre le promettant naît dès la levée d'option.

Une telle solution est-elle opportune ? Cela n'est pas certain. Il est vrai que l'« *insaisissabilité* » décidée par la Cour de cassation (Cass. 2e civ., 18 novembre 2004, préc.) peut s'expliquer par le souhait de ne pas contraindre le bénéficiaire de l'ouverture de crédit à souscrire un prêt contre sa volonté. Or cette difficulté ne se pose pas dans le cas où ce dernier a levé l'option. Il reste que

D.R.

la créance qui naît de la levée d'option (et plus généralement d'un prêt de consommation) ne correspond pas véritablement à un élément d'actif définitivement acquis (comme peut l'être, par exemple, une créance de prix de vente une fois le bien vendu délivré), puisqu'elle a pour objet des fonds qui doivent par définition faire retour à l'emprunteur. Sur le plan économique, ceux-ci « n'appartiennent » pas vraiment à l'emprunteur. De ce point de vue au moins, on peut se demander s'il est souhaitable de permettre à ses créanciers de saisir la créance même dont ces fonds sont l'objet. Il est vrai cependant que le compte de l'emprunteur sur lequel les fonds ont été versés peut lui-même être saisi. Mais il y a là une sorte de fatalité découlant du transfert de propriété et de la confusion avec les autres deniers de l'emprunteur.

Cela étant, le prêteur sera sans doute en mesure de faire indirectement obstacle à la saisie de la créance de l'emprunteur, en opposant au créancier saisissant la compensation de sa créance, connexe, de remboursement (C. civ., art. 1348-1, spéc. al. 3). Mais est-il opportun de s'en remettre uniquement à son initiative ? Il est permis d'en douter, bien que la question soit assez délicate. En tout cas, une telle issue, si elle n'était pas souhaitée dans le cadre des débats à venir, ne pourrait être évitée qu'au moyen d'une disposition particulière. L'article 1893-2 pourrait alors être ainsi rédigé : « ~~*La promesse de*~~ *Le prêt à intérêt oblige le* ~~*promettant*~~ *prêteur* à délivrer la chose*. Il en va de même de la promesse d'un tel prêt si le bénéficiaire* ~~*lui*~~ *fait connaître au promettant, dans le respect des formes et délais éventuellement convenus, sa volonté de lever l'option. / La créance de l'emprunteur contre le prêteur ne peut être saisie.* »

En ce qui concerne, ensuite, le cessionnaire de l'ouverture de crédit, les sûretés consenties en garantie de l'ouverture de crédit par le bénéficiaire ou par des tiers (on pense notamment à la caution), concernent un contrat qui est qualifié de promesse de prêt. Au moment de la levée d'option, le contrat change de nature et devient un prêt. Mais si une cession est intervenue avant la levée d'option, le prêteur partie à ce contrat n'est plus celui qui a consenti la promesse. Or, si l'article 1216-3 traite du sort des sûretés consenties par le cédant, il ne détaille pas le sort de celles consenties par le cédé ou dans l'intérêt de celui-ci.

Dès lors, pour éviter qu'un tiers ayant consenti une sûreté en garantie des obligations du bénéficiaire pouvant résulter de l'ouverture de crédit – simple promesse de prêt – puisse alléguer qu'il n'est pas tenu à l'égard du cessionnaire devenu prêteur au titre du contrat de prêt résultat de la levée d'option. Il serait donc opportun de prévoir un transfert automatique de toutes les sûretés sauf stipulation ou disposition contraire, comme cela est d'ailleurs fait à propos du bail (cf. av.-projet, art. 1739, al. 2). L'article 1893-3 pourrait alors être modifié dans les termes suivants : « *L'ouverture de crédit forme une promesse de prêt d'argent. Les parties peuvent convenir qu'elle sera reconstituable au fur et à mesure des remboursements. / L'ouverture de crédit est cessible, en tout ou partie, avec l'accord de la partie cédée dans les conditions des articles 1216 et suivants. Cet accord peut être exprimé par avance, de même que la décharge expresse du cédant par la partie cédée. Les sûretés garantissant les obligations du bénéficiaire résultant de la levée d'option profitent de plein droit au cessionnaire, sauf stipulation ou disposition contraire.* »

Prêts : ordonnancement, définitions, obligations, rétention

Antoine Hontebeyrie
Avocat associé,
Cabinet Racine,
Agrégé des facultés de droit, professeur à l'Université Paris-Saclay

Sans préconiser des bouleversements comparables à ceux qui se profilent dans la vente, le dispositif de l'avant-projet consacré aux contrats de prêt propose des évolutions assez significatives. De façon générale, on y observe une certaine professionnalisation du Code civil. En témoignent particulièrement la consécration légale du prêt à usage (commodat) intéressé, qui se rencontre principalement dans les relations d'affaires *lato sensu*, ainsi que de l'ouverture de crédit, qui est étroitement liée à la pratique bancaire. Ce phénomène n'est pas nouveau. La réforme du droit des obligations initiée en 2016 en porte déjà la marque (v. not. C. civ., art. 1111 et 1119). Tout cela contribue au rayonnement du Code civil et donc du droit commun, même si ce dernier adjectif doit être un peu relativisé *de facto*. Mais, comme toujours, les textes proposés se prêtent aux suggestions. On en fera ci-après quelques-unes. Certaines ont trait à l'ordonnancement des dispositifs consacrés aux prêts, d'autres aux textes eux-mêmes.

D.R.

Commodat intéressé ou désintéressé : règles générales et règles particulières

La consécration du prêt à usage intéressé est sans doute une bonne chose, ne serait-ce que parce qu'elle rejoint le réel. Mais elle est un peu troublante, au moins pour le juriste, qui doit tout à la fois comprendre que le commodat intéressé n'en est pas moins gratuit (av.-projet, art. 1875, al. 1, et 1876, al. 1), ce qui justifie qu'on en traite dans ce cadre, et mémoriser qu'un certain nombre de règles lui sont propres tandis que d'autre le sont au commodat désintéressé. Tout à la fois : on veut dire par-là que l'ensemble est appréhendé d'un seul tenant, de sorte que l'on y rencontre, au fil de l'eau, des règles qui sont tantôt générales et tantôt particulières, particulières ici à tel commodat et là à l'autre (rappr., à propos de certains aspects : M. Mille Delattre, *Dalloz actualité*, 1er juil., 28 et 30 sept. 2022).
Cela rend la compréhension et la mémorisation de l'ensemble un peu délicate pour l'usager (en tout pour le cas soussigné), même après plusieurs lectures. À une première disposition générale (art.

1875), font suite des articles traitant, mais distinctement, des deux commodats (art. 1876 et 1877), puis du seul commodat désintéressé (art. 1877-1), puis du seul commodat intéressé (art. 1877-2), puis des deux indistinctement (art. 1878 et 1879), puis du seul commodat désintéressé (art. 1879-1), puis des deux indistinctement (art. 1879-2 à 1884), puis des deux distinctement (art. 1885), puis des deux indistinctement (art. 1886 à 1886-2), puis des deux distinctement (art. 1886-3, al. 1) et non distinctement (art. 1886-3, al. 2), puis des deux indistinctement (art. 1886-4 à 1890), puis enfin du seul commodat intéressé (art. 1891).

Évidemment, cette succession de règles ayant des champs d'application parfois différents s'explique par la nécessité d'envisager successivement la formation et les effets du contrat (durée comprise), afin de respecter l'articulation fondamentale et d'ailleurs pédagogique du dispositif. Mais il semble possible d'améliorer la lisibilité de celui-ci sans négliger cette nécessité. Il s'agirait d'ordonnancer les textes suivant la répartition qui y apparaît au fil de l'eau, mais cette fois de façon franche et visible en distinguant les règles générales et les règles particulières (rappr. à propos de l'avant-projet Capitant, G. Cattalano, « *Le prêt ou la recherche de la cohérence perdue* », *RDC* 2020, p. 188, spéc. p. 193, pour qui « *la gratuité pouvait donner l'occasion tout à la fois de faire émerger quelques règles communes au prêt translatif et au prêt à usage, et d'offrir un embryon de régime aux contrats gratuits* »), tout en séparant, autant que possible, ce qui a trait à la formation et ce qui concerne les effets.

Concrètement, le dispositif serait divisé en deux sections. La première contiendrait les règles générales, gouvernant donc le commodat qu'il soit ou non intéressé : définition et visa des deux figures, fruits, objet, durée (hors cessation anticipée), cession de la chose, usage personnel, sous-prêt et location, conservation (dont l'hypothèse prévue à l'art. 1886-3, al. 2, qui concerne apparemment les deux commodats), garde, dépenses, restitution, dégradation, perte, subrogation réelle, solidarité, accessoires (mais v. *infra*), obligation du prêteur et vices.

La deuxième section serait quant à elle consacrée aux règles particulières. Elle contiendrait deux sous-sections. La première de ces sous-sections abriterait les règles particulières au commodat désintéressé : définition (celle du commodat intéressé en négatif), formation, accessoires (v. *infra*), promesse, cessation anticipée, absence de droit rétention, responsabilité de l'emprunteur (hors l'hypothèse prévue à l'art. 1886-3, al. 2). La deuxième sous-section renfermerait les dispositions propres au commodat intéressé, qui se trouveraient ainsi aisément identifiables : définition (v. *infra*), formation, accessoires (v. *infra*), promesse, droit de rétention, responsabilité du prêteur. Une telle répartition semble d'autant plus permise qu'elle est devenue courante dans les codes (notamment dans le Code civil, cf. p. ex. : C. civ., art. 967 et s., 1342 et s., 1347 et s., 2435 et s. ; pour une réorganisation différente : M. Mille Delattre, préc.), et que l'avant-projet en fait lui-même largement usage en distinguant les dispositions communes à un contrat donné de celles propres à telle espèce. Enfin, mais cette fois principalement pour des raisons de symétrie, le même découpage pourrait être opéré au sein du dispositif consacré au prêt de consommation, qui comporte lui aussi des règles applicables à tous les prêts de consommation, et d'autres concernant tantôt le seul prêt de consommation gratuit (formation, promesse), tantôt le seul prêt de consommation onéreux (formation, promesse, intérêt).

Reprendre la définition du commodat intéressé

Quant au contenu même des textes, il est dans l'ensemble satisfaisant, clair et bien modernisé. Quelques modifications pourraient toutefois y être apportées, en la forme et au fond. On se concentrera ici sur le prêt à usage, en renvoyant, pour le prêt de consommation, à la contribution qui lui est dédiée (B. Evva et S. Graslin-Latour, « *Prêt de consommation : vices et ouverture de crédit* »). S'agissant du commodat, donc, et en premier lieu, la rédaction de l'article 1875 pourrait être un peu précisée et surtout plus nettement accommodée à la consensualisation du prêt à usage intéressé, dans les termes suivants : « *Le prêt à usage est le contrat par lequel le prêteur remet ou s'oblige à remettre, à titre gratuit, une chose à l'emprunteur pour ~~s'en servir~~ que celui-ci s'en serve, à charge de la rendre.* »

Plus délicate, en deuxième lieu, est la définition du commodat intéressé. Le critère utilisé par l'avant-projet tient, selon l'article 1876, alinéa 2, à ce que le prêteur agit « *au su de l'emprunteur, en vue de l'obtention d'un avantage économique* ». Or la notion d'avantage économique est suffisamment large pour englober jusqu'à la contrepartie proprement dite, qui pourtant devrait disqualifier le commodat en louage. En d'autres termes, par son étendue, la notion utilisée pour définir le commodat intéressé est de

nature à embrasser des schémas qui ne relèvent pas du prêt à usage – et que l'avant-projet n'entend évidemment pas traiter comme tels. Cela n'annonce sans doute pas vraiment de difficulté pratique, mais affecte un peu la force de la définition. Peut-être, en s'inspirant d'un texte de l'avant-projet qui, dans une hypothèse particulière, fait « basculer » le commodat au sein de la catégorie du prêt de consommation (art. 1883, al. 3), pourrait-on ajouter à l'article 1876, alinéa 2, une phrase ainsi rédigée : « *Cependant si ledit avantage a la nature d'une contrepartie, il y a contrat de location.* »

Généraliser des solutions exprimées à propos de la seule promesse

En troisième lieu, l'article 1877-2, alinéa 1, de l'avant-projet crée une petite ambiguïté. Il n'envisage l'obligation de remettre la chose qu'à l'occasion la promesse unilatérale de commodat intéressé, une fois l'option levée. Or une telle obligation existe également en présence d'un commodat intéressé formé *ex nihilo*. Mieux vaudrait donc, semble-t-il, aborder cet aspect dans le cadre du contrat de commodat intéressé et non pas seulement de la promesse (en ce sens égal. : M. Mille Delattre, *Dalloz actualité*, 15 juin 2022 – une difficulté analogue se présente à propos du prêt de consommation : cf. B. Evva et S. Graslin-Latour, préc.). En outre, l'article 1888 inclut dans les accessoires « *notamment tout bien ou information que requiert son usage* ». Or ces éléments ne sont pas cités par le premier alinéa de l'article 1877-2, qui envisage pourtant lui aussi cette notion d'accessoire. Ledit alinéa pourrait alors être ainsi modifié : « ~~*La promesse d'un*~~ *Le prêt intéressé oblige le* ~~*promettant*~~ *prêteur à mettre la chose et ses accessoires*, *notamment tout bien ou information que requiert son usage*, *à la disposition* ~~*du bénéficiaire*~~ *de l'emprunteur* ~~*dès que celui-ci a levé l'option.*~~ » En bonne mesure, il serait également utile de faire en sorte que l'article 1888, qui est vraisemblablement conçu pour le commodat désintéressé (puisque c'est la remise qui emporte l'obligation de délivrer les accessoires), soit identifié comme tel, par exemple placé dans la sous-section adéquate si la proposition précédemment faite à propos de l'ordonnancement des textes devait être retenue. Quant à l'alinéa 2, de l'article 1877-2, qui donne utilement au prêteur une faculté de rupture unilatérale dans le cas où l'emprunteur manque à retirer la chose, il mérite également d'être étendu à l'hypothèse dans laquelle le commodat intéressé n'est pas précédé d'une promesse unilatérale. Aussi la disposition pourrait-elle être ainsi modifiée : « *Si,* ~~*après avoir levé l'option,*~~ *[le reste sans changement]* » et mieux détachée de celle consacrée à la promesse (al. 1).

D.R.

La quatrième proposition concerne le contrat de location. L'article 1736, alinéa 1, de l'avant-projet, prévoit que « *Sauf stipulation contraire, le locataire peut sous-louer la chose.* » Mais le locataire a-t-il également le droit de prêter la chose ? La jurisprudence est en ce sens, sous réserve que le prêt ne vire pas à l'abandon de la chose (v. B. Vial-Pedroletti, « *Le prêt de logement par le locataire* », *Loy. et copr.,* mai 2010, étude 6, qui envisage la question également dans le prisme du droit commun du bail). Le texte précité de l'avant-projet laisse certes entendre que cette faculté existe. Si le locataire peut, sauf stipulation contraire, sous-louer la chose, il serait logique qu'il puisse également conférer à un tiers le droit de s'en servir à titre gratuit, fût-ce par intérêt. Mais ne vaut-il pas mieux, pour exclure toute interprétation, le préciser ? L'ajout des mots « *ou la prêter à usage* » à la fin de la disposition précitée devrait convenir.

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* ».

Mandat : formation, assurance et extinction

Antoine Diesbecq,
Avocat associé,
Cabinet Racine

Allan Bellolo,
Elève-avocat,
Cabinet Racine

Le ministère de la Justice a mis à la disposition de tous et à fins de consultation l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux élaboré par la Commission présidée par le professeur Philippe Stoffel-Munck. Pour les praticiens, le mandat est un outil indispensable et d'usage quotidien, qu'il soit conclu à titre onéreux ou à titre gratuit, notamment en matière judiciaire, en matière financière et dans la vie des sociétés. Aujourd'hui gouverné par les articles 1984 à 2010 du Code civil, il bénéficie d'une attention soutenue de la Commission et voit le nombre des dispositions consacrées à son régime augmenter sensiblement en nombre et en volume. Le dispositif nouveau lui consacrerait ainsi au total 38 articles, soit un peu plus d'un tiers que l'ancien. Des commentaires en ont déjà été publiés (Th. Gérard, « *Le mandat dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux* », D. 2022, p. 1982 ; D. Masson et G. Bellon, Mandat : « *Responsabilité du mandant du fait du mandataire* » ; S. Pasquesoone et Ch. Guyenet, « *Le mandat : définition, substitution et révocation* » ; v. aussi, à propos de l'avant-projet diffusé par l'association Henri Capitant en 2020 : A. Danis-Fatôme, « *Les règles applicables au mandat "classique" – Premiers regards sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux* », *RDC* sept. 2020, p. 202). Il ne s'agit pas ici de détailler l'ensemble des évolutions ainsi préconisées, mais, d'une part, d'envisager certains points qui ont retenu particulièrement notre attention, et d'autre part, de proposer certains ajouts ou précisions.

D.R.

L'utile consécration légale du mandat d'intérêt commun et de l'obligation d'assurance du mandataire professionnel

L'avant-projet maintient évidemment la distinction du mandat gratuit et du mandat onéreux, mais il consacre la jurisprudence selon laquelle le mandat donné à un mandataire professionnel est présumé onéreux (art. 1991, al. 2). Le mandat à titre gratuit, s'il continue d'exister, reste en effet très éloigné de la vie des affaires. Cette évolution est conforme aux objectifs de la réforme du droit des contrats spéciaux qui vise à rénover des dispositions anciennes – l'actuel article 1986 dispose que « *Le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire* » – et à renforcer l'attractivité du droit civil français. L'article 1986 de l'avant-projet apporte quant à lui une utile précision, selon laquelle le courtage, qui consiste à rapprocher des parties pour qu'elles concluent directement un acte juridique, se distingue du mandat et est régi par des lois propres ou par les règles du contrat d'entreprise. Il ajoute tout aussi utilement que la commission relève en revanche des règles du mandat dans les rapports du commissionnaire et du

commettant, ce qui est conforme aux principes actuels.

L'avant-projet consacre par ailleurs la figure, bien connue de la jurisprudence, du mandat d'intérêt commun. Celle-ci a lieu, selon l'avant-projet, lorsque le mandataire a créé ou participé de manière significative à la constitution ou au développement d'une richesse commune, notamment la clientèle se rapportant aux activités couvertes par le mandat (art. 2020). Il est précisé à ce sujet qu'il ne peut être mis fin à un tel mandat que du consentement mutuel des parties ou pour les causes que la loi autorise. Cependant, le principe de révocabilité absolue du mandat justifie que la révocation du mandat d'intérêt commun soit possible même sans cause légitime. Cela signifie que le mandant conservera la faculté de priver unilatéralement le mandataire de son pouvoir de représentation, mais, ce faisant, il s'exposera en principe à réparer le dommage qui en résulte pour ce dernier (art. 2019, al. 2). La consécration légale de cette solution est bienvenue.

Conséquence de la présomption d'onérosité du mandat professionnel, le renforcement des obligations du mandataire professionnel vise à prévenir les comportements fautifs, et à protéger le mandant contre les conséquences dommageables qui pourraient résulter de l'action du mandataire. Aussi l'avant-projet édicte-t-il l'obligation, à la charge des mandataires professionnels, de souscrire une assurance de responsabilité civile (art. 1998). Cette règle s'explique par la raison très légitime de garantir une indemnisation effective à la victime d'une éventuelle inexécution. Elle est sanctionnée par la possibilité, pour le mandant, à défaut de justification de l'assurance, de retenir sa rémunération. Le commentaire qui accompagne l'avant-projet indique que cette sanction est indépendante d'un dommage subi par le mandant et n'exclut pas l'engagement de la responsabilité civile du mandataire professionnel en cas de dommage causé au mandant.

Tout cela est positif. Dans l'esprit de la consultation, nous proposons ci-après quelques ajustements et clarifications.

Les ajustements et clarifications nécessaires

L'article 1998, évoqué ci-dessus, qui prévoit l'obligation pour le mandataire professionnel de souscrire une assurance responsabilité civile, ne donne pas de précision sur l'étendue et les conditions de la couverture requise. Cette imprécision peut favoriser la souscription de contrats d'assurance de responsabilité civile professionnelle de faible montant et assorti de larges clauses d'exclusion. Il serait donc opportun de préciser la mesure exacte de cette obligation (montants, exclusions possibles, etc.). La règle pourrait donc être ainsi complétée : « *Le mandataire professionnel est tenu de souscrire une assurance responsabilité civile professionnelle d'un montant suffisant pour permettre, le cas échéant, l'indemnisation du mandant à hauteur de toutes les conséquences dommageables d'une défaillance dans l'exécution du mandat.* »

Peut-être pourrait-on également renvoyer ici, comme cela a été fait à propos des accidents de la circulation (C. ass., art. L. 211-1), à des dispositions réglementaires, lesquelles pourraient d'ailleurs différer suivant l'objet du mandat en question (v. aujourd'hui, pour les avocats : décr. n° 91-1197 du 27 nov. 1991, art. 205). De même pourrait-on renforcer l'obligation d'assurance dans les termes suivants, pour y inciter encore davantage le mandataire : « *À l'expiration d'un délai d'un mois après une mise en demeure de justifier de l'exécution de l'obligation édictée au premier alinéa, le mandataire est déchu du droit à rémunération et à remboursement de ses dépenses au titre de toute la période pendant laquelle il n'aura pas été assuré dans les conditions requises.* »

L'article 1991, alinéa 4, dispose que « *lorsqu'il est conclu à titre onéreux, [le mandat] est valablement formé, sans accord préalable sur le prix* ». La règle est bonne. Cependant, il arrive

D.R.

que des dispositions particulières exigent la conclusion préalable d'une convention écrite fixant les honoraires qui seront dus au mandataire (ex. : avocats, agents immobiliers). Rappelons d'ailleurs que la Cour de justice de l'Union européenne, dans une décision du 12 janvier 2023 (C-395/21), a jugé que la seule indication du tarif horaire sans autre précision ne donne pas à la clause de fixation de prix un caractère clair et compréhensible, et lui confère un caractère abusif au sens de la Directive 93/13 CEE. Aussi, l'alinéa précité pourrait-il être ainsi modifié : « *Lorsqu'il est conclu à titre onéreux, il est valablement formé, sans accord préalable sur le prix, sauf dispositions contraires.* » Par ailleurs, l'article 1990, alinéa 1, dispose que le mandat est « *normalement consenti en considération de la personne* ». Cela paraît à la fois un peu flou et un peu catégorique. Nous suggérons donc de modifier ce texte dans les termes suivants : « *Le mandat est ~~normalement~~ consenti en considération de la personne, sauf clause contraire.* »

Maintenir le principe de la rémunération du mandataire remplacé

L'article 2018 prévoit quant à lui que la constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire emporte révocation du premier, à compter du jour de la notification à celui-ci par le mandant. Cependant il ajoute, dans un second alinéa, que, dans ce cas, « *aucune rémunération n'est due au mandataire révoqué, sauf indemnité en cas de mauvaise foi du mandant* ». Une telle solution nous paraît injuste et injustifiée. Que le mandat soit révocable *ad nutum*, c'est une chose, nécessaire. Cependant, ce principe a essentiellement pour but de garantir au mandant la faculté de mettre un terme aux pouvoirs de représentation du mandataire. Il devrait donc s'arrêter là, sans priver le mandataire de sa rémunération au titre des prestations qu'il a déjà accomplies, sauf, bien entendu, l'hypothèse d'une défaillance ou d'une mauvaise exécution. Il est vrai que la succession dans l'exécution d'un mandat pose souvent la délicate question de son niveau d'achèvement pour déterminer un partage équitable entre les mandataires qui se succèdent. Mais cela n'exclut pas, en soi, que les diligences accomplies par le premier aient été utiles. Or, précisément en raison du principe de révocabilité *ad nutum*, il n'est pas évident que la révocation en l'état de diligences utiles caractérise la mauvaise foi du mandant. En d'autres termes, il se peut, en l'état du texte proposé, qu'un mandataire ait utilement travaillé et n'ait pourtant pas droit à rémunération faute de pouvoir caractériser la mauvaise foi du mandant. Aussi nous semble-t-il opportun de modifier l'alinéa 2 en question dans les termes suivants : « *En ce cas, ~~aucune rémunération n'est due au~~ le mandataire révoqué, ~~sauf indemnité en cas de mauvaise foi du mandant~~ conserve, le cas échéant, son droit à rémunération dans toute la mesure où ses diligences ont été utiles au mandant.* »

L'article 2021 oblige le mandataire qui renonce au mandat au préjudice du mandant à réparer le dommage qu'il cause à ce dernier. Le mandataire échappe toutefois à cette obligation dans le cas où « *il se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable* ». La notion est difficile à cerner. Peut-être pourrait-on, en s'inspirant de l'article L. 641-11-1, IV, du Code de commerce, y substituer la notion d'atteinte excessive aux intérêts du mandant.

L'article 2015, 4°, énonce par ailleurs la liste des événements qui mettent un terme au mandat, en y mentionnant notamment la dissolution d'une personne morale, puisque celle-ci met fin à la société. Cependant, selon l'actuel article 1844-7, 7°, du Code civil, le jugement de clôture pour insuffisance d'actif met également fin à la société. L'on ne saurait maintenir le mandat jusqu'à cette issue car, sauf décision spéciale du tribunal qui prononce la liquidation judiciaire, le jugement met fin à l'activité (C. com., art. L. 641-10), outre que le dirigeant est dessaisi de la gestion et de l'administration de la personne morale (C. com., art. L. 641-9). Il serait donc utile de compléter l'article 2015, 4°, en ajoutant, après le mot « *dissolution* », les mots « *ou la liquidation judiciaire* ».

L'article 2022 traite quant à lui des conséquences du décès ou de la dissolution du mandant. En premier lieu et comme pour l'article 2015, il conviendrait d'ajouter à la dissolution l'hypothèse d'une liquidation judiciaire, puisque le représentant du mandant est dessaisi au profit du liquidateur judiciaire et qu'il faut tirer les conséquences de ce changement d'état. En second lieu, le texte prévoit que, nonobstant le décès du mandant, le mandataire est tenu d'achever l'affaire commencée en cas d'urgence ou de motifs impérieux, à charge pour lui d'en aviser les ayants cause du mandant. La règle est bonne, mais son libellé n'est pas tout à fait clair. Celui-ci pourrait, nous semble-t-il, être amélioré de la façon suivante : « *Le mandataire est tenu d'achever ~~l'affaire~~ la mission qui était déjà commencée [le reste sans changement, sauf ce qui concerne la liquidation judiciaire.]* »

Puissent ces modestes remarques qui se veulent des apports et non des critiques prospérer dans le sens de l'avant-projet, et ainsi participer utilement à la nécessaire évolution des règles qui gouvernent le mandat.

Mandat : responsabilité du mandant du fait du mandataire

David Masson,
Avocat associé,
Cabinet Racine

Gaétan Bellon,
Avocat,
Cabinet Racine

Les dispositions du Code civil applicables au mandat demeurent en quasi-totalité inchangées depuis l'entrée en vigueur du Code Napoléon, soit depuis 1804. Pourtant, le recours au mandat est si fréquent que la jurisprudence a eu maintes occasions d'en préciser le régime. La question de la responsabilité du mandant du fait des actes commis par son mandataire ne fait pas exception. Plus précisément, l'hypothèse de la responsabilité du mandant en cas de dol ou de violence commis par le mandataire est loin de constituer un cas isolé.

Souvent rémunérés sur la base d'une commission, les mandataires, quel que soit le secteur dans lequel ils exercent, peuvent être tentés d'user de divers procédés pour obtenir le consentement d'un potentiel cocontractant. Ces procédés peuvent aller jusqu'au dol (tromperie, mensonge, omission intentionnelle sur une information déterminante du consentement), voire jusqu'à la violence (contrainte en vue d'obtenir le consentement). D'où la question de savoir contre qui le tiers victime d'un dol ou de violence commis par le mandataire peut agir pour obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi : contre le mandataire (qui a commis le dol ou la violence) uniquement, ou contre le mandant (avec lequel il a conclu le contrat) également ?

D.R.

Un nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui

L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de juillet 2022, élaboré par la Commission présidée par le professeur Philippe Stoffel-Munck, a clairement privilégié la deuxième hypothèse, à contre-courant de la jurisprudence de la Cour de cassation (sur d'autres points : A. Diesbecq et A. Bellolo, « *Quelques suggestions relatives au mandat* » ; S. Pasquesoone et Ch. Guyenet, « *Mandat : définition, substitution et révocation* »). Certes, dans un arrêt rendu en 1998, la Cour de cassation a admis la responsabilité du mandant à raison d'un dol commis par son mandataire, mais aux motifs, d'une part, qu'il n'était pas démontré que ce dernier aurait dépassé les limites de ses pouvoirs, et, d'autre part, que le mandant avait connaissance des informations fallacieuses communiquées par lui (Cass. 3e civ., 29 avril 1998, n° 96-17540). Au demeurant, postérieurement, elle a jugé que la faute délictuelle ou quasi-délictuelle du mandataire n'engageait pas la responsabilité du mandant (Cass. 3e civ., 15 avril 2021, n° 19-20424). Enfin, plus récemment, dans un arrêt rendu en chambre mixte, elle a décidé que les manœuvres dolosives du mandataire dans

l'exercice de son mandat n'engagent la responsabilité du mandant que s'il a personnellement commis une faute, qu'il incombe à la victime d'établir (Cass. ch. mixte, 29 octobre 2021, n°19-18470). Cette position peut se comprendre au regard des solutions admises en matière de responsabilité du fait d'autrui.

En dehors des hypothèses prévues par la loi, la responsabilité extracontractuelle du fait d'autrui suppose en principe un certain lien d'autorité. Tel est le cas lorsqu'une personne a pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité d'une autre personne (Cass. ass. plén., 29 juin 2007, n° 06-18141 ; 29 mars 1991, n° 89-15231). Or, l'autonomie qu'ont la plupart des mandataires dans l'exercice de leur mandat est bien souvent exclusive d'un tel lien. Pourtant, l'article 2009 de l'avant-projet propose de créer un nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui en ce domaine. Ce texte prévoit en effet que « *le mandant répond du dol ou de la violence de son mandataire, commis au détriment du tiers contractant* ». Il est à noter qu'un cas similaire de responsabilité du fait d'autrui se trouve dans les règles posées par le Code des assurances, relatives à la distribution d'assurances. En effet, pour l'activité de distribution d'assurances, le Code des assurances prévoit une responsabilité de plein droit du mandant au titre du dommage causé par la faute, l'imprudence ou la négligence de ses employés ou mandataires agissant en cette qualité, lesquels sont considérés comme des préposés (C. ass., art. L. 511-1, IV.). Cette disposition s'applique notamment aux agents généraux d'assurance (C. ass., art. R. 511-2, 2°) et aux mandataires d'assurance (C. ass., art. R. 511-2, 3°).

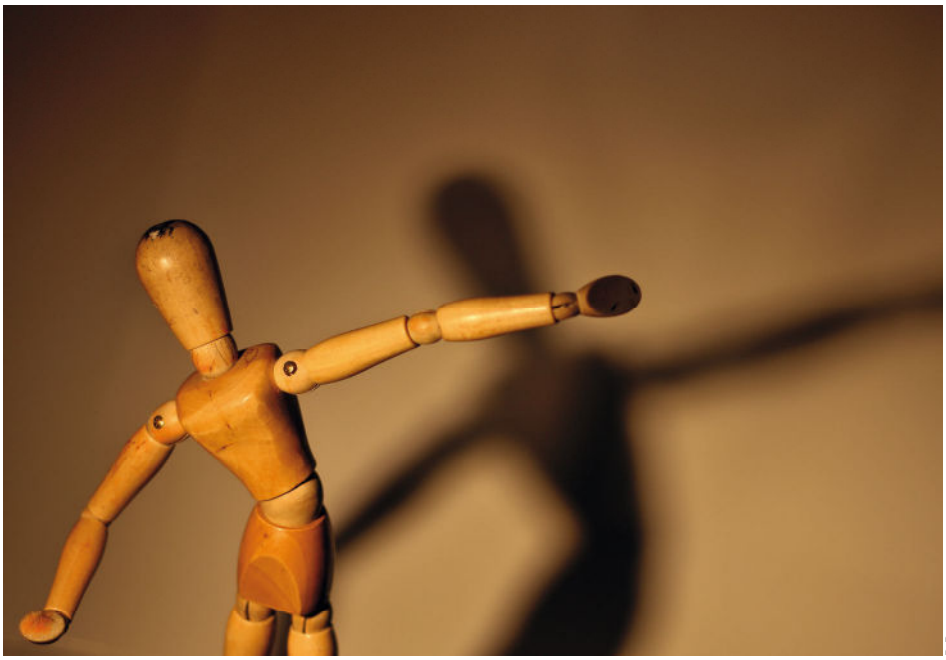
Ainsi conçu, ce nouvel article 2009 aurait un impact majeur pour les mandants. Ces derniers devront en effet indemniser l'ensemble des conséquences du dol ou de la violence commis par leur mandataire. Cela peut inclure, par exemple en présence d'un dol, la perte de chance pour le tiers contractant d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses, s'il avait eu connaissance des informations déterminantes du consentement dissimulées par le mandataire. La totalité du préjudice subi pourrait ainsi devoir être indemnisée par le mandant, alors même qu'en n'ayant commis aucune faute, il supporte déjà, en pratique, la nullité du contrat, du moins si elle est effectivement demandée en justice par le tiers contractant victime du dol ou de la violence.

À ce propos, d'ailleurs, on peut relever que la rédaction du texte proposé pourrait être de nature à laisser de côté l'hypothèse dans laquelle la nullité du contrat pour vice du consentement est demandée par le tiers contractant. Dans ce cas, en effet, il n'y a plus vraiment de « *tiers contractant* », puisque le contrat est rétroactivement annulé et donc censé n'avoir jamais existé (C. civ., art. 1178, al. 2). Une question semblable se pose dans le cas où, bien que victime d'un dol ou d'une violence du fait du mandataire, le tiers n'a finalement pas conclu le contrat envisagé. En somme, il nous semble qu'avec l'évolution proposée, le régime du mandat perdrait en sécurité juridique, en tout cas du point de vue des mandants. En outre, il contraindrait ces derniers à renforcer les contrôles vis-à-vis de leurs mandataires, ce qui peut paraître difficile en pratique, compte-tenu de l'autonomie dont disposent certains mandataires.

D.R.

Les recours et les aménagements contractuels

Certes, quoique débiteur d'une obligation d'indemnisation, le mandant pourra se retourner contre son mandataire, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, et même sur celui de la subrogation légale dans les droits de la victime (C. civ., art. 1346). L'absence de recours du mandant contre le mandataire annoncerait une « déresponsabilisation » des mandataires, qui pourraient même



D.R.

être incités à recourir plus fréquemment au dol ou à la violence pour obtenir le consentement d'un potentiel cocontractant (avec le risque, évidemment, d'être condamnés pénalement pour escroquerie ou abus de confiance). Par ailleurs, l'avant-projet étant « *largement supplétif de volonté* » selon ses rédacteurs (cf. version commentée, p.4), il devrait être envisageable de prévoir, dans le contrat conclu avec le tiers contractant par l'entremise du mandataire, une clause excluant toute responsabilité du mandant en cas de dol ou violence commis par le mandataire, par dérogation aux dispositions de l'article 2009 (sous réserve, bien entendu, qu'une telle clause ne soit pas considérée comme abusive par les tribunaux). Mais cette clause sera privée d'effet dans le cas où le contrat est annulé. Toujours sur le plan contractuel, l'ensemble des contrats de mandat devront préciser que le mandataire engage sa responsabilité vis-à-vis du mandant en présence d'un dol ou de violence commis au détriment du tiers et qu'il le garantit de toutes condamnations en pareil cas. Une telle clause ne sera toutefois évidemment pas opposable au tiers. Enfin, pour expliquer son choix, la Commission se réfère à des considérations de politique juridique et à la justification suivante : « *Le dol du mandataire se répercute sur le mandant, parce que celui-là le représentait et n'est pas sorti des limites de sa mission.* » Or, le projet d'article ne contient aucune exception visant le cas où le mandataire est sorti des limites de sa mission, comme l'avait apparemment prévu la Cour de cassation dans l'arrêt rendu en 1998 (Cass. 3e civ., 29 avril 1998, préc.). L'argument avancé paraît ainsi assez relatif.

Deux options pour une nécessaire modification

Il nous paraît donc indispensable d'apporter des modifications au texte proposé. Deux options peuvent être envisagées. La première, qui nous paraît la plus souhaitable, serait de consacrer au contraire la jurisprudence de la chambre mixte, en subordonnant l'engagement de la responsabilité du mandant à une faute de sa part. Le futur article 2009 du Code civil pourrait ainsi être rédigé comme suit : « *Le mandant ne répond du dol ou de la violence de son mandataire, commis au détriment du tiers ~~contractant~~ avec lequel ce dernier a traité, qu'en cas de faute de sa part.* »

Une seconde option, de compromis, consisterait à édicter à la charge du mandant, en cas de dol ou violence commis par le mandataire, une présomption simple de faute, analogue à celle qui est prévue en matière de dépôt (av-projet, art. 1926, al. 2). Le mandant pourrait ainsi, dès lors qu'il démontrerait n'avoir commis aucune faute, s'exonérer de l'obligation de répondre du dol ou de la violence de son mandataire. La rédaction de l'article 2009 serait alors la suivante : « *~~Le~~ Sauf à prouver son absence de faute, le mandant répond du dol ou de la violence de son mandataire, commis au détriment du tiers ~~cocontractant~~ avec lequel ce dernier a traité, pour autant qu'il ait agi dans les limites de ses pouvoirs.* » Cette rédaction serait d'ailleurs plutôt en ligne avec l'article 1247 de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile (2020), aux termes duquel « *les autres personnes qui, par contrat, assument à titre professionnel une mission de surveillance d'autrui ou d'organisation et de contrôle de l'activité d'autrui, sont responsables du dommage causé par le mineur ou le majeur surveillé ou dont l'activité est organisée et contrôlée, à moins qu'elles ne démontrent qu'elles n'ont pas commis de faute dans l'exercice de leur mission* ». L'option actuelle de l'avant-projet, consistant à créer nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui sans faute, serait, nous semble-t-il, trop lourde de conséquences pour les mandants, notamment pour les mandants personnes physiques qui ne disposent pas de moyens suffisants pour contrôler les actes de leurs mandataires.

Mandat : définition, substitution et révocation

Sophie Pasquesoone,
Avocate associée,
Cabinet Racine

Chloé Guyenet,
Avocate,
Cabinet Racine

Le contrat de mandat considéré par les rédacteurs du Code civil comme un « *contrat d'ami* », est devenu par la suite un contrat essentiel de la vie des affaires. Les auteurs de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux ont souhaité en moderniser les dispositions afin de les rendre plus conformes à la réalité économique (v. not. Th. Gérard, « *Le mandat dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux* », D. 2022, p. 1982 ; A. Diesbecq et A. Bellolo, « *Quelques suggestions relatives au mandat* » ; D. Masson et G. Bellon, Mandat : « *Responsabilité du mandant du fait du mandataire* »). Certaines adaptations sont bienvenues. D'autres, en revanche, sont source d'interrogations.

D.R.

Une nouvelle définition du mandat

La première concerne la nouvelle définition du mandat. Depuis la rédaction du Code civil en 1804, le contrat de mandat est défini comme « *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* » (C. civ., art. 1984, al. 1). Les rédacteurs du Code civil n'ont donc pas explicitement relié la qualification de mandat à la notion de représentation, si bien d'ailleurs que les auteurs ont par la suite débattu de ce point (v. M. Mekki et F. Jacob, J.-cl. civ., art. 1984 à 1990, fasc. 10, n° 10). L'avant-projet de réforme fait évoluer cette définition initiale en définissant le mandat comme un « *contrat par lequel une personne, le mandant, donne à une autre, le mandataire, le pouvoir de souscrire en son nom et pour son compte, un ou plusieurs actes juridiques* » (art. 1984). À la lecture de cette disposition, il se comprend que la réalisation d'actes juridiques deviendrait l'élément essentiel de qualification du contrat de mandat. Cette évolution textuelle s'inscrit dans la jurisprudence (cf. l'arrêt sans doute fondateur : Cass. civ., 14 avril 1886, DP 1886, I, p. 220) et la doctrine majoritaire (sur la question : v. P. Trisson-Collard, « *Tentative de distinction des contrats d'entreprise et de mandat fondée sur l'objet du contrat* », *LPA* 7 février 2001, p. 4). L'avant-projet consacre ainsi l'avis de la doctrine majoritaire qui soutient que le mandat consiste à réaliser des actes juridiques pour autrui, tandis que le contrat d'entreprise implique la réalisation d'actes matériels pour autrui (v. av-projet, art. 1755). Cette répartition binaire peut toutefois engendrer certaines difficultés en pratique.

D'abord, on relèvera que l'article 1991 de l'avant-projet ne reprend pas exactement la même définition quand il s'agit de définir le mandataire professionnel. Cet article indique en effet

qu'« *est un mandataire professionnel celui qui accomplit habituellement des actes de représentation* » (al. 3). On croit comprendre que, dans l'esprit des rédacteurs, souscrire des actes juridiques au nom et pour le compte d'autrui et « *accomplir des actes de représentation* » revient au même. Si tel est bien le cas, il serait préférable de retenir une terminologie unique. Ensuite, les contours des notions d'actes juridiques et d'actes matériels ne sont pas si clairs qu'on pourrait le penser. En témoignent par exemple les débats qui sont intervenus autour de la nature juridique du paiement, dont la qualification d'acte juridique a été longtemps controversée (v. A. Danis-Fatôme, « *Les règles applicables au mandat "classique" – Premiers regards sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux* », *RDC* sept. 2020, p. 202). Mais il est vrai que, depuis la réforme de 2016, la notion d'acte juridique est définie par l'article 1100-1 du Code civil.

Des problèmes de qualification en vue

Enfin et surtout, la caractérisation du mandat par la capacité du mandataire à engager juridiquement le mandant, ou plus généralement à accomplir des actes juridiques au nom et pour le compte de celui-ci, risque d'entraîner une certaine rigidité en excluant de cette qualification certains contrats qui, à ce jour, sont pourtant qualifiés de mandats au moins en pratique. En effet, il existe un certain nombre de contrats de mandat qui prévoient la réalisation par le mandataire, au nom et pour le compte du mandant, d'actes qui ne sont pas (ou pas manifestement) juridiques mais s'apparentent davantage à des actes matériels. Ainsi, comment qualifier le mandat de facturation par lequel le fournisseur d'un bien ou service donne pouvoir à un tiers ou client concerné d'émettre les factures en son nom et pour son compte ? Est-il bien certain que l'émission d'une facture est un acte juridique au sens de l'article 1100-1 du Code civil ? De même, qu'en est-il du mandat d'encaissement par lequel le mandant donne pouvoir au mandataire d'encaisser en son nom et pour son compte des sommes qui lui sont dues ? L'encaissement n'est-il pas un acte matériel davantage qu'un acte juridique ? Le mandat d'encaisser serait-il alors un simple contrat de prestations de services ?

Par ailleurs, la définition proposée ne paraît pas compatible avec la définition légale de l'agent commercial, issue du droit de l'Union européenne. En effet, l'article L 134-1 du Code de commerce définit l'agent commercial comme « *un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux* ». Or, la définition de l'avant-projet conduirait à ce qu'un professionnel qui n'aurait pour mission que de négocier des contrats, sans être doté du pouvoir de conclure lesdits contrats, ne serait plus considéré comme un mandataire, et donc plus comme un agent commercial au sens de l'article L. 134-1 (sur cette difficulté : R. Loir, « *La réforme, le droit de la consommation et le droit de la distribution* », *RDC* sept. 2022, p. 139, spéc. p. 144).

Cette position pourrait alors être considérée comme contraire à la jurisprudence actuelle de la CJUE qui considère que « *les tâches principales d'un agent commercial consistent à apporter de nouveaux clients au commettant et à développer les opérations avec les clients existants* » (CJUE, 4 juin 2020, C-828/18, § 33), ce qui ne semble pas inclure nécessairement la présence d'actes juridiques. Ainsi, s'il était décidé de conserver la nouvelle définition du mandataire prévu par l'avant-projet, il faudrait, nous semble-t-il, modifier la définition du Code de commerce pour y supprimer la notion de mandataire, à défaut de quoi la conformité du droit français au droit européen pourrait être contestée. Précisons d'ailleurs à cet égard que la qualification de « *mandataire* » retenue par le Code de commerce ne semble pas imposée par le droit européen, puisque la Directive du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants (86/653/CEE) ne vise pas expressément la notion de mandataire mais celle d' « *intermédiaire indépendant* ».

Une telle modification de la définition du Code de commerce aurait toutefois des conséquences majeures sur les pratiques actuelles et sur les contrats existants, avec potentiellement des enjeux économiques considérables puisqu'à la qualification d'agent commercial est notamment attaché le paiement d'une indemnité de rupture très conséquente. En somme, la nouvelle définition du mandat centrée autour de la notion d'acte juridique pourrait présenter des risques en pratique et il nous semblerait plus opportun de conserver la souplesse rédactionnelle de l'actuel article 1984. Le nouvel article 1984 pourrait dès lors être rédigé dans les termes suivants : « *Le mandat, ~~aussi dénommé procuration~~, est un contrat par lequel une personne, le mandant, donne à une autre, le mandataire, le pouvoir de ~~souscrire~~ réaliser en son nom et*

pour son compte un ou plusieurs actes ~~juridiques~~ déterminés. » Le cas échéant, le troisième alinéa de l'article 1991 pourrait quant à lui être ainsi modifié : « *Est un mandataire professionnel celui qui ~~accomplit~~ conclut habituellement des ~~actes de représentation~~ contrats de mandat.* » Certes, ce changement d'optique maintient une certaine porosité entre le mandat et le contrat d'entreprise. Mais la pratique et la jurisprudence ont su s'accommoder jusqu'à présent de cette porosité, qui donne aussi de la souplesse.

Prévoir une substituabilité de principe

La deuxième source d'interrogations concerne l'obligation d'obtenir l'accord du mandant en cas de substitution. Il ressort des textes actuels (C. civ., art. 1994) que la substitution de mandataire ne suppose pas, en principe, l'accord du mandant (rappr. Cass. com. 14 octobre 1997, n° 95-18.739). L'avant-projet rompt avec cette solution en prévoyant, en son article 2002, alinéa 1, que « *le mandataire peut, avec l'accord du mandant, se substituer un tiers dans l'exécution de sa mission* ». Cette évolution appelle, à notre sens, deux remarques principales. D'abord, elle conduit à opérer une distinction de régime avec celui du contrat de sous-traitance, alors que le législateur avait jusqu'à présent opté pour des régimes similaires. En effet, en ce qui concerne le contrat de sous-traitance, l'avant-projet consacre la solution actuelle, à savoir que la sous-traitance est autorisée par principe, sauf clause contraire (art. 1767). Certes, le mandat comporte une dimension d'*intuitu personæ* plus forte compte tenu de la représentation qu'il implique souvent. Néanmoins, la modification envisagée entraînerait l'application de deux régimes distincts à deux contrats qui sont souvent entremêlés en pratique puisque le mandat peut fréquemment être l'accessoire d'une prestation de services.

Ainsi, en pratique, pour un même contrat, la substitution pourrait nécessiter ou non l'approbation du mandant selon les obligations concernées (mandat ou prestation de services). Il est vrai que l'avant-projet privilégie une logique distributive, consistant, en cas de contrat comportant des volets relevant de qualifications différentes, à « ventiler » les règles respectivement applicables. Mais cela ne risque-t-il pas d'engendrer d'importantes complications, juridiques et pratiques, s'agissant de la substitution ? Par ailleurs, pour de nombreux contrats de mandat, la pratique n'est pas de demander l'accord préalable systématique du mandant. C'est notamment le cas des contrats d'agents commerciaux (pour autant qu'ils demeurent considérés comme des mandataires : v. *supra*) : il est en effet très courant que ceux-ci confient une partie de leur mission à des sous-agents sans solliciter d'accord particulier de la part de leur mandant. L'évolution proposée ne nous paraît donc pas opportune. Nous proposons donc de modifier l'alinéa 1er de l'article 2002 dans les termes suivants : « *Le mandataire peut, ~~avec l'accord du mandant~~, se substituer un tiers dans l'exécution de sa mission, sauf clause contraire.* »

La curieuse survie temporaire des pouvoirs de représentation du mandataire révoqué

La troisième et dernière source d'interrogations a trait à la révocation du mandataire. L'article 2016 de l'avant-projet reprend le principe de la libre révocabilité du mandat consacré par l'actuel article 2004 du Code civil, qui dispose que le mandant peut révoquer sa procuration « *quand bon lui semble* ». Toutefois, ce principe de révocabilité *ad nutum* y est un peu affaibli, en ce qu'il est prévu que la révocation d'un mandat à titre onéreux doit être « *précédée d'un préavis raisonnable, ou conforme aux usages, sauf motif légitime, tel qu'une faute grave du mandataire dans l'accomplissement de sa mission* » (art. 2016, al. 2). On peut s'étonner de l'introduction d'une telle exigence. Elle aboutit en effet à ce que la poursuite temporaire du mandat, et donc (le cas échéant) du pouvoir de représentation, pourrait être, pendant toute la durée du préavis, imposée au mandant qui a pourtant décidé d'y mettre fin (peut-être par analogie avec la jurisprudence rendue en matière de rupture brutale de relations commerciales établies en application de l'article L. 442-1 du Code de commerce ?).

Il nous semble que la nature du mandat implique au contraire que son maintien ne puisse pas être imposé, même temporairement, en tout cas lorsque le mandataire est investi d'un pouvoir de représentation. On soulignera d'ailleurs qu'en matière d'agence commerciale, l'article L. 134-11 du Code de commerce prévoit un délai de préavis dérogatoire (limité à un à trois mois) par rapport aux règles relatives à la rupture brutale de relations commerciales établies, dont la Cour de cassation a jugé qu'elles ne s'appliquaient pas lors de la cessation des relations ayant existé entre un *agent commercial* et son mandant (Cass. com., 18 octobre 2017, n° 15-19531). En conséquence, nous proposons de supprimer l'alinéa 2 de l'article 2016 de l'avant-projet et de modifier l'alinéa 1 dans les termes suivants : « *~~Lorsque le mandat est gratuit, l~~ Le mandant peut révoquer le contrat quand bon lui semble et sans préavis.* »

JSS JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS
DEPUIS 1898

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.