



UNIVERSITAIRES ET NOTAIRES :
REGARDS CROISÉS SUR
LE NOUVEAU DROIT
DES CONTRATS



SOMMAIRE

1 – LA FORMATION DU CONTRAT

Capacité et représentation des sociétés après la réforme des contrats :
droit commun ou droit spécial ? – MARIE-ANNE LE FLOCH p 5

L'action interrogatoire en matière de pacte de préférence :
innover maladroitement, est-ce avancer ? – SAMI HAFY p 8

Les actions interrogatoires : une innovation de la réforme
du droit des contrats – HANNA SELLAM p 11

Le renforcement de la sécurité juridique dans le domaine des promesses
de contrat depuis l'ordonnance du 10 février 2016 – ALICE LECUYER p 13

L'efficacité des promesses de vente en pratique – MARIE-PIERRE CAYROCHE p 17

Faut-il s'inquiéter de la violence économique ? – MATHILDE CHARRIÈRE p 20

Le devoir général d'information institué par la réforme du droit
des contrats est-il la consécration de la jurisprudence actuelle et
d'une certaine pratique notariale ? p 24
– JEAN-JACQUES SAINZ ET RÉMY D'AGOSTINO

La jurisprudence Baldus à l'heure de la réforme p 28
– EMILIE CHAKRI ET CHRISTELLE KOWALSKI

2 – LE CONTENU DU CONTRAT

La condition « potestative » de l'article 1304-2 du Code civil p 35
– CORALIE LEVENEUR

Les aspects pratiques de la condition suspensive de prêt à l'heure
de la réforme du droit des contrats – STÉPHANIE RICCI p 38

La cession de contrat : entre stabilité et incertitudes p 41
– CAMILLE BARAGNON, AUDE BENEDETTI ET EMMANUELLE GILLÈS DE PELLICHY

3 – L'EXÉCUTION DU CONTRAT

L'imprévision en droit des contrats, une révolution de façade p 48
– ARIENNE CLÉMENT

La vente en l'état futur d'achèvement et la révision pour imprévision p 51
– ARNAUD CATHALA ET ANNE DEMAREST

Point de vue pratique : faut-il toujours renoncer à l'imprévision ? p 52
– ESTELLE ARAKALIAN

Le renouvellement des sanctions de l'inexécution du contrat p 54
dans la réforme du droit des contrats, du régime général
des obligations et de la preuve – MELCHIOR LAPLANE

Le renouvellement des sanctions de l'inexécution : p 57
le cas pratique des VEFA
– ANGÉLIQUE BONNEAU ET ARTHUR SAVARY DE BEAUREGARD

Le tiers complice de la violation du contrat : chose défendue, p 59
chose désirée
– CLAUDIA DE OLIVIERA, EMMANUELLE GILLÈS DE PELLICHY ET AUDE BENEDETTI

Il est à signaler que les étudiants expriment dans leurs articles des opinions qui leur sont personnelles et ne reflètent pas nécessairement celles de l'Étude Cheuvreux et de l'Université Paris II Panthéon-Assas.

Responsables de la publication :
Bruno CHEUVREUX et Michèle RAUNET, Notaires Associés

Directrice de la publication : Michèle RAUNET

Ont participé à l'élaboration de ce bulletin : Estelle ARAKALIAN, Camille BARAGNON, Aude BENEDETTI, Angélique BONNEAU, Arnaud CATHALA, Marie-Pierre CAYROCHE, Emilien CHAKRI, Mathilde CHARRIÈRE, Arianne CLÉMENT, Emmanuelle GILLÈS DE PELLICHY, Alice LECUYER, Rémy D'AGOSTINO, Anne DEMAREST, Claudia DE OLIVIERA, Sami HAFY, Christelle KOWALSKI, Melchior LAPLANE, Séverine LÉBOVICI, Marie-Anne LE FLOCH, Coralie LEVENEUR, Jeanne MEYER, Stéphanie RICCI, Jean-Jacques SAINZ, Arthur SAVARY DE BEAUREGARD, Hanna SELLAM,

Crédits photo : ©CHEUVREUX NOTAIRES

LE BULLETIN CHEUVREUX Notaires est une publication de la SAS CHEUVREUX - 55 BD Haussmann - 75008 PARIS
Tél. + 33 1 44 90 14 14 - www.cheuvreux-notaires.fr

Bulletin trimestriel, Imprimé sur papier 100 % recyclé certifié FSC et PEFC avec une encre végétale contenant plus de 74 % de matières premières renouvelables
ISSN n° 2554-5159 – Dépôt légal : à parution

Impression et conception graphique :
Doc & Marty, www.docetmarty.com

LE BULLETIN CHEUVREUX Notaires est protégé par les règles de la propriété littéraire et artistique.
Toute reproduction est strictement interdite sauf accord exprès de CHEUVREUX.

Conformément à la loi « Informatique et Libertés » du 6 janvier 1978 modifiée, vous disposez d'un droit d'accès, d'opposition et de rectification aux données vous concernant.
Pour faire valoir ces droits, veuillez vous adresser au correspondant Informatique et Libertés désigné par l'office à cpd-adsn@notaires.fr.

Pour toute demande de modification de vos coordonnées, d'abonnement ou de désabonnement, envoyez un email à contact@cheuvreux.fr

LA NORME DE QUALITÉ ISO 9001 : dans sa recherche permanente d'amélioration et de satisfaction de ses clients, l'Étude a développé un Système de management de la Qualité, certifié ISO 9001 depuis avril 2003.



ÉDITO

Voici un hors-série hors norme !
Fruit de la collaboration entre des juristes de Cheuvreux et des étudiants du M2 de droit privé général de l'Université Panthéon-Assas Paris II, la présente édition du Bulletin Cheuvreux est consacrée à quelques thématiques contractuelles dont les problématiques ont souvent été renouvelées depuis l'entrée en vigueur de l'Ordonnance du 10 février 2016. Opérant une importante réforme de la matière, ce texte a en effet imposé à tout le monde juridique de s'interroger, d'appréhender les nouvelles dispositions, d'y déceler les véritables nouveautés et les impacts tant théoriques que pratiques qu'elles engendrent.

Regards croisés d'universitaires et de praticiens sur certains morceaux choisis, ce numéro illustre les échanges toujours fructueux entre ces deux mondes qui s'enrichissent mutuellement.

Bonne lecture !

MICHÈLE RAUNET
NOTAIRE ASSOCIÉ

LAURENT LEVENEUR,
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS PARIS II,
DIRECTEUR DU MASTER 2
DROIT PRIVÉ GÉNÉRAL

LA FORMATION DU CONTRAT



PAR
MARIE-ANNE LE FLOCH
GROUPE IMMOBILIER



CAPACITÉ ET REPRÉSENTATION DES SOCIÉTÉS APRÈS LA RÉFORME DES CONTRATS : DROIT COMMUN OU DROIT SPÉCIAL ?

Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016, précise que c'est pour « répondre aux demandes des milieux économiques » que l'article 1145, qui rappelle le principe de capacité des personnes physiques, a été complété par un nouveau texte sur la capacité des personnes morales.

La capacité juridique comporte deux volets. La capacité de jouissance d'une part, qui est l'aptitude à être sujet de droits - c'est-à-dire à être propriétaire, débiteur, créancier, en un mot à agir dans la vie juridique - et la capacité d'exercice d'autre part, qui est l'aptitude à exercer ces droits.

Les personnes morales ne disposent par elles-mêmes que d'une capacité de jouissance. Capacité de jouissance qui conditionne la validité de l'acte et dont les contours ont été définis depuis longtemps. De ce point de vue, la réforme ne fait que consacrer une approche juridique traditionnelle.

Pour ce qui est de la capacité d'exercice en revanche, les personnes morales n'en jouissent pas par elles-mêmes¹, mais par représentation. Là encore, la question de la représentation des personnes morales est organisée de longue date.

positions de la réforme sur les sociétés et quelle est l'articulation entre le régime général de la capacité et de la représentation avec les règles existantes, propres aux sociétés ?

L'article 1105 nouveau du Code civil fournit une première réponse, puisque, fidèle à l'adage « *lex specialia generalibus derogant* », il dispose que « *les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ».

CAPACITÉ

LE PRINCIPE DE SPÉCIALITÉ EST ÉRIGÉ EN RÈGLE DE DROIT COMMUN

En disposant que « *la capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par les statuts et aux actes qui leur sont accessoires* », le nouvel article 1145 alinéa 2 consacre le principe de spécialité qui avait déjà été établi par la doctrine.

Les sociétés étant constituées en vertu d'un contrat, elles ne peuvent en effet, contrairement aux personnes physiques, bénéficier d'un pouvoir d'action général. Leur capacité est ainsi limitée à deux niveaux. Au niveau légal, par l'article 1832 du Code civil qui dispose que la société est faite pour partager des bénéfices ou

¹ - Pour reprendre une formule imagée prêtée à Léon Duguit « *Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale* ».

une économie (ce qui la distingue de l'association²). Et au niveau des statuts, par la référence à l'objet social, qui définit et circonscrit le périmètre d'activité de la société.

L'article 1145 alinéa 2 précise toutefois que les actes doivent être « utiles à la réalisation de l'objet ». Probablement marqués par la jurisprudence récente de la Cour de cassation en matière de sûreté consentie par une société en garantie de la dette d'un associé³, d'aucuns estiment que, pour être valable, l'acte doit être conforme à l'intérêt social.

Une telle interprétation devrait à notre sens être écartée parce qu'elle ne correspond ni à la lettre, ni à l'objectif du texte. Le texte n'exige pas en effet que l'acte soit utile à la société, mais qu'il soit utile à la réalisation de son objet. En d'autres termes, qu'il facilite la mise en œuvre de l'objet. Par ailleurs, subordonner la validité d'un acte passé par une société à la recherche éminemment subjective de sa conformité à l'intérêt social est source d'insécurité juridique majeure. D'autant plus qu'une telle appréciation sera conduite par le juge *a posteriori*.

MAIS SON APPLICATION RESTE GOUVERNÉE PAR LES RÈGLES SPÉCIALES

L'article 1145, alinéa 2 poursuit en indiquant que le principe de spécialité des sociétés s'inscrit « dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles ».

Là encore, pas de nouveauté. Le texte ne fait que reprendre une distinction bien connue entre les sociétés à risque illimité et les sociétés à risque limité.

Dans les sociétés civiles, les sociétés en non collectif (SNC) et les sociétés en commandite simple (plus généralement dans les sociétés comportant un risque illimité pour les associés), dès l'instant où le dirigeant a agi en dehors de l'objet social, la société n'est pas engagée. La société n'est engagée que par les actes qui s'inscrivent dans la réalisation de son objet.

À l'inverse, dans les sociétés à risque limité, la règle est différente en vertu de dispositions expresses de la loi. On trouve

ces dispositions dans les SAS, dans les SARL et dans les sociétés anonymes et la règle est la même dans ces trois types de sociétés : la société est engagée même par les actes que le dirigeant accomplit en dehors de l'objet social. C'est donc bien qu'implicitement, mais nécessairement, on considère que ces sociétés ont la capacité puisqu'elles vont subir les actes en question, même s'ils sont étrangers à leur objet. Une telle considération provient d'un souci de faciliter la vie juridique. À partir du moment où la responsabilité des associés est limitée à leur apport, on fait prévaloir la sécurité des affaires.

En résumé, la capacité des sociétés est, aujourd'hui comme hier, limitée aux actes permettant la réalisation de leur objet, sauf dans les sociétés à risque limité, où cette capacité est plus étendue.

REPRÉSENTATION

L'ÉTENDUE DES POUVOIRS DES REPRÉSENTANTS EST FIXÉE PAR LES RÈGLES SPÉCIALES

Le nouvel article 1153 du Code civil fixe encore un principe de spécialité en précisant que « le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés ». Quelle que soit la source de la représentation (légale, judiciaire ou conventionnelle), celui qui reçoit le pouvoir d'agir au nom d'autrui ne doit pas aller au-delà de la mission qui lui a été confiée.

En matière de représentation des sociétés, ce texte général n'est toutefois pas applicable, puisqu'il existe des textes spéciaux selon qu'il s'agit d'une société à risque illimité ou d'une société à risque limité.

Ainsi, dans les sociétés à risque illimité (société civile, SNC ou en commandite simple), le gérant n'a le pouvoir d'engager la société que par les actes entrant dans l'objet social⁴.

Au contraire, dans les sociétés à risque limité (SARL et sociétés par actions), les représentants légaux sont investis des

pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Ils ont même le pouvoir d'engager la société par des actes qui ne relèvent pas de l'objet social, sauf à prouver que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait pas l'ignorer compte tenu des circonstances⁵.

La réforme soulève toutefois une question. Dans les deux cas susvisés, les pouvoirs des représentants légaux sont définis en des termes très généraux. Devrait-on dès lors considérer, en application du nouvel article 1155 du Code civil, que ces pouvoirs seraient limités aux actes conservatoires et d'administration⁶ ?

On mesure bien ici le caractère fortement contraignant qu'aurait une telle interprétation puisqu'elle reviendrait à exiger que le représentant légal dispose d'un pouvoir spécifique chaque fois qu'il doit accomplir un acte de disposition.

Là encore, il convient d'écarter l'article 1155, règle générale, au bénéfice des règles spécifiques à chaque type de société.

LA NOUVELLE ACTION INTERROGATOIRE EST-ELLE APPLICABLE AUX SOCIÉTÉS ?

L'action interrogatoire constitue une des innovations de la réforme. L'article 1158 du Code civil autorise « le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, à demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte ».

Cette action n'est toutefois pas ouverte pour les représentants légaux des sociétés, dont l'étendue des pouvoirs est définie par la loi. Le contraire eût d'ailleurs abouti à une disposition incongrue en l'absence de personne physique susceptible d'être interrogée. L'action pourra toutefois être utilisée pour les délégations de pouvoir.

2- À la différence d'une association par exemple, qui est une « convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. » (loi du 1^{er} juillet 1901).

3- C'est d'ailleurs dans cet esprit que, par un arrêt du 23 septembre 2014 (Cour de cassation, 3^{ème} civ., 23 septembre 2014, arrêt 811 FS P+B, Pourvoi 13-17.347), la Cour de cassation a annulé une affectation hypothécaire consentie par une société civile en garantie de la dette d'un associé, considérant qu'étant de nature à compromettre l'existence même de la société, elle était contraire à l'intérêt social, alors même que la constitution d'une telle sûreté entraînait dans son objet statutaire.

4- Article 1849 pour les sociétés civiles et L. 221-5 et L. 222-2 pour les SNC et les commandites simples.

5- Article L. 223-18 C. com.

6- L'article 1155 distingue en effet les pouvoirs généraux et les pouvoirs spéciaux : « lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration. Lorsque le pouvoir est spécialement déterminé, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire ».

MAIS LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊT EST GÉNÉRALISÉE

Le nouvel article 1161 du Code civil sanctionne par la nullité (I) les actes accomplis par une personne qui représente deux parties à un même acte et (II) les actes accomplis par une personne contractant à la fois pour son propre compte et pour le compte d'une personne qu'elle représente.

Afin d'assurer la sécurité juridique des transactions, l'article 1161 propose toutefois deux remèdes. L'acte peut avoir été autorisé par le représenté en amont ou ratifié par lui *a posteriori*.

En matière de sociétés, les illustrations peuvent être nombreuses.

■ Conventions conclues par une personne agissant pour le compte de plusieurs sociétés :

Sont par exemple visées les ventes entre deux sociétés d'un même groupe, si ces sociétés sont représentées par le même dirigeant. En l'état du droit nouveau, de tels actes seront frappés de nullité, sauf si chaque société a pris soin d'autoriser que la vente soit signée par le même représentant des deux côtés. Cette autorisation pourra être insérée dans la délibération qui autorise la vente.

En revanche, l'article 1161 n'appréhende pas la situation dans laquelle plusieurs sociétés d'un même groupe concluraient avec un cocontractant, une banque par exemple, et où ces sociétés auraient le même représentant légal.

Dans ce cas précis, le représentant légal n'agirait pas pour le compte de deux parties au contrat, mais pour le compte de deux entités composant, ensemble, une des parties à l'acte. À notre sens, il n'y a pas de conflit d'intérêt dans une telle situation.

■ Conventions conclues entre une société et son dirigeant

L'article 1161 frappe de nullité les contrats conclus par un représentant légal avec la société qu'il représente. Or le droit des sociétés organise déjà de longue date la gestion de tels conflits d'intérêt.

Dans les sociétés dans lesquelles le législateur a prévu le contrôle des conventions conclues entre la société et ses dirigeants (SA, SARL, SAS, SCA notamment), l'on distingue en effet deux cas :

- si la convention est interdite ou réglementée, elle suivra le régime propre à ces conventions et échappera à la nullité de l'article 1161 du Code civil, puisqu'en application de l'article 1105

du Code civil, les règles spéciales se substituent au nouveau droit commun ;

- si la convention est libre, comme portant sur une opération courante et conclue dans des conditions normales, on peut estimer que le législateur a

considéré qu'il n'y avait pas lieu de l'encadrer. En l'absence de « vide » juridique, le droit commun n'a donc pas non plus vocation à s'appliquer.

En revanche, dans les sociétés pour lesquelles le législateur n'a prévu aucun contrôle de ce type de conventions (les sociétés civiles et les SNC par exemple), le dispositif de l'article 1161 du Code civil devrait à notre sens être applicable. L'acte sera donc nul, sauf s'il a été préalablement autorisé ou ratifié *a posteriori* par la société.

En conclusion, l'ordonnance du 10 février 2016 conforte pour l'essentiel des principes bien connus, tels que le principe de spécialité pour la capacité et les pouvoirs. Ainsi que nous l'avons vu, bien

que cette question ne soit pas tranchée par le texte et qu'il demeure quelques zones d'ombre d'après certains commentateurs, le droit commun de la représentation ne devrait pas se substituer aux règles spécifiques prévues pour chaque type

“

L'article 1161 frappe de nullité les contrats conclus par un représentant légal avec la société qu'il représente.

”

de société. L'apport principal de la réforme nous semble être en matière de prévention des conflits d'intérêt, toutes les sociétés étant désormais concernées, soit par le dispositif déjà existant pour certaines sociétés, soit par le dispositif commun de l'article 1161.

PACTE DE PRÉFÉRENCE

DÉLAI ACTION
INTERROGATION
SUBSTITUTION



PAR
SAMI HAFY
ÉTUDIANT EN MASTER 2 –
DROIT PRIVÉ GÉNÉRAL –
UNIVERSITÉ PARIS II PANTHÉON-
ASSAS



L'ACTION INTERROGATOIRE EN MATIÈRE DE PACTE DE PRÉFÉRENCE : INNOVER MALADROITEMENT, EST-CE AVANCER ?

Article 1123 du Code civil :
« Le pacte de préférence
est le contrat par lequel
une partie s'engage à pro-
poser prioritairement à
son bénéficiaire de traiter avec lui pour
le cas où elle déciderait de contracter.

Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu.

Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.

L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat ».

L'introduction, par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, d'une action interrogatoire en matière de pacte de préférence n'a pas manqué de susciter des remous en doctrine. Le terme

même d'« action interrogatoire »¹ a été critiqué² à juste titre, en ce qu'il semble renvoyer à l'usage d'une voie de droit, contrairement à ce que le mécanisme prévoit, se rangeant dans la volonté affichée par l'ordonnance de restreindre l'office du juge relativement à certains aspects du droit des contrats.

La présentation de l'article 1123 alinéa 3 sera succincte, à l'image de la concision du texte. Le tiers à un pacte de préférence qui entend acquérir le bien sur lequel celui-ci porte peut, pour éviter la nullité de la vente qu'il souhaite conclure avec le promettant ou que le bénéficiaire lui soit substitué dans celle-ci, interroger le bénéficiaire du pacte de préférence sur l'existence du pacte et son intention de s'en prévaloir³, lequel devra lui répondre dans le délai - devant être raisonnable - qu'il aura fixé.

Cet article est d'une importance notable, notamment en raison du fait qu'il est visé par l'article 9 de l'ordonnance n°2016-131, qui prévoit son application à compter du 1^{er} octobre 2016, y compris aux contrats conclus sous l'empire de la loi ancienne.

Eu égard aux enjeux, il ne paraît pas vain de passer l'action interrogatoire du droit positif à travers le tamis de l'efficacité : cette consécration n'est-elle pas finalement rien de plus qu'une tempête dans un verre d'eau ?

1- Qui n'est pas utilisé par l'article 1123 alinéa 3 du Code civil, mais qui l'est par le rapport remis au Président de la République.

2- Voir notamment M. de Fontmichel, « Les nouvelles actions interrogatoires », D. 2016. 1665 et A. Bénabent, « Les nouveaux mécanismes », RDC 2016, n° hors-série, p. 17, qui propose le terme « d'interpellation interrogatoire ». Dans un souci d'efficacité, l'expression « action interrogatoire » sera pour autant utilisée dans la suite de l'article.

3- Conditions de la mise en oeuvre de la nullité du contrat conclu en violation des droits du bénéficiaire du pacte de préférence ou de la substitution de celui-ci au tiers depuis l'arrêt Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, no 03-19376 : Bull. civ. ch. mixte 2006, no 4 ; D. 2006, p. 1861, note P.-Y. Gautier, et p. 1864, note D. Mainguy ; RTD civ. 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; Defrénois 2006, art. 38433, no 41, obs. E. Savaux ; RDC 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud, et p. 1131, obs. F. Collart Dutilleul.

Pour éprouver cette efficacité, la démarche la plus idoine paraît être celle qui consiste à déterminer les objectifs de ce mécanisme pour ensuite en évaluer la réalisation. Deux grands objectifs semblent se dessiner : d'abord procurer un outil de sécurisation de la situation du tiers (I) afin que celui-ci puisse se prémunir d'une sanction qui peut être extrêmement lourde, puis faire en sorte que cet outil confère également une certaine protection au bénéficiaire du pacte de préférence (II), qui ne doit pas être spolié du droit qu'un contrat lui a procuré.

1 – L'INDULGENCE EXCESSIVE DANS LA SÉCURISATION DE LA SITUATION DU TIERS

« Fondamentalement, l'action interrogatoire est une violence faite à un droit »⁴, a-t-on pu lire, ce à quoi on a rétorqué qu'elle ne « [heurta] aucun principe fondamental »⁵. Si cette réponse est passablement rassurante, suffit-elle à justifier que sa consécration ait lieu ? Avant l'ordonnance de réforme, la situation du tiers requerrait-elle réellement la mise en oeuvre d'un moyen pour celui-ci de se protéger des risques pesant sur le contrat qu'il concluait ?

La réponse paraît négative : si depuis l'arrêt rendu par la Chambre Mixte de la Cour de cassation le 26 mai 2006, la preuve de la connaissance par le tiers de l'existence du pacte de préférence ainsi que de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir de celui-ci permet d'entraîner des sanctions à son égard, il est patent que cette sanction voit sa rigueur réduite à néant par ses conditions strictes. La Cour de cassation ne semble avoir accepté de sanctionner le tiers coupable de la violation du pacte de préférence qu'à deux reprises⁶, depuis 2006. L'explication de cette situation est simple : elle est due au fait que la preuve de la connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte de préférence est l'un des exemples les plus explicites de *probatio diabolica* du droit français. La jurisprudence a ainsi enserré le régime du tiers complice de la violation du pacte de préférence dans un carcan le réduisant à un cas d'école. Il a ainsi été reconnu que le fait, pour le

tiers, d'avoir eu connaissance de l'existence du pacte ne crée pas d'obligation pour celui-ci de se renseigner sur l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir⁷.

Face au constat de la préexistence, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de réforme, d'un régime particulièrement favorable au tiers contractant avec le promettant d'un pacte de préférence en violation des droits du bénéficiaire de celui-ci, on s'étonne de voir à quel point la consécration d'une action interrogatoire, selon les modalités prévues par l'ordonnance, est intrinsèquement contradictoire. Le principe d'une action interrogatoire trouve sa raison d'être dans la situation de faiblesse de celui auquel on l'ouvre et constitue ainsi un moyen pour celui-ci, suspendu à la prise de décision de celui qui bénéficie d'une option, de sécuriser sa situation. Mais cette idée est bien loin de la réalité de la situation du tiers contractant en violation d'un pacte de préférence, puisque celui-ci est déjà protégé par les conditions très strictes dégagées par la jurisprudence.

Il faut en outre préciser que les termes de l'article 1123 du Code civil laissent à penser que l'initiative de l'action interrogatoire ne relève que de la volonté du tiers⁸. Si cette idée ne paraît pas, en elle-même, absurde dans l'hypothèse où l'action interrogatoire est conçue comme un outil visant à permettre à un tiers de sécuriser sa position, elle prend un tout autre aspect dans la situation du tiers concluant un contrat en bafouant les droits du bénéficiaire d'un pacte de préférence. Puisque celui-ci est déjà protégé par les conditions strictes de sa sanction telles que posées par la jurisprudence comme évoqué précédemment, certains auteurs ont relevé que le tiers n'a aucun intérêt à exercer cette action⁹. En effet, le tiers qui exerce l'action interrogatoire établit déjà la preuve de sa connaissance de l'existence du pacte de préférence : interroger quelqu'un sur sa volonté de se prévaloir d'un pacte,

n'est-ce pas avouer que l'on sait qu'il est le bénéficiaire de celui-ci ? De plus, le tiers s'exposerait ainsi à l'éventualité, par la réponse affirmative du bénéficiaire, de permettre à celui-ci d'établir qu'il connaissait son intention de se prévaloir du pacte. Tiers avisés, n'exercez pas l'action interrogatoire : vous risqueriez de mettre à mal le bouclier que constitue pour vous la *probatio diabolica* !

L'objectif de renforcement de la sécurité du tiers est ainsi d'une indulgence excessive eu égard à sa situation déjà très favorisée par la jurisprudence antérieure, consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016. Reste à évaluer l'aspect protecteur de l'action interrogatoire à l'égard du bénéficiaire.

2 – LA CHÉTIVE PROTECTION DU BÉNÉFICIAIRE

« L'ordonnance introduit enfin des solutions innovantes, qui permettront aux parties de mettre fin à une incertitude pesant sur le contrat, telles que les actions interrogatoires relatives à l'existence d'un pacte de préférence », indique le rapport remis au Président de la République. L'action interrogatoire n'est en réalité que partiellement innovante, puisqu'elle existait en droit romain ainsi que durant l'Ancien Régime¹⁰. Pis encore, l'assertion qui fait de ce mécanisme un outil de lutte contre les incertitudes qui pèsent sur le contrat n'est elle aussi que partiellement exacte.

“

Les termes de l'article 1123 du Code civil laissent à penser que l'initiative de l'action interrogatoire ne relève que de la volonté du tiers.

”

La première incertitude pèse sur le délai raisonnable que le tiers doit fixer dans le corps de l'action interrogatoire afin de laisser au bénéficiaire l'occasion de répondre à celle-ci, conformément à l'article 1123 du Code civil. Il est clair que pour un mécanisme censé dissiper les contingences, l'idéal aurait été de prévoir un délai dans la loi¹¹, afin de garantir un traitement uniforme des actions interrogatoires et d'ôter un élément mettant à mal la sécurité juridique. Le lecteur curieux pourrait aussi

4- Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, Lexis Nexis.

5- L. Mayer, « Défense des 'actions interrogatoires' introduites par la réforme du droit des contrats », Gazette du Palais - 29/11/2016 - n° 42 - page 47.

6- Civ. 3^{ème}, 3 novembre 2011, n°10-20.936, Publié au bulletin et Civ. 3^{ème}, 14 février 2007, n°05-21.814, Publié au bulletin, étant précisé que dans l'arrêt Mixte, 26 mai 2006, n°03-19.376, publié au bulletin, la Cour de cassation ne considère pas que les conditions qu'elle dégage sont remplies.

7- Civ. 3^{ème}, 29 juin 2010, n°09-68.110.

8- « Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire [...] » indique le troisième alinéa de cet article.

9- Voir notamment Nicolas Dissaux, Christophe Jamin, Commentaire du projet de réforme du droit des obligations, Dalloz-Sirey, 2015 sur le projet de réforme qui comportait déjà cette difficulté.

10- Comme relevé par E. Jeuland, « Les actions interrogatoires en questions », JCP G, n° 26, 27 juin 2016, 737.

11- C. Grimaldi, O. Deshayes, « Proposition de modification de l'article 1123 du Code civil : l'action interrogatoire du tiers au pacte de préférence », Revue des contrats - n° 01 - page 170 ID : RDC114a1 proposent d'adopter un délai de deux mois.

se demander la sanction du non-respect de ce délai raisonnable. Quid si le tiers, après avoir fixé un délai non raisonnable car trop court, conclut le contrat avec le promettant sans avoir reçu la réponse du bénéficiaire dans les temps ? Faudrait-il présumer que le tiers avait connaissance de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte ? Cette solution serait assez satisfaisante, mais il semble douteux que la jurisprudence, peu encline depuis 2006 à faciliter la caractérisation de la connaissance de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte de préférence par le tiers¹², se range derrière elle. Il paraît ainsi plausible que ce délai ne soit finalement qu'une exigence molle, à moins que la jurisprudence ne cesse de faire rimer, concernant l'appréciation des conditions de la sanction du contrat conclu par le tiers, exigence avec complaisance.

C'est ensuite l'appréhension des conséquences de la réponse du bénéficiaire à l'action interrogatoire qui suscite des interrogations. Prenons la situation dans laquelle un pacte de préférence serait conclu pour une durée d'un an au profit d'un bénéficiaire ; un tiers surgit et, apprenant l'existence du pacte de préférence, exerce l'action interrogatoire deux semaines seulement après la signature du pacte de préférence. Le bénéficiaire, forcé de se prononcer sur sa volonté de se prévaloir de celui-ci, n'est-il pas confronté à une situation qui pourrait violer ses droits ? Il est tenu, s'il souhaite préserver ceux-ci, de se prononcer sur son intention d'acquérir un bien alors même qu'aucune offre comprenant un prix ne lui a été faite. Les risques sont importants pour le bénéficiaire : on peut imaginer que le tiers, apprenant que le bénéficiaire ne s'est pas prévalu du pacte de préférence *in fine*, décide d'agir en responsabilité délictuelle contre celui-ci¹³, voire même que la réponse vaille purge du droit de préférence. Cette dernière hypothèse désigne le cas où la réponse donnée par le bénéficiaire à l'action interrogatoire peut lui être opposée non pas seulement par le tiers, mais aussi par le promettant, qui pourrait ainsi lui reprocher un changement d'avis ultérieur. Les auteurs¹⁴ - et le contractant prudent - s'accordent à indiquer que la stipulation, dans le

pacte de préférence, que la réponse à une éventuelle action interrogatoire ne vaudra pas purge du droit de préférence paraît aujourd'hui indispensable pour se prémunir d'un tel risque.

Par ailleurs, il a été relevé¹⁵ que les termes de l'article 1123 du Code civil étaient suffisamment imprécis pour que l'on puisse concevoir qu'une réponse ambiguë du bénéficiaire à l'action interrogatoire suffise à maintenir la possibilité pour le bénéficiaire d'obtenir la nullité du contrat conclu par le tiers en violation de ses droits, ou sa substitution à celui-ci dans celui-là. Le quatrième alinéa de cet article se contente en effet d'affirmer qu'à défaut de réponse dans le délai prévu par le tiers dans l'action interrogatoire, le bénéficiaire perdra son droit à demander ces deux sanctions. On pourrait trouver un intérêt à ce comportement, qui aurait une fin conservatoire et serait sans doute louable en ce qu'il préserverait le droit de préférence du bénéficiaire tout en excluant le risque de purge de celui-ci. Néanmoins, bien qu'une lecture littérale de l'article semble permettre de donner une réponse ambiguë, il paraît assez risqué de parier sur le fait que la jurisprudence admette un tel détournement de la disposition.

Enfin, l'une des questions les plus délicates concernant l'action interrogatoire est l'hypothèse dans laquelle une clause de confidentialité a été stipulée dans le pacte de préférence. Le bénéficiaire est alors pris entre deux écueils : d'une part la violation de cette clause et les sanctions - qui peuvent être lourdes en cas de stipulation d'une clause pénale -, et d'autre part la crainte de ce qu'une absence de réponse aurait comme conséquence sur la protection de son droit de préférence. La crainte se voit corroborée par le fait que, dans le projet d'ordonnance rendu public le 25 février 2015, se trouvait un article 1125 qui prévoyait, dans son quatrième alinéa, que le bénéficiaire qui négligeait de répondre à l'action interrogatoire voyait ses droits préservés si le pacte de préférence contenait une clause de confidentialité. La disposition n'ayant pas été retenue par l'ordonnance du 10 février 2016, faut-il en déduire que le bénéficiaire n'est alors pas

dispensé de répondre¹⁶ ? Le cas échéant, le bénéficiaire est contraint de faire un arbitrage entre engager sa responsabilité contractuelle envers le promettant en vertu de la violation de la clause de confidentialité et perdre les deux principales sanctions que lui ouvre l'article 1123 du Code civil¹⁷, ce qui ne peut pas être considéré comme étant satisfaisant intellectuellement, ni même de bonne politique juridique.

CONCLUSION

En observant l'article 1123 alinéa 3 du Code civil à l'aune de ses deux objectifs - sécurisation de la situation du tiers et protection du bénéficiaire - le verdict semble donc être peu élogieux. Présentée comme ayant « vocation à mettre fin aux situations juridiques ambiguës »¹⁸, l'action interrogatoire est pourtant en l'état elle-même ambiguë, oscillant entre deux intérêts divergents en ne prenant pas assez parti pour accéder à l'efficacité qu'elle mériterait, eu égard à l'utilité qu'elle aurait en matière de pacte de préférence. On ne peut que se ranger derrière l'appréciation d'un auteur¹⁹, qui écrivait déjà, face au projet de réforme, qu'il s'agissait d'une « fausse bonne idée », et d'un « véritable nid à contentieux », compte tenu des nombreux éléments d'incertitude qui devront nécessairement être précisés par la jurisprudence, arrêt après arrêt, avant que l'action ne soit dotée d'un régime stable, certain et satisfaisant. À trop vouloir tempérer son audace, le rédacteur de l'ordonnance a probablement engendré un instrument mort-né, incapable de satisfaire la demande dans laquelle il puisait pourtant son fondement.

Mais contester le régime d'un mécanisme serait bien aisé sans tenter d'émettre une proposition alternative afin de tenter d'améliorer celui-ci. En 1994, le Professeur Denis Mazeaud²⁰ dénonçait déjà l'absurdité de l'absence de véritable sanction du tiers qui, sans connaître l'intention du bénéficiaire de se prévaloir de son droit de préférence, avait connaissance du pacte qui a généré celui-ci. Si l'idée de permettre l'annulation du contrat conclu en violation du pacte de préférence ou la substitution du bénéficiaire au tiers dans celui-ci

12- Voir supra.

13- M. de Fontmichel, article précité.

14- Voir notamment C. Grimaldi, O. Deshayes, article précité et C. Grimaldi, « Le pacte de préférence et le notaire après la réforme du droit des contrats », *Defrénois* - 30/10/2016 - n° 20 - page 1067.

15- Notamment par H. Le Nabasque, « Les avant-contrats », *Bulletin Joly Sociétés* - n° 09 - page 518, 1er septembre 2016.

16- D. Houtcleff, *Droit des contrats*, 2e éd, 2016, Larcier évoque notamment cette idée.

17- L'action en dommages et intérêts envers le tiers demeure en principe ouverte, à moins que la jurisprudence ne considère que le préjudice n'existe pas, puisqu'il aurait pu être évité par l'exercice des actions en nullité ou en substitution...

18- Rapport sur l'ordonnance du 10 février 2016 remis au Président de la République.

19- Y.-M. Serinet, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA* 2015, n° 177, n° spécial.

20- D. Mazeaud, « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », *Gaz. Pal.* 1994. 1. 210, spéc. n° 20.

à la seule condition que le tiers ait eu connaissance de l'existence du contrat antérieur peut paraître excessive²¹, l'action interrogatoire permet justement de tempérer cette rigueur. Il est tout à fait concevable de décider que le tiers qui, tout en ayant connaissance de l'existence d'un pacte de préférence, n'exerce pas l'action interrogatoire prend le risque de violer les droits du bénéficiaire de celui-ci, ce qui doit conduire à présumer qu'il avait connaissance, si ce n'est de l'intention du bénéficiaire de se

prévaloir du pacte, du moins du risque qu'il prenait de méconnaître les droits de celui-ci. La charge, ou plutôt la sanction, devant être là où est le risque, il est légitime que ce soit au tiers de payer le prix de sa mauvaise foi lorsqu'il ne s'informe pas de la volonté du bénéficiaire. Dans cette optique, le tiers qui, informé de l'existence d'un pacte de préférence, n'exerce pas l'action interrogatoire, s'exposerait à la nullité du contrat voire à la faculté de substitution du bénéficiaire. Il revient à la jurisprudence de dévelop-

per une telle approche²², qui permettrait cette fois de concilier efficacement la sécurité du tiers - qui bénéficierait d'une action lui permettant de se prémunir des risques qu'il n'entend pas courir - et la protection du bénéficiaire - qui se verrait enfin efficacement garantie.

21- Quoique : si les tiers doivent, selon l'article 1200 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016, « respecter la situation juridique créée par le contrat », il est légitime de sanctionner sévèrement les cas où ceux-ci bafoueraient ce devoir sans scrupule...

22- Ce qui serait audacieux puisque ce n'est pas celle portée par l'ordonnance du 10 février 2016, mais c'est parfois au magistrat d'être audacieux quand le pouvoir législatif n'a pas su l'être.



PAR
HANNA SELLAM
GROUPE DROIT PUBLIC IMMOBILIER

LES ACTIONS INTERROGATOIRES : UNE INNOVATION DE LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

Les actions interrogatoires perçues avec réticence par les juges en droit français étaient peu nombreuses avant la réforme du droit des contrats. En effet, il était difficilement concevable qu'une action puisse être portée devant eux sans qu'un litige existe véritablement et en particulier si cette action a pour objet de faire prendre parti à un défendeur à l'action.

Les trois actions interrogatoires introduites par l'ordonnance du 10 février 2016¹ ne sont toutefois pas des actions au sens procédural du terme ainsi défini par l'article 30 du Code de procédure civile mais des droits de mettre en demeure une partie d'avoir à prendre position ou s'exprimer.

Les trois actions interrogatoires sont présentées ci-après et examinées.

■ La première de ces actions interrogatoires concerne le pacte de préférence

L'article 1123 nouveau du Code civil définit en son 1^{er} alinéa le pacte de préférence comme le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter. Le 2^{ème} alinéa traite du cas particulier du contrat conclu avec un tiers en violation du pacte de préférence, en prévoyant que le bénéficiaire

peut obtenir réparation du préjudice subi, et que lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, il peut également agir en nullité ou demander en justice de le restituer au tiers dans le contrat conclu².

Les troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 du Code civil ouvrent la possibilité à un tiers qui aurait connaissance ou simplement qui supposerait qu'il existe un pacte de préférence de demander au bénéficiaire de ce pacte de confirmer son existence et de lui demander s'il a l'intention de s'en prévaloir, le défaut de réponse du bénéficiaire entraînant pour lui l'impossibilité de se substituer à cet acquéreur ou de demander la nullité de la vente.

Le futur acquéreur a donc la possibilité de sécuriser sa transaction en déterminant dans un délai raisonnable l'intention du bénéficiaire du pacte de préférence de s'en prévaloir. Il est intéressant de remarquer que le législateur en définissant le pacte de préférence en tant qu'avant-contrat n'a pas posé l'obligation de publication au service de publicité foncière compétent lorsque ce pacte

concerne un bien immobilier ou un droit réel immobilier. L'interpellation proposée au futur acquéreur repose sur la connaissance du bénéficiaire du pacte de préférence. Par quel moyen ? Repose-t-elle sur la bonne foi du promettant ? Et, dans cette hypothèse, le promettant engage-t-il sa responsabilité envers le futur acquéreur en ne lui révélant pas l'existence du pacte de préférence et l'identité de son bénéficiaire ? Cette incertitude laisse supposer qu'à défaut de bonne foi du promettant, il semble difficile pour le futur acquéreur de connaître l'identité du bénéficiaire du pacte.

On peut également se demander si le futur acquéreur aura un intérêt à mettre en demeure l'éventuel bénéficiaire du pacte de préférence et prendre ainsi le risque de ne pouvoir acquérir le bien³.

“

Le futur acquéreur a donc la possibilité de sécuriser sa transaction en déterminant dans un délai raisonnable l'intention du bénéficiaire du pacte de préférence de s'en prévaloir.

”

En effet, en posant la double condition de connaissance du pacte par le tiers et de connaissance de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir, il paraît effectivement plus difficile à ce dernier d'établir la mauvaise foi de l'acquéreur. Ces dispositions sont conformes à la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016⁴. Dans la pratique et aux

1- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, JORF n° 0035 du 11 février 2016 texte n° 26.

2- Cass. Ch. Mixte 26 mai 2006 pourvoi n° 03-19376.

3- N. Molfessis. La formation du contrat, JCP du 25 mai 2015.

4- Cass. 3^{ème} civ 29 juin 2010.

fins de garantir la sécurité du contrat, il devrait tout de même être conseillé au tiers de lever l'incertitude sur l'intention du bénéficiaire du pacte⁵.

Les conditions d'interpellation du bénéficiaire supposé du pacte sont précisées dans lesdits alinéas 3 et 4.

L'imprécision sur le formalisme attaché à l'écrit semble laisser une liberté de choix au tiers interpellant. La prudence incite toutefois à recommander de procéder par voie de notification.

Le tiers doit fixer un délai qualifié de « raisonnable » dans lequel le bénéficiaire peut exprimer son souhait de se prévaloir ou non de son pacte de préférence. La fixation de ce délai par le potentiel acquéreur risque en tout état de cause de générer des pratiques inégales et un éventuel contentieux. De la durée de ce délai dépend la fin de l'insécurité juridique créée par l'existence dudit pacte.

Pour ce qui est du contenu de la lettre, il n'est effectivement pas précisé si les conditions essentielles d'engagement du promettant avec le tiers doivent être énoncées dans ladite notification ou si, au regard du stade d'avancement des pourparlers, le seul principe de la vente du bien immobilier suffit.

L'absence de réponse du bénéficiaire dans ledit délai emporte l'impossibilité pour le bénéficiaire de se substituer ou de demander la nullité du contrat. Il paraît assez difficile de considérer dans cette hypothèse que la mise en demeure ne comportant qu'une information sur le principe de la transaction éventuelle entre le promettant et le tiers suffise à priver le bénéficiaire de son droit de se substituer à la vente ou à défaut du droit d'agir en nullité en cas de vente du bien immobilier.

■ La deuxième des actions interrogatoires concerne la représentation

La réforme du droit des contrats comble une lacune en consacrant neuf articles à la représentation qui forment son droit commun. S'il peut être regretté l'absence de définition de la représentation, l'article 1154 du Code civil renseigne toutefois sur la notion de représentation et opère une distinction entre la représentation parfaite, le représentant agissant au nom et pour le compte du représenté, et la représentation impar-

faite, le représentant contractant en son nom propre tout en déclarant agir pour autrui.

Dans ce cadre, et pour renforcer la sécurité juridique des transactions conclues par l'intermédiaire d'un représentant, est créée à l'article 1158 du Code civil une action interrogatoire ouvrant au tiers qui doute, dans le cadre de la conclusion d'un contrat, du pouvoir du représentant la faculté de demander au représenté de confirmer l'habilitation du représentant à conclure cet acte.

Si le formalisme de saisine du représenté n'est pas précisé dans le texte, il est indiqué que le délai est fixé par le tiers notifiant et qu'il doit être raisonnable.

Déterminant pour sécuriser le contrat à conclure, l'appréciation du caractère raisonnable du délai accordé pourrait-elle s'opérer variablement selon le domaine d'activité des contractants et l'objet du contrat ? Il apparaît à tout le moins que c'est la mise en œuvre de cette action qui dessinera la pratique professionnelle et l'éventuel contentieux à venir.

On peut se demander si cette notification doit comprendre une copie du contrat à conclure ou si les seules conditions essentielles du contrat devront être reprises pour solliciter la confirmation du représenté.

Le silence du représenté au-delà du délai imparti emporte la confirmation de l'habilitation du représentant à conclure cet acte. Le silence quant au contenu de la notification pourrait poser des difficultés de preuve quant à la clarté de la saisine du représenté et sa bonne information quant au contenu du contrat à conclure entre le représentant et son cocontractant.

Il est à noter qu'il n'est pas précisé que ce défaut de réponse prive le représenté du droit d'agir en nullité du contrat conclu par le représentant. Est-ce que cela signifie pour autant que le représenté conserve un droit de recours ?

Ces différentes incertitudes seront en tout état de cause levées par l'usage qu'il sera fait de cette faculté d'interpellation et l'éventuel contentieux à naître quant à ses conditions de mise en œuvre.

■ La troisième action interrogatoire créée par l'ordonnance du 10 février 2016 est l'action interrogatoire en ma-

tière de nullité contractuelle

Le droit des nullités se trouve dépoussiéré par la consécration de la distinction entre la nullité relative et la nullité absolue (article 1179 du Code civil).

La théorie moderne de la nullité retient ainsi le critère de l'intérêt protégé par la règle violée pour distinguer entre ces deux types de nullités⁶. Les différences de régime entre la nullité absolue et la nullité relative sont également consacrées par les nouveaux articles 1180 et 1181 du Code civil.

Ouvrant la possibilité de confirmer le contrat entaché de nullité, l'action interrogatoire créée par l'article 1183 du Code civil est ouverte aux seules parties au contrat. Une partie peut donc demander à celle qui peut se prévaloir d'une nullité soit d'agir dans un délai de 6 mois à peine de forclusion soit de confirmer le contrat.

Un certain formalisme doit être respecté, puisque l'action interrogatoire doit être exercée par écrit et doit mentionner la conséquence d'une absence de réponse dans un délai de 6 mois. Le domaine d'application de cette action interrogatoire est restreint par la deuxième phrase de l'alinéa 1^{er} de l'article 1158 du Code civil selon laquelle « la cause de nullité doit avoir cessé ».

Il peut être relevé comme précédemment un manque de précision quant aux modalités de saisine du cocontractant pour ouvrir son droit. Devra-t-il s'agir d'une saisine du cocontractant par lettre simple ou par voie de notification ? S'agissant d'une interpellation sur la confirmation d'une renonciation à agir en justice, une lettre simple pourrait-elle suffire ? Il semble difficile de le penser.

Concernant le contenu de cette interpellation du cocontractant, on peut se demander comment le cocontractant doit formuler la reconnaissance d'une cause de nullité du contrat et comment cette demande de prise de position par le cocontractant doit s'exprimer pour sécuriser le contrat conclu entaché d'une nullité.

Ces différents éléments d'incertitude mettent en valeur la nécessité de suivre avec attention la pratique qui va se mettre en place, le succès de l'innovation consacrée par l'ouverture de ces actions interrogatoires en dépendant.

5- Avis de Philippe Simler – Jurisclasseur Fasc 1.1 : réforme du droit des obligations.

6- Rémy Lichbacher, la théorie moderne des nullités. Defrenois 2007, article 38687 n° 74.

BONNE FOI PROMESSE SÉCURITÉ

PUBLICATION RÉVOCACTION



PAR
ALICE LÉCUYER
ÉTUDIANTE EN MASTER 2 –
DROIT PRIVÉ GÉNÉRAL –
UNIVERSITÉ PARIS II PANTHÉON-
ASSAS



LE RENFORCEMENT DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE DANS LE DOMAINE DES PROMESSES DE CONTRAT DEPUIS L'ORDONNANCE DU 10 FÉVRIER 2016

L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations met opportunément un terme au quasi-silence du Code civil napoléonien qui entourait les avant-contrats.

Les avant-contrats sont des contrats à part entière qui permettent aux parties d'encadrer la conclusion du contrat définitif qu'elles projettent.

Ils sont aujourd'hui extrêmement utiles au regard de la complexification croissante des procédés contractuels. L'absence presque complète de réglementation générale dans le Code civil s'y rapportant apparaissait, à l'époque actuelle, regrettable.

Les rédacteurs de l'ordonnance se sont donc attelés à élaborer des dispositions d'ensemble concernant les deux avant-contrats les plus courants, que sont le pacte de préférence et la promesse de contrat. La différence entre ces deux contrats préparatoires réside dans l'objet de l'engagement. En effet, le pacte de préférence a pour objet l'octroi d'une préférence en vue de la conclusion d'un contrat, tandis que la promesse de contrat se rapporte de manière plus immédiate à la conclusion du contrat définitif projeté.

La présente étude se limitera à exposer

la perspective d'ensemble que semble poursuivre la réforme concernant les promesses de contrat.

À cet égard, il convient de rappeler que la promesse de contrat est un contrat, supposant dès lors un accord de volontés entre deux parties, qui a pour objet une obligation de conclure le contrat définitif projeté.

Le Code civil de 1804 l'envisageait de manière indifférenciée dans un texte inchangé relatif à la vente (article 1589 du Code civil).

La pratique avait cependant mis en lumière l'existence de deux types de promesses, dont la qualification est liée au nombre de parties qui s'engagent définitivement. Ainsi, lorsqu'une seule partie s'engage, et que l'autre bénéficie d'un droit d'option, c'est-à-dire d'une exclusivité pour décider de conclure ou non le contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, les parties concluent une promesse unilatérale de contrat. En revanche, lorsque les deux parties s'engagent réciproquement et définitivement dans les termes d'un contrat dont les conditions essentielles, au moins, sont déterminées, les cocontractants sont liés par une promesse synallagmatique de contrat.

La jurisprudence postérieure a précisé que l'article 1589 du Code civil ne s'appliquait qu'aux seules promesses synal-

lagmatiques de vente.

La promesse unilatérale de contrat était dès lors ignorée de la réglementation civile générale.

L'ordonnance du 10 février 2016 présente, dans le domaine des promesses de contrat, deux innovations.

D'une part, elle intègre la promesse unilatérale dans le Code civil en en précisant tant la définition que le régime (article 1124 du Code civil).

D'autre part, elle précise le régime de la promesse synallagmatique, portant spécifiquement sur la vente d'un immeuble, en mettant un terme à une jurisprudence fluctuante (article 1198 du Code civil).

De ces nouveautés se dégage une ligne directrice claire qui est le renforcement de la sécurité juridique dans le domaine des promesses de contrat, dans le sens du mouvement contemporain du droit qui n'attache plus la sécurité juridique au seul stade de l'exécution du contrat mais également à celui de sa formation.

Cette orientation législative s'apprécie tant au regard de la force (I) que de la sanction de la violation (II) des promesses de contrat.

1 – L'AMPLIFICATION DE LA FORCE DES PROMESSES DE CONTRAT

Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 se sont adonnés à intensifier tant la force des promesses unilatérales de contrat, en reconnaissant de manière explicite l'irrévocabilité de l'engagement du promettant (A), que des promesses synallagmatiques de contrat, en confirmant de manière implicite la variabilité de l'engagement des parties (B).

A. LA RECONNAISSANCE EXPLICITE D'UN ENGAGEMENT IRRÉVOCABLE DU PROMETTANT DANS UNE PROMESSE UNILATÉRALE DE CONTRAT

La réforme du droit des contrats reconnaît désormais explicitement le caractère irrévocable de l'engagement du promettant dans une promesse unilatérale de contrat, désapprouvant une jurisprudence antérieure des plus contestées.

Dès le XIX^{ème} siècle, la Cour de cassation avait en effet été conduite à considérer que, préalablement à la levée de l'option par le bénéficiaire, le promettant pouvait librement rétracter la promesse,

sans qu'il y ait d'exécution forcée.

Naguère, les juges de la Haute Cour se sont prévalus successivement de deux fondements à l'appui de leur solution.

Ils ont, dans un premier temps, justifié l'impossible exécution forcée de la promesse en considérant que le promettant n'était tenu que d'une obligation de faire qui, selon l'ancien article 1142 du Code civil, se résout en dommages et intérêts¹. La doctrine a cependant émis un certain nombre de critiques autour de cette formule, au regard, notamment, de la qualification d'obligation de faire de l'engagement du promettant qui

semble inadéquate puisque, ce dernier s'étant définitivement engagé, il ne lui reste qu'à attendre l'exercice par le bénéficiaire de son droit d'option.

Faisant suite à ces observations, les hauts magistrats se sont, dans un second temps, fondés sur l'ancien article 1101 du Code civil (« *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ») et ont considéré que la levée de l'option postérieurement à la rétractation de la promesse faisait obstacle à la rencontre des consentements du promettant et du bénéficiaire².

Cette règle avait pour avantage certain de laisser au promettant une entière liberté pour rétracter sa promesse, sous la seule réserve d'une condamnation au paiement de dommages et intérêts. Elle insufflait cependant une véritable insécurité sur le régime de la promesse unilatérale de contrat puisqu'elle méconnaissait le principe de la force obligatoire du contrat, alors consacré par l'ancien article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil (« *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »).

Pour y faire obstacle, la pratique s'était employée à stipuler des clauses d'exécution forcée en nature, dont la licéité fut validée par la jurisprudence³.

La réforme du droit des contrats a finalement consacré la solution préconisée par les praticiens en frappant d'inefficacé

la rétractation du promettant pendant le délai d'option concédé au bénéficiaire (article 1124 alinéa 2 du Code civil : « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* »). Cette disposition protège la liberté du bénéficiaire de lever ou non l'option qui lui est octroyée par

la promesse, sous la seule réserve, en pratique, de l'importance du montant de l'indemnité d'immobilisation, qui accompagne généralement la promesse unilatérale de vente, et qui peut influencer le choix du bénéficiaire.

“

La réforme du droit des contrats reconnaît désormais explicitement le caractère irrévocable de l'engagement du promettant dans une promesse unilatérale de contrat.

”

L'innovation de l'ordonnance du 10 février 2016 conduit nécessairement le promettant à faire preuve de davantage de prudence lorsqu'il s'engage par une promesse unilatérale de contrat. Cependant, elle doit être saluée en ce sens qu'elle sécurise et restaure la force obligatoire de la promesse unilatérale de contrat.

La seule ombre au tableau pourrait résulter de la reconnaissance du caractère supplétif de cette disposition, en faveur de laquelle s'oriente actuellement la majorité de la doctrine⁴.

Le même objectif semble avoir guidé les rédacteurs de l'ordonnance vers la confirmation implicite des solutions préexistantes en matière de promesse synallagmatique de contrat.

B. LA CONFIRMATION IMPLICITE D'UN ENGAGEMENT VARIABLE DES PARTIES À LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE CONTRAT

La réforme du droit des contrats n'a aucunement intégré, au sein du Code civil, de disposition générale relative à la promesse synallagmatique de contrat, confirmant dès lors, implicitement, le caractère variable de l'engagement des parties selon que la promesse de contrat vaille ou ne vaille pas contrat.

En effet, la promesse synallagmatique de contrat ne vaut contrat que lorsqu'elle a pour objet un contrat consensuel, qui se forme par le seul échange des consentements (article 1109 alinéa 1^{er} du Code

1- Cass.Civ 3^{ème}, 15 décembre 1993, n°91-14.999.

2- Cass.Civ 3^{ème}, 11 mai 2011, n°10-12.875.

3- Cass.Civ 3^{ème}, 27 mars 2008, n°07-11.721.

4- Not. « Fiche pratique : la promesse unilatérale du contrat ou l'éloge de l'ombre », M. Mekki, Gaz.Pal., 27/09/2016, n°33, p.17 ; « La phase précontractuelle », P.Puig, Dr. et Pat., 01/05/2016, n°258.

civil). Dans ce cas, le contrat définitif est conclu du seul fait de la promesse. Cette qualification est assortie d'importantes conséquences puisque, en cas d'inexécution de la promesse de contrat, il y aura lieu à application des sanctions de l'inexécution du contrat, énumérées par l'article 1217 du Code civil, parmi lesquelles figure l'exécution forcée en nature.

Il est cependant fréquent que les parties paralysent cette mécanique en prévoyant, au titre des conditions de formation du contrat, la nécessité de réitérer l'acte sous signature privée en la forme authentique.

Au-delà, la promesse synallagmatique de contrat ne vaut pas contrat lorsqu'elle n'a pas pour objet un contrat consensuel.

Cette règle trouvera application, d'une part, en présence d'une promesse synallagmatique de contrat solennel.

Le contrat est solennel lorsque la volonté des parties doit s'extérioriser à travers des formes déterminées par la loi (article 1109 alinéa 2 du Code civil).

C'est ainsi, par exemple, que la loi soumet la conclusion du contrat de vente d'immeubles à construire à sa constatation par acte authentique (article L. 261-10 Code de la construction et de l'habitation).

Cette règle aura vocation à être mise en œuvre, d'autre part, en présence d'une promesse synallagmatique de contrat réel.

Le contrat réel suppose, pour sa conclusion, non seulement l'échange des consentements, mais encore la remise de la chose, objet de l'obligation (article 1109 alinéa 3 du Code civil).

Le prêt en constitue un exemple caractéristique, bien que la jurisprudence en ait réduit le domaine puisqu'elle considère que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel⁵.

Dans ces deux hypothèses, le contrat définitif n'est pas conclu du seul fait de la promesse synallagmatique de contrat, sa formation étant subordonnée soit à la réitération de la volonté des parties dans les formes requises, soit à la remise

de la chose. Ce défaut d'assimilation n'est pas dépourvu d'effet puisque, en cas d'inexécution de la promesse synallagmatique de contrat, cette fois-ci, les sanctions de l'inexécution du contrat ne pourront trouver application. La victime de l'inexécution pourra seulement enga-

ger la responsabilité de l'auteur de son dommage et obtenir l'octroi de dommages et intérêts, à hauteur du préjudice qu'elle a subi.

Il résulte de ces développements que la force de la promesse synallagmatique de

contrat ne s'illustre pleinement qu'à la condition qu'elle ait pour objet un contrat consensuel. Cette solution est inchangée par la réforme du droit des contrats qui n'a modifié qu'à la marge le régime des promesses synallagmatique en définissant les sanctions de la violation des promesses de contrat.

2 - LA SANCTION RIGOUREUSE DE LA VIOLATION DES PROMESSES DE CONTRAT

Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 se sont également attelés à définir de manière rigoureuse les sanctions encourues en cas de violation des promesses de contrat, en affirmant, de manière circonstanciée, la nullité du contrat conclu en violation de la promesse unilatérale de contrat (A), ainsi qu'en moralisant la règle de priorité accordée au premier publiaut d'une promesse synallagmatique de vente immobilière (B).

A. L'affirmation circonstanciée de la nullité du contrat conclu en violation de la promesse unilatérale de contrat

Les dispositions relatives à la promesse unilatérale de contrat, nouvellement intégrées par la réforme du droit des contrats, affirment désormais, de manière circonstanciée, la nullité du contrat conclu en violation de la promesse unilatérale du contrat, préalablement à l'exercice du droit d'option par le bénéficiaire, mettant un terme à l'option que semblait avoir ouverte la jurisprudence.

En effet, antérieurement à l'ordonnance du 10 février 2016, le bénéficiaire pou-

vait, de manière certaine, se retourner contre le tiers qui avait contracté avec le promettant en ayant eu connaissance de l'existence d'une promesse. La jurisprudence semblait lui accorder une liberté dans le choix de la sanction puisque celui-ci pouvait agir sur le terrain de la responsabilité délictuelle du tiers⁶, ou sur celui de l'annulation du contrat conclu en fraude de ses droits⁷.

Désormais, l'article 1124 alinéa 3 du Code civil proclame ostensiblement que « le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ». La sanction de la nullité semble désormais revêtir un caractère automatique.

La réforme du droit des contrats tranche ainsi, de manière assurée, en faveur de la sanction de la nullité du contrat conclu en violation de la promesse unilatérale. Cependant, elle semble la circonscrire précisément en imposant le respect de conditions de fond et de procédure.

Au rang des conditions de fond figure la mauvaise foi du tiers contractant, définie comme la connaissance de l'existence de la promesse unilatérale. Cette exigence peut sans doute s'analyser comme un obstacle à la sécurité juridique promue par la réforme dès lors que la bonne foi du tiers empêchera l'annulation du contrat conclu et, par suite, l'exécution forcée de la promesse initiale sur le terrain de l'alinéa 2 de l'article 1124 du Code civil. Elle est cependant nécessaire à la réalisation d'un certain équilibre entre les intérêts en présence puisqu'il semble démesuré de sanctionner de telle sorte le contractant de bonne foi en raison de l'absence de publicité de la promesse unilatérale. Ainsi, si cette condition n'est pas satisfaite, le bénéficiaire ne pourra qu'agir en responsabilité à l'encontre du promettant et obtenir des dommages et intérêts à hauteur du préjudice qu'il aura subi du fait de la violation de la promesse.

Au titre des conditions de procédure, il convient de préciser que seul le bénéficiaire de la promesse unilatérale semble avoir un intérêt à agir en nullité du contrat conclu en violation de ses droits. Celui-ci devra, en application des règles du droit commun régissant la charge de la preuve (article 1353 alinéa 1^{er} du Code civil : « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver »), dé-

5- Cass. Civ1^{ère}, 5 juillet 2006, n°04-12.588.

6- Cass. Civ 3^e, 8 juillet 1975, n°73-14.926.

7- Cass. Civ 3^e, 10 mai 1972, n°71-11.520.

montrer la connaissance par le tiers de l'existence de la promesse unilatérale.

Cette explicitation de la sanction du contrat conclu en violation de la promesse unilatérale est opportune en termes de sécurité

juridique puisqu'elle permet un anéantissement des droits du tiers contractant de mauvaise foi tout en laissant subsister ceux du bénéficiaire de la promesse, qui pourra librement exercer son droit d'option.

Un tel renforcement de la sécurité juridique au regard de la sanction de la violation des promesses de contrat s'illustre également en présence d'une promesse synallagmatique de vente immobilière.

B. LA MORALISATION DE LA RÈGLE DE PRIORITÉ DU PREMIER PUBLIANT DE LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE VENTE IMMOBILIÈRE

La réforme du droit des contrats, suivant son objectif de redéfinition du régime des promesses dans un sens favorable à la sécurité juridique, s'est appliquée à moraliser la règle de priorité dont bénéficie le premier publiaut foncier.

Au préalable, il convient de rappeler que l'article 28, 1° du décret n°55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière rend obligatoire la publicité d'un certain nombre d'actes concernant un immeuble, notamment

“

Il convient de préciser que seul le bénéficiaire de la promesse unilatérale semble avoir un intérêt à agir en nullité du contrat conclu en violation de ses droits.

”

été mobilisée pour résoudre les conflits entre acquéreurs successifs d'un même bien immeuble.

D'un point de vue purement technique, les règles de la publicité foncière conduisent à ce qu'il soit donné, dans cette hypothèse, préférence au premier publiaut. Cette solution est cependant difficilement soutenable d'un point de vue moral si celui-ci avait connaissance d'une promesse synallagmatique pré-existante, portant sur le même bien immeuble. C'est pourquoi, dans un premier temps, la jurisprudence a soumis cette règle de priorité à la bonne foi du premier publiaut⁸. La Cour de cassation avait cependant, récemment, fait fi de cette condition⁹.

Cette dernière position jurisprudentielle n'est désormais plus d'actualité puisque la réforme du droit des contrats a réinstauré l'exception de la mauvaise foi du premier publiaut (article 1198 alinéa 2

ceux qui emportent transfert de propriété, ce qui recouvre les contrats de vente immobilière, et donc, par analogie, les promesses synallagmatiques de vente immobilière dès lors que celles-ci valent vente.

Cette exigence a

du Code civil : « lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi »). La bonne foi étant présumée, il appartiendra au premier acquéreur de rapporter la preuve de la mauvaise foi du premier publiaut.

Si cette solution peut paraître regrettable d'un point de vue purement technique, elle semble louable, d'une part, d'un point de vue moral, puisqu'elle met fin à la prime à la mauvaise foi et, d'autre part, au regard de l'objectif de sécurité juridique poursuivi par la réforme, puisqu'elle permet de protéger l'efficacité de la promesse synallagmatique en refusant la priorité au cocontractant postérieur qui publierait le premier son titre d'acquisition dès lors que celui-ci avait connaissance du premier acte translatif de propriété.

“

La bonne foi étant présumée, il appartiendra au premier acquéreur de rapporter la preuve de la mauvaise foi du premier publiaut.

”

Il résulte ainsi de l'analyse des innovations du Code civil en matière de pro-

messes de contrat une véritable volonté de sécurisation de l'engagement, contribuant à restaurer leur utilité dans le processus de conclusion du contrat.

8- Cass. Civ 3^e, 22 mars 1968, Bull. civ. III, n°129.
9- Cass. Civ 3^e, 10 février 2010, n°08-21.656.



PAR
MARIE-PIERRE CAYROCHE
GROUPE IMMOBILIER

L'EFFICACITÉ DES PROMESSES DE VENTE EN PRATIQUE

Avant la réforme, la promesse de vente n'était visée dans le Code depuis 1804 qu'en tant que promesse synallagmatique, l'article 1589 se bornant à dire que celle-ci vaut vente.

La jurisprudence afférente aux promesses unilatérales de vente concentrait l'essentiel des critiques sur le fait que si le promettant se rétractait avant la levée d'option, le bénéficiaire ne pouvait le contraindre à la réalisation de la vente. Désormais l'article 1124 du Code civil définit la promesse unilatérale et en précise la portée.

1 - IRRÉVOCABILITÉ DE L'ENGAGEMENT DU PROMETTANT DANS LES PROMESSES UNILATÉRALES DE VENTE

■ Avant la réforme

La Cour de cassation analysait la promesse de vente comme faisant naître un engagement de faire à la charge du promettant qui l'oblige à maintenir sa volonté pendant un certain délai (Cass. 3^{ème} civ. 15 décembre 1993 - n°91-10.199). Elle en déduisait, au visa de l'article 1142 du Code civil selon lequel les obligations de faire se résolvent en dommages et intérêts, que la rétractation du promettant avant l'expiration de la promesse empêchait une levée efficace de l'option par le bénéficiaire qui devait, dès lors se contenter d'une simple indemnisation.

La pratique notariale pour assurer la sécurité juridique de ses contrats avait alors prévu dans les promesses unilatérales de vente une clause d'exécution forcée, ce qui a été validé par la Cour de cassation (Cass. 3^{ème} civ. 27 mars 2008 - n°07-11.721).

Dans la jurisprudence plus récente, le visa de l'article 1142 du Code civil avait disparu, mais il n'en restait pas moins que la rétractation du promettant rendait l'option impossible et que donc la

formation du contrat de vente né de la rencontre des volontés ne pouvait être réalisée (Cass. 3^{ème} civ. 11 mai 2011 - n°10-12.875).

Pour garantir au bénéficiaire l'efficacité de sa levée d'option, la pratique notariale avait donc interdit au promettant la possibilité de révoquer unilatéralement son offre.

À titre d'exemple, c'est ainsi que l'on pouvait lire dans les promesses unilatérales de vente ce type de clause :

« Il est expressément convenu entre les Parties qu'en raison de l'acceptation de la Promesse par le Bénéficiaire en tant que simple Promesse, il s'est formé entre les Parties une convention de

promesse unilatérale dans les termes de l'article 1134 du Code civil. Dans la commune intention des Parties, et pendant toute la durée du contrat, celle-ci ne pourra être révoquée que par leur consentement mutuel et ce conformément au deuxième alinéa dudit article ».

Il en résulte notamment que :

1°) le Promettant a, pour sa part, définitivement consenti à la Vente et qu'il est d'ores et déjà débiteur de l'obligation de transférer la propriété au profit du Bénéficiaire aux conditions des présentes ;

2°) toute rétractation unilatérale de la volonté du Promettant sera de plein droit inefficace du fait de l'acceptation de la Promesse en tant que telle par le Bénéficiaire, et qu'une telle rétractation ne pourra produire aucun effet sans l'accord exprès de ce dernier. En outre, le Promettant ne pourra pas se prévaloir des dispositions de l'article 1590 du Code civil en offrant de restituer le double de

la somme le cas échéant versée au titre de l'Indemnité ;

3°) en tant que de besoin, le Promettant renonce expressément au bénéfice de l'article 1142 du Code civil, lequel dispose : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts de la part du débiteur ». En cas de refus par le Promettant de réaliser la Vente par acte authentique, le Bénéficiaire pourra poursuivre l'exécution forcée de la Vente par voie judiciaire si

ce dernier a exprimé sa volonté d'acquiescer en levant l'Option en respectant les modalités de validité et de délai sus-indiquées ;

4°) la Levée d'Option par le Bénéficiaire effectuée dans ces mêmes conditions engage irrévocablement ce dernier à acquiescer, le Promettant pourra poursuivre l'exécution forcée de la Vente par voie judiciaire ».

■ Après la réforme

L'ordonnance du 10 février 2016 renforce l'engagement du promettant pour assurer la sécurité juridique de la promesse unilatérale de vente.

Il résulte des termes du nouvel article 1124 du Code civil que :

- le promettant a définitivement consenti à la vente et qu'il est débiteur de l'obligation de transférer la propriété de l'immeuble au bénéficiaire en cas de levée d'option,

- la rétractation unilatérale de l'offre du promettant est de plein droit inefficace.

- la levée d'option emporte, à elle seule, formation du contrat de vente.

- En suivant l'avis de certains auteurs dès lors que la promesse unilatérale de vente est constatée par un acte authentique et que la levée d'option est également constatée par un acte authentique, il y a bien constatation authentique de deux volontés emportant mutation de droit réel immobilier au sens de l'article 28 du

décret du 4 janvier 1955. La mutation immobilière serait ainsi publiable sans avoir besoin d'un juge.

Néanmoins en pratique, les parties entendent que le transfert de propriété soit différé au jour du paiement du prix. Aussi, la pratique notariale a dû s'adapter pour que la levée d'option n'emporte pas transfert de propriété au mépris du paiement du prix par l'acquéreur et de la délivrance du bien par le vendeur.

La clause de levée d'option d'une promesse unilatérale de vente nécessite une attention toute particulière, pour que :

- le vendeur ait la garantie du paiement de son prix ; la levée d'option doit s'accompagner du paiement du prix et des frais entre les mains du notaire

- l'acquéreur ait la disposition du bien ; la levée d'option doit être notifiée au vendeur pour lui permettre de procéder à la libération du bien.

La pratique notariale prend ainsi le parti de ne pas rendre exécutoire une vente au terme de laquelle le vendeur n'aurait pas touché son prix de vente et/ou l'acquéreur ne pourrait entrer en possession du bien.

Le notaire est responsable de l'efficacité juridique des contrats qu'il rédige, pour permettre à l'une ou l'autre des parties de faire valoir ses droits, néanmoins il ne souhaite pas se substituer au juge en cas de litige entre les parties.

C'est ainsi que l'on peut lire dans les promesses unilatérales de vente :

« De convention expresse entre les Parties, la seule manifestation par le Bénéficiaire de sa volonté d'acquérir par la Levée d'Option n'aura pour effet que de permettre d'établir, le cas échéant, la carence du Promettant et, en conséquence, ne saurait entraîner aucun transfert de propriété de la part du Promettant sur les Biens, ce transfert ne devant résulter que d'un Acte de Vente constatant le paiement du Prix selon les modalités ci-après convenues, ou d'un jugement de défaut de cette réalisation par acte authentique ».

Pour renforcer la sécurité juridique, l'article 1124 alinéa 3 tient pour nul le contrat conclu avec un tiers qui prive le bénéficiaire de son droit à exercer l'option consenti par la promesse. Ce dernier alinéa renvoie ainsi à la pro-

blématique de la publicité foncière.

2 - LES AVANTS-CONTRATS DE VENTE ET LA PUBLICITÉ FONCIÈRE

■ Nullité de la vente conclue en violation d'une promesse unilatérale de vente

L'article 1124 alinéa 3 offre une nouvelle sécurité au bénéficiaire en lui permettant de faire annuler le contrat conclu avec un tiers. Le nouveau texte est plus favorable au bénéficiaire que ne l'était la jurisprudence antérieure, puisqu'elle n'admettait l'annulation qu'en cas de concert frauduleux entre le promettant et le tiers. Le bénéficiaire de la promesse n'a donc plus à prouver la complicité du tiers avec le promettant, mais uni-

quement la connaissance qu'en avait le tiers.

La pratique notariale n'avait antérieurement à la réforme pas pris l'habitude de procéder à la publication au service de la publicité foncière des pro-

messes unilatérales de vente. En effet, le bénéficiaire n'étant titulaire que d'une faculté de lever l'option, la promesse unilatérale de vente n'est pas soumise à l'obligation de publication de l'article 28, 1° du décret du 4 janvier 1955.

Aujourd'hui, la publication de la promesse unilatérale de vente peut trouver son intérêt dans l'opposabilité du droit d'option du bénéficiaire envers les tiers, sous les réserves sui-

vantes :

- la publication d'une promesse unilatérale de vente entraînera le versement la Contribution de Sécurité Immobilière (C.S.I.) au taux proportionnel de 0,10 % du prix de vente.

- La publication d'une promesse unilatérale de vente ne doit pas être constitutive d'un moyen de pression du bénéficiaire envers le promettant et le tiers, dès lors que la nullité de l'acte conclu au mépris de son droit peut être invoquée avant même toute levée d'option et alors même qu'il n'entendait pas lever l'option.

Néanmoins, compte tenu des délais liés à l'accomplissement de la publicité fon-

cière, le notaire ne manquera pas de mettre en garde les parties sur l'efficacité attendue. Par suite la protection du bénéficiaire demeure fragile puisque le tiers peut ne pas avoir eu connaissance de la promesse compte tenu des délais de publication des actes.

Lors de la conclusion de la promesse unilatérale de vente, le notaire invitera le promettant à déclarer qu'il n'a conféré sur le bien aucune autre promesse unilatérale de vente. Si en revanche, le notaire a connaissance de l'existence d'une autre promesse unilatérale de vente, il sera en droit de refuser d'instrumenter puisqu'il sait que l'acte qu'il signerait serait annulable.

■ Ordre de publication des promesses synallagmatiques de vente

La promesse synallagmatique de vente n'est envisagée dans la réforme du droit des contrats qu'au travers de l'article 1198 alinéa 2 du Code civil qu'autant qu'elle vaut vente conformément à l'article 1589 du Code civil.

Il résulte de l'article 28, 1° du décret du 4 janvier 1955 que sont obligatoirement publiés au bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble tous actes même assortis d'une condition suspensive, constatant une mutation entre vifs. La sanction du défaut de publicité résulte de l'article 30-1 du même décret selon lequel les actes qui auraient dû être soumis à publicité foncière et qui ne sont pas publiés sont inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes soumis à la même obligation de publicité eux-mêmes publiés.

La publication de la promesse unilatérale de vente peut trouver son intérêt dans l'opposabilité du droit d'option du bénéficiaire envers les tiers.

Depuis un arrêt du 10 février 2010, la Cour de cassation donnait la priorité au primo publiant, même s'il était de mauvaise foi, rendant ainsi les pro-

messes synallagmatiques de vente non publiées inopposables aux tiers.

Néanmoins, la pratique notariale n'est pas rentrée dans cette course à la publicité foncière. En effet, la présentation de la promesse synallagmatique de vente entraînant immédiatement le versement de la C.S.I. au taux de 0,10 %, il est difficilement concevable de demander à un acquéreur de s'acquitter d'une telle contribution, alors que la vente n'est pas

encore définitive, les conditions suspensives n'étant pas encore levées. D'autant que si les conditions suspensives ne sont pas levées, cette contribution ne fera l'objet d'aucun remboursement.

Par suite, face à la fiscalité applicable à la publication d'une promesse synallagmatique de vente, la pratique a très souvent retenu la forme du contrat sous signatures privées, rendant alors inapplicables les règles de publicité foncière.

Avec la nouvelle rédaction de l'article 1198 alinéa 2, la publication de la promesse synallagmatique de vente n'est plus la seule et unique condition pour assurer les droits de l'acquéreur, il doit également être de bonne foi.

La pratique notariale sera toujours aussi rétive à instrumenter par acte authentique des promesses synallagmatiques de vente soumises à une publicité obligatoire qui présenteront toujours un coût dissuasif. La pratique notariale s'est également attachée à rédiger des promesses synallagmatiques de vente ne valant pas vente. En effet la Cour de cassation (Cass com. 25 septembre 2012) affirme que

« la vente est parfaite entre les parties dès qu'on est convenu de la chose et du prix... et le défaut d'accord sur les éléments accessoires de la vente ne peut empêcher le caractère parfait de la vente à moins que les parties aient entendu retarder la formation du contrat jusqu'à la fixation de ces modalités ». Les parties au contrat subordonnent alors la conclusion du contrat définitif à l'accomplissement d'une formalité ; en général, la signature de l'acte notarié accompagné du paiement du prix ; il faut donc une volonté clairement exprimée pour déroger au principe selon lequel la promesse

“

Dans la promesse synallagmatique de vente ne valant pas vente c'est seulement l'acte authentique de vente qui manifestera la conclusion définitive du contrat.

”

synallagmatique de vente vaut vente. Les parties érigent alors le contrat définitif en contrat formaliste, ce qui est tout à fait possible, par application du principe de la liberté contractuelle.

C'est ainsi que l'on peut lire dans les promesses synallagmatiques de vente :

En cas de réalisation des Conditions Suspensives entraînant la perfection du contrat de vente au sens de l'article 1589 du Code civil, les Parties s'obligent à constater par acte authentique la réalisation définitive de la Vente. Pour être valable, la réalisation définitive de la Vente par acte authentique

devra être accompagnée ou précédée du versement du Prix selon les modalités prévues aux présentes, et du versement des Frais, par virement, reçu dans le Délai ci-dessus entre les mains du notaire chargé de la rédaction de l'Acte de Vente.

Néanmoins après une lecture attentive de ce type de clause, on constate que ce qui est repoussé ce n'est pas la formation du contrat, mais uniquement le transfert de propriété. Et c'est précisément parce que le transfert de propriété est différé que s'ouvre une place pour l'exécution forcée, la régularisation afin d'obtenir un acte que l'on puisse publier au service de la publicité foncière.

Dans la promesse synallagmatique de vente ne valant pas vente c'est seulement l'acte authentique de vente qui manifestera la conclusion définitive du contrat. Par suite, les parties conservent la liberté de consentir ou de ne pas consentir jusqu'au moment de l'acte authentique. Il ne pourra y avoir de sanction sous forme d'une exécution forcée de la vente par l'une ou l'autre des parties puisqu'aucune des deux ne s'est engagée à vendre ou à acquérir (une action en demande de dommages et intérêts est possible consistant le plus souvent à mettre en œuvre une clause pénale stipulée dans la promesse).

ABUS VIOLENCE DÉPENDANCE EXCESSIF AVANTAGE



PAR
MATHILDE CHARRIÈRE
ÉTUDIANTE EN MASTER 2 –
DROIT PRIVÉ GÉNÉRAL –
UNIVERSITÉ PARIS II PANTHÉON-
ASSAS



FAUT-IL S'INQUIÉTER DE LA VIOLENCE ÉCONOMIQUE ?

L'abus d'une situation de dépendance économique, sanctionné par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 sur le terrain des vices du consentement, est l'une des innovations marquantes, du moins de façade, de la réforme. Figurant à l'article 1143 du Code civil, le texte dispose que : « *Il y a [...] violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ».

Au tournant des années 2000, la Cour de cassation affirmait déjà dans sa jurisprudence que « *la contrainte économique se rattache à la violence* », redonnant une « *nouvelle jeunesse à ce vice du consentement qui était tombé en désuétude* »¹. Fruit des jurisprudences antérieures², la violence économique, dans sa rédaction législative actuelle, peut laisser perplexe. Définie comme une contrainte sous la pression de laquelle une partie s'engage, elle ne saurait être assimilée à l'abus de dépendance, lequel réside dans l'exploitation illicite d'une position de faiblesse. Si l'on comprend aisément qu'ils ont de commun l'intimidation et la peur inspirée, les caractères de brutalité et de contrainte que l'on se fait de la violence paraissent absents dans l'abus de dépendance. À ce titre, certains auteurs estiment que le ralliement de l'abus de dépendance au vice de violence formule plus de problématiques qu'il n'en résout.

Si « *toutes les hypothèses de dépendance sont visées* » comme l'indique le rapport sur l'ordonnance remis au Président de la République, notre étude sera restreinte au cas de dépendance économique, première visée sur le terrain des relations d'affaires. Indéniablement, l'élargissement de la lutte contre les déséquilibres contractuels, traditionnellement cantonnée au domaine des relations entre professionnels et consommateurs³, est inquiétant pour les acteurs commerciaux. Par un changement des rapports de force dans les relations économiques, « *la nullité pour violence pourrait donc participer à la création d'une éthique qui préoccupe actuellement le monde du commerce* »⁴. Consacrée en jurisprudence au sein des vices du consentement, puis à titre autonome avec la réforme du droit des obligations, la violence économique retient toute l'attention des professionnels.

De façon indiscutable, la domination économique d'une partie sur l'autre, et l'obtention de conditions contractuelles avantageuses est un fait inhérent, si ce n'est vital, au mécanisme de l'offre et de la demande dans le monde des affaires. Cette apparente moralisation de la sanction juridique en droit des contrats est-elle redoutable ? L'émergence d'un vice de faiblesse ne risque-t-elle pas de mettre en péril la pérennité des relations commerciales ? Alors que le danger que les juges soient guidés par un sentiment de justice ou d'équité se fait sentir, les auteurs ont su mettre en exergue la nécessité de lutter contre les

1- Benjamin Montels, La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, RTD com. 2002, 417.

2- Civ. 1^{re}, 3 avril 2002, n° 00-12.932 : « *L'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique peut [...] vicier de violence le consentement* » d'une partie.

3- V. Article L. 1222-8 du Code de la consommation qui sanctionne « *l'abus de faiblesse* ».

4- V. note 1.

dérives tendant à voir dans « *tous ceux qui occupent une situation dominante, juridiquement et moralement, des ennemis de la société* »⁵. En effet, le contrat déséquilibré peut conférer un profit habilement perçu par la partie dominante, ce qui ne saurait suffire à caractériser un vice.

À l'heure de la réforme, cette affirmation semble renforcée par le fait que les moyens mis au service de la partie faible pour faire sanctionner les déséquilibres économiques *ab initio* ont été intensifiés. Avec l'appréciation nouvelle des clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les obligations des parties, introduite par la réforme au nouvel article 1171, nous pouvons nous demander si ce n'est pas justement cette tendance à protéger à l'excès qui crée le déséquilibre. En effet, il ne serait pas souhaitable que « *l'élargissement du texte serve le dessein de plaideurs cherchant un bon moyen pour se débarrasser des contrats qu'ils regrettent* »⁶, comme le soulignent Gaël Chantepie et Mathias Latina.

Ainsi, la consécration de la violence économique est-elle dangereusement innovante ? Alors que les contours du vice jurisprudentiel étaient, et demeurent, incertains (I), le législateur, marqué par la volonté d'en restreindre l'application à l'instar de la jurisprudence antérieure, n'a pourtant pas innové en la matière (II).

1 - L'INCERTITUDE PATENTE RÉGNANT AUTOUR DE LA VIOLENCE PAR ABUS DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE

Face à la volonté louable de protéger les parties vulnérables contre les dangers d'un abus, le risque de transformer cette règle en vice de faiblesse économique peut faire craindre aux entreprises de voir leurs contrats annulés de façon trop excessive. Alors que l'objectif d'intégra-

tion des notions jurisprudentielles dans les textes est atteint, la consécration du vice de violence économique pourrait poser problème au regard de la sécurité juridique et de l'attractivité du droit français. Pour retransmettre les propos d'Hugo Barbier, « *la consécration du cas de nullité du contrat pour violence par abus de dépendance comporte une série de notions indéterminées dont seule une interprétation équilibrée peut conduire à la préservation de la sécurité juridique* »⁷.

A. LA CARACTÉRISATION DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE CHEZ LA PARTIE FAIBLE

Bien que la Cour de cassation se soit gardée de donner une définition précise de l'état de dépendance, elle le relie au concept de contrainte économique⁸ pour désigner la position de subordination ou de perte d'autonomie résultant de sujétions financières ou économiques. À l'instar du vice plus général dont elle tire son origine, la

violence économique « *s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* »⁹. C'est effectivement par une appréciation classique *in concreto* que la Cour suprême a bâti sa jurisprudence. Loin de faire de la dépendance économique un enjeu de société, les arrêts rendus en la matière¹⁰ ont toujours affirmé que ni les tailles respectives des contractants ni la place prépondérante du client ou du fournisseur pour une entreprise n'étaient déterminants. À l'inverse, elle prend en compte des éléments subjectifs comme la possibilité de trouver des clients ou des fournisseurs économiquement comparables¹¹. Ainsi, une décision rendue le 18 février 2015 par la première chambre civile requiert de la prétendue victime de violence qu'elle apporte la preuve de tentatives infructueuses de trouver un contrat de « remplacement » au moment de la conclusion du contrat¹². Cette compréhension restrictive de la dépendance, marquante tant elle paraît volontaire,

confèrera assurément un peu de quiétude aux acteurs économiques.

Toutefois, deux interrogations demeurent. À la lecture de l'article 1143, il est simplement fait mention de l'abus, par une partie, de « *l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant* ». S'il est clair que l'abus (de l'état de dépendance) doit émaner du contractant¹³, rien n'est précisé quant à la question de savoir envers qui cette dépendance doit exister. La violence ainsi consacrée par la réforme « *ne semble pas cantonnée à la dépendance envers le cocontractant, ouvrant la question de la dépendance à l'égard d'un tiers* »¹⁴. Serait-il alors possible de sanctionner le contractant qui, sans être le responsable ni la cause de la dépendance, profite d'une sujétion caractérisée à l'égard d'autrui ? Pratiquement, l'existence d'une proximité certaine entre le contractant et ce tiers doit exister, ce qui pose la question des dépendances au sein des groupes de société. Faute de précision législative, il semblerait que la dépendance économique d'un investisseur à l'égard de la société-mère permette de caractériser une violence dans un contrat conclu avec une filiale de cette société (qui tire, de façon illégitime, avantage de cet état dépendant). De la même façon, l'article 1143 ne nous dit rien sur la forme de la dépendance : s'agit-il d'une dépendance individuelle et/ou d'une « *dépendance collective* », existant à l'égard d'un groupe de personnes ou de sociétés considérées dans leur ensemble ? Prenons l'exemple d'un actionnaire qui souscrit à une augmentation de capital par acte signé avec le dirigeant, intervenant par suite d'une délibération des actionnaires au sein de l'assemblée générale. Si la réponse était positive, il serait possible de faire annuler un tel contrat, à la seule condition que l'actionnaire, non dépendant à l'égard du dirigeant pris individuellement, le soit à l'égard de l'assemblée générale. Eu égard à la conception limitée de la dépendance qu'adoptent les juridictions, nous pouvons toutefois préjuger qu'elles interviendront, si l'occasion leur est donnée, afin d'exclure ces cas de dépendance.

En toute hypothèse, la situation de

5- L. Josserand, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, RTD civ. 1937, p. 1.

6- Gaël Chantepie et Mathias Latina, La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016.

7- Hugo Barbier, La violence par abus de dépendance, La Semaine juridique Édition Générale n°15, 11 avril 2016, 421.

8- Affirmant que « *la contrainte économique se rattache à la violence* » (et non à la lésion). V. Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242.

9- Ce texte, anciennement formulé à l'article 1112, figure dorénavant au nouvel article 1130 sur les vices du consentement.

10- V. par exemple Com. 3 mars 2004, n° 02-14.529.

11- Reprenant ainsi la notion utilisée à l'article 8-2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 en matière de pratiques anti-concurrentielles : « (...) l'exploitation abusive, par une entreprise ou un

groupe d'entreprises, de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente ».

12- Civ. 1^{ère}, 18 février 2015, n° 13-28.278.

13- Dérigeant ainsi de façon plus restrictive au vice général de violence. V. Article 1142 du Code civil : « *La violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers* ».

14- Hugo Barbier, La violence par abus de dépendance, La Semaine juridique Édition Générale n°15, 11 avril 2016, 421

dépendance économique de la partie faible ne suffit pas à caractériser la violence¹⁵. Il est nécessaire que la partie dominante ait abusé de cette situation.

B. LA NÉCESSITÉ POUR LA PARTIE DOMINANTE D'ABUSER DE CET ÉTAT DE DÉPENDANCE

« Seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique [...] peut vicier de violence le consentement à l'acte juridique »¹⁶. De prime abord, il peut paraître surprenant de rattacher

le vice d'abus de dépendance à la violence. De nombreux droits étrangers distinguent d'ailleurs nettement les deux formes de vice du consentement. Certains droits opèrent même des distinctions plus poussées. Ainsi, la doctrine

anglaise des *vitiating factors* dissocie le vice d'*economic duress*, au sens strict de pression exercée pour l'obtention d'une clause économiquement avantageuse, de celui d'*undue influence* consistant dans l'exploitation d'une relation d'influence pour l'obtention d'un avantage indu, de celui d'*unconscionable bargain* résidant dans l'extorsion d'un avantage manifestement excessif pour la partie faible. Avec le risque que pose l'acceptation française de la violence économique de confondre différentes notions juridiques, pourquoi ne pas avoir érigé le vice autonome d'abus de dépendance ? La réponse à cette question appelle nécessairement une observation. Face aux reproches que nous pourrions formuler, tels que le manque de lisibilité et de clarté du droit français, il ne fait nul doute qu'il s'agit d'un parti pris du législateur. Alors que l'adage *specialia generalibus derogant* pourrait conférer à la violence économique une portée autonome, cela n'apparaît pas souhaitable en France. De l'avis de nombreux auteurs en doctrine, « quoique spécial, c'est bien un texte compris sous le vice général de violence [car] il doit [en] conserver le prisme »¹⁷. C'est ainsi sous l'angle de la « pression d'une contrainte qui inspire la crainte » que doit être compris l'abus, tel qu'exprimé dans l'arrêt du 3 avril 2002¹⁸. Cette

solution a au moins le mérite de régler les difficultés d'articulation des nouveaux textes : les plaideurs qui veulent agir contre une violence n'ont ainsi pas à décider s'ils fondent leur prétention sur l'article 1140 ou sur l'article 1143, le vice de violence étant entendu comme un tout (la violence économique n'étant qu'une variante de celui-ci).

Ainsi, l'hypothèse d'un état dépendant dont une partie abuse, suppose que le demandeur à l'action en nullité rap-

porte la preuve cumulative de ces deux éléments, rigoureusement appréciée par la Cour de cassation qui ne contente pas du seul déséquilibre des puissances économiques. Dans un arrêt rendu le 18 février 1997 en droit des sociétés,

elle a pu affirmer que « la violence ne réside pas en soi dans le résultat », qui était la prise de participation majoritaire en l'espèce, mais dans la constatation additionnelle d'un abus, à savoir la mise en difficulté de la société demanderesse par le défendeur pour en prendre le contrôle¹⁹. Chacune des deux notions étant comprise de façon restreinte, cela limite considérablement les hypothèses dans lesquelles le requérant obtiendra gain de cause.

Alors que la situation de dépendance, suivie d'une exploitation abusive, sont des conditions nécessaires à la violence économique, elles sont toutefois insuffisantes à caractériser un tel vice.

2 - L'APPLICATION RESTRICTIVE DE LA VIOLENCE ÉCONOMIQUE TENANT AU CRITÈRE DE L'AVANTAGE MANIFESTEMENT EXCESSIF

En dépit des incertitudes qui demeurent, l'application rigoureuse tenant au critère de l'« avantage manifestement

excessif » étaye la prudence générale dont le législateur a fait preuve avec la consécration de la violence économique. Les conditions de sa mise en jeu sont doublement strictes, en adéquation avec l'objectif de sécurité juridique que la réforme se voulait d'atteindre.

A. L'OBTENTION PAR LA PARTIE DOMINANTE D'UN ENGAGEMENT LUI CONFÉRANT UN AVANTAGE MANIFESTEMENT EXCESSIF

D'une part, l'abus d'un état de dépendance n'est cause de nullité que dans le cas où la partie forte obtient de la partie faible « un engagement qu'[elle] n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte ». L'application de la violence économique dérogerait donc de façon plus restrictive à la règle générale du nouvel article 1130 selon laquelle « l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes ».

D'autre part, la violence n'est admise que si le contractant en position de force dans la relation de dépendance a tiré de cette faiblesse un avantage, non pas simplement, mais « manifestement excessif », expression reprise

selon les termes de l'avant-projet Catala²⁰. Pour comprendre la notion d'« avantage excessif », de nombreux auteurs sont d'avis qu'il faut se référer à la jurisprudence rendue en application de la loi Scrivener sur les clauses abusives²¹,

première apparition de l'expression dans le droit français des contrats. Servant de lignes directrices d'interprétation, il ne fait nul doute que la notion d'avantage excessif se rapporte à l'idée d'un déséquilibre significatif du contrat. Pour apprécier ce déséquilibre, les juges devraient donc étudier le contrat dans son ensemble et regarder, par un contrôle de proportionnalité, les droits qu'il confère dans une dimen-

15- V. par exemple Com, 21 février 1995, n° 93-13.302 : le fait d'être dans une situation de « risque économique » est insuffisant à caractériser un cas de violence.

16- Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, n° 00-12.932.

17- Hugo Barbier, La violence par abus de dépendance, La Semaine juridique Édition Générale n°15, 11 avril 2016, 421.

18- Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, n° 00-12.932 : « exploitation d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne ».

19- Com. 18 février 1997, n°94-19.272.

20- Avant-projet Catala, article 1114-3 : « Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état (...) de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif ».

21- Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, article 35 : sont considérées comme abusives les clauses « imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et qui confèrent à cette dernière un avantage excessif ».

sion économique. En effet, « *un même droit accordé à deux parties ne donne pas nécessairement le même avantage pour chacune d'elles* »²². Comme il l'a été souligné dans le rapport sur l'ordonnance, le critère restrictif tenant à l'avantage manifestement excessif permet d'encadrer l'application de ce texte. En réponse aux craintes des entreprises, il permet « d'objectiver l'appréciation de l'abus ». Peut-être peut-on y voir l'influence de droits étrangers, tels que le droit allemand, qui impose une disproportion flagrante pour apprécier la présence d'une violence économique²³. S'il apparaît évident que l'annulation de contrats parfaitement équilibrés ne peut plus être prononcée sur le fondement de l'article 1143, on peut se demander quelle application les juges en feront. Dès lors que l'objectivation demeure limitée, « *l'appréciation du caractère manifestement excessif reposant sur les épaules du juge* »²⁴, il est difficile de prédire avec certitude la portée de ce critère.

B. L'EXTORSION ACTIVE D'UN AVANTAGE INJUSTIFIÉ

À la lumière de la consécration du vice de réticence dolosive²⁵, nous pouvons finalement nous demander comment doit être appréhendée la forme de l'abus. Deux alternatives se dressent : dans une première hypothèse, « l'abus de l'état de dépendance » devra être entendu strictement, consistant en des manœuvres ou du moins en une action de la part du prétendu auteur de la violence ; dans une seconde hypothèse, il devra être compris plus largement, se qualifiant par exemple par la dissimulation intentionnelle d'une information déterminante. La rédaction de l'article 1143, procédant d'une combinaison de l'abus d'un état

de dépendance, défini comme l'exercice d'une pression, et de l'existence d'une « contrainte », laisse à penser que seule l'extorsion active d'un avantage a vocation à être reconnue. Pourtant, le législateur aurait pu, à la manière de certains droits étrangers, admettre que l'abus puisse résider dans la réception malhonnête d'un avantage que la partie faible proposerait sans en avoir conscience. Dans sa doctrine des *unconscionable bargains*²⁶, le droit anglo-saxon sanctionne en effet sur le terrain des vices du consentement aussi bien l'extorsion active d'un avantage que l'acceptation passive d'un bénéfice par suite de la dissimulation d'une information clé.

En adéquation avec sa conception restreinte de la violence économique, c'est une formulation stricte que le législateur a décidé d'édicter, corroborant la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation selon laquelle « *seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique* » peut vicier de violence le consentement d'une partie. En l'espèce, elle avait rejeté le pourvoi dès lors que l'employeur n'avait pas activement exercé de pression sur le salarié afin que ce dernier renonce à des droits d'auteurs sur un ouvrage (contrairement à ce qui était soutenu, l'employeur ne s'était pas prévalu de la perspective d'une compression de personnels dans l'entreprise pour convaincre l'employé)²⁷.

CONCLUSION

En réponse à la question « *les juges se serviront-ils à outrance du nouvel article 1143 au nom de la justice contractuelle ?* », nous pouvons gager que le risque est faible. Alors que la reconnaissance jurisprudentielle de la violence économique n'avait pas donné lieu à un contentieux pantagruélique, la for-

mulation législative du vice restreint davantage son champ d'application. Quant aux incertitudes qui demeurent et qui mettent à mal la prévisibilité du droit français, il apparaît que la réforme est une formidable occasion pour les juridictions de préciser les notions qui entourent la violence. En tout état de cause, « *compte tenu des standards juridiques qu'elle utilise, il faudra toutefois quelques années de pratique jurisprudentielle pour que la portée réelle de ce texte soit dévoilée* »²⁸.

Enfin, comme le suggérerait l'avant-projet Terré²⁹, il est envisageable que la nullité, dont les effets sont inadaptés et indésirables, ne soit pas fatalement la sanction retenue. Inadaptés, du fait de l'effet rétroactif de l'annulation et des conséquences commerciales désastreuses qu'engendreraient des restitutions ; indésirables, car « *la nullité n'est assurément qu'une sanction peu satisfaisante et [...] les premiers intéressés [que sont] les acteurs économiques la rejettent* »³⁰. L'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 18 février 1997 illustre pleinement cette réalité, les demandeurs s'étant désistés de leur action en nullité au profit d'une action délictuelle en réparation³¹. Elle pourrait ainsi consister dans le versement de dommages-intérêts, afin que la partie faible ne perde pas le bénéfice qu'elle tire du contrat³². La possibilité d'une modification judiciaire du contrat, comme l'avait imaginée Pothier³³, serait également cohérente avec les sanctions traditionnelles du déséquilibre contractuel et l'augmentation du pouvoir de révision du juge dans la réforme.

22- Hugo Barbier, La violence par abus de dépendance, La Semaine juridique Édition Générale n°15, 11 avril 2016, 421.

23- § 138-2 BGB : « *Est nul tout acte juridique par lequel quelqu'un, en utilisant la contrainte (...) se fait, à lui-même ou à un tiers, promettre ou garantir un avantage pécuniaire contre une prestation, en déséquilibre flagrant avec la prestation* ».

24- Gaël Chantepie et Mathias Latina, La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, p 280.

25- Article 1137 alinéa 2 du Code civil : « *Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ».

26- Earl of Aylesford v Morris (1873) LR 8 Ch App 484.

27- Civ. 1^{re}, 3 avril 2002, n° 00-12.932.

28- Gaël Chantepie et Mathias Latina, La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, p 280.

29- Avant-projet Terré relatif au contrat, article 66 : « *Toutefois, lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge rétablir l'équilibre. Si ce rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité* ».

30- Cyril Nourissat, La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ?, D. 2000. 366.

31- Sur le fondement de l'ancien article 1382 du Code civil. V. Com. 18 février 1997, n°94-19.272.

32- Pour la possibilité de condamnation à des dommages-intérêts : Civ. 1^{re}, 17 juillet 1967 : D. 1967. 509.

33- Pothier, Traité des obligations, t. 1, Thomine et Fortic, 1821, n°24.

DEVOIR DATA-ROOM AUDIT INFORMATION NOTAIRE



PAR
RÉMY D'AGOSTINO
JEAN-JACQUES SAINZ
GROUPE IMMOBILIER



LE DEVOIR GÉNÉRAL D'INFORMATION INSTITUÉ PAR LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS EST-IL LA CONSÉCRATION DE LA JURISPRUDENCE ACTUELLE ET D'UNE CERTAINE PRATIQUE NOTARIALE ?

L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 a introduit au sein du Code civil, au nouvel article 1112-1, un devoir général d'information de droit commun¹. Cette reconnaissance légale a fait grand bruit, tant les inquiétudes des entreprises étaient grandes à l'égard de cette notion tentaculaire².

Ce devoir général d'information trouve son inspiration dans la jurisprudence³, qui a œuvré tout au long du siècle dernier dans le sens du rétablissement entre les parties d'une égalité de fait souvent rompue par la supériorité technique ou économique de l'une d'entre elles (application du principe de « transparence »⁴ au droit des contrats). Certains auteurs vont même jusqu'à considérer le développement du devoir d'information comme l'une des principales créations jurisprudentielles du XX^{ème} siècle en droit des contrats⁵.

Cette notion, qui était absente de façon autonome dans le Code civil de 1804, se retrouvait néanmoins dans les mé-

canismes classiques de droit commun tels que les vices du consentement, la garantie des vices cachés et l'obligation d'exécuter les contrats de bonne foi. Par ailleurs, le législateur a multiplié, dans différents droits spéciaux, les informations à la charge du vendeur dans le souci de protéger le contractant ignorant face au « sachant » (principalement en droit de la consommation avec la notion de professionnel : C. consom. art. L. 111-1).

L'évolution du devoir d'information s'est en outre doublée d'une obligation de conseil mise à la charge des intermédiaires, conseils professionnels et rédacteurs d'actes dont font partie les notaires⁶, toujours dans l'idée de protéger la partie la plus faible, « non avertie ».

Dans ce contexte, et afin de mesurer l'incidence de la réforme sur la pratique notariale, il convient d'apprécier si l'institution d'un devoir général d'information dans le Code civil constitue une consécration de la pratique prétorienne (I) et si une certaine pratique notariale

“
Ce devoir général d'information
trouve son inspiration
dans la jurisprudence.
”

1- Le nouvel article 1112-1 du Code civil dispose que : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».

2- L'association française des juristes d'entreprise (AJFE) souhaitait notamment que ces dispositions ne s'appliquent pas dans les rapports entre professionnels ou soient supplétives de la volonté des parties.

3- Cass. Com., 21 juin 1960; Bull. Civ. III, n°248.

4- V. JCI. Notarial Répertoire, V^e Contrats et Obligations, Fasc. 23 : Obligation d'information.

5- Muriel Fabre-Magnan, Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme : JCP N 2016, n°25, 706.

6- Cass 1^{ère} civ 25-3-2010 n°09-12-294 ; Responsabilité du notaire : J-L. Aubert, Responsabilité professionnelle des notaires, 4^e éd., Defrénois, n°65 s.

n'avait pas déjà pris la mesure de ce devoir imposé par la jurisprudence (II).

1 – L'INSTITUTION DU DEVOIR GÉNÉRAL D'INFORMATION DANS LE CODE CIVIL : CONSÉCRATION DE LA PRATIQUE PRÉTORIENNE...

Afin d'apprécier si l'institution du devoir d'information de l'article 1112-1 du Code civil constitue une réelle consécration de la pratique prétorienne, il convient d'analyser ses conditions d'existence (A) ainsi que la charge de la preuve et les sanctions en cas de manquement, telles que posées par l'ordonnance (B).

A. LES CONDITIONS D'EXISTENCE DU DEVOIR GÉNÉRAL D'INFORMATION

■ Des prestations réciproques entre les parties

L'article 1112-1 dispose que le devoir d'information pèse sur « *celle des parties qui connaît* » une information déterminante pour l'autre. Le texte prévoit donc des prestations réciproques : chacune des parties, vendeur ou acquéreur, peut être tenue d'informer l'autre si elle détient une information déterminante. Même si le texte ne précise pas que le devoir d'information peut être étendu à la partie qui « *devait connaître* » ou ne pouvait pas ignorer l'information, tout laisse à penser que les juges continueront à considérer que l'ignorance illégitime d'une information peut être assimilée à sa connaissance et que la qualité de professionnel permet de déduire que la partie connaît nécessairement l'information. En effet, il est de jurisprudence constante que le vendeur professionnel est assimilé à un vendeur de mauvaise foi, c'est-à-dire à celui qui connaissait les vices cachés de la chose vendue (Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 1972) et qu'il doit faire le nécessaire pour se renseigner. Enfin, notons qu'en l'absence de précision dans le texte quant à la qualité de la partie débitrice du devoir d'information (professionnel ou non), ce dernier s'impose même au contractant non professionnel.

Le créancier de cette information est la partie légitimement ignorante. Les juges

devront préciser ce qu'il faut entendre par ignorance légitime. Toutefois, il est très probable que cette ignorance continuera d'être appréciée « *in concreto* » en fonction de la qualité des parties (« *partie avertie* ») et des circonstances. Ainsi, la notion de légitimité impose au créancier de se renseigner et ce d'autant plus que l'élément considéré sera d'une grande importance pour lui.

Cet article introduit en outre la notion de confiance, laquelle n'est pas clairement définie et qui sera susceptible d'appréciation par les juges en fonction probablement de la qualité des parties ou de la nature du contrat. Ainsi, si une partie fournit une information fautive que l'autre partie peut légitimement croire vraie compte tenu de la confiance qu'elle donne à son cocontractant, alors sa confiance sera protégée et on ne lui reprochera pas de ne pas l'avoir vérifiée.

Le devoir d'information général institué par la réforme du droit des contrats consolide ainsi les solutions jurispruden-

tielles et les différents droits spéciaux qui trouvaient déjà à s'appliquer en matière de ventes immobilières (contrats conclus entre un « *sachant* » et un « *non sachant* », ou entre un professionnel et un particulier :

Code de la consommation art. L. 111-1 pour le consommateur, Code de l'environnement art. L. 514-20 en cas de présence d'une ICPE, Dossier de diagnostic techniques dans le Code de la construction et de l'habitation).

■ Une information déterminante du consentement

L'information doit en outre être « *déterminante* » pour le consentement de l'autre partie. Cette disposition reprend la jurisprudence de la cour de cassation (Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 2009 n°08-13.761 : à propos d'une circonstance dont il n'était pas établi que l'acquéreur d'un immeuble aurait entendu l'ériger en condition suspensive de son engagement ; Cass. 1^{ère} civ., 4 avr. 1977 : Gaz. Pal. 1978, 1, p. 262 note A. Plancquel : appréciation *in concreto*). Selon l'alinéa 3 du nouvel article 1112-1, ont une importance déterminante, les informations

qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Ces termes devront être précisés par la jurisprudence tant les définitions auxquelles ils renvoient sont floues. Il est très probable que les juges continueront à apprécier cette notion *in concreto* en s'interrogeant sur le fait de savoir si le créancier, dans l'hypothèse où il aurait eu l'information ou la bonne information, aurait refusé de conclure le contrat ou l'aurait conclu aux mêmes conditions. Un auteur estime qu'il eût mieux valu utiliser le qualificatif de « *pertinent* » en lieu et place du terme « *déterminant* ». En effet, la sanction du non-respect du devoir d'information n'étant pas uniquement l'annulation du contrat mais aussi l'allocation de dommages et intérêts, le qualificatif de déterminant ne doit pas être compris dans le seul sens des vices du consentement mais plutôt comme tout ce qui peut avoir une influence quelconque sur le consentement⁷.

Enfin l'article 1112-1, en indiquant que le devoir d'information « *ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation* », semble consacrer la jurisprudence Baldus (Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, 98-11.381), ce qui répond aux inquiétudes des entreprises et favorise le principe de la libre négociation dans la détermination du prix. La formulation est généralisée, de sorte que le vendeur n'a pas non plus à informer l'acquéreur sur la valeur de l'immeuble vendu. Nous vous renvoyons à l'article consacré sur ce point, dans les colonnes du présent Bulletin hors-série⁸.

B. LA CHARGE DE LA PREUVE ET LES SANCTIONS DU MANQUEMENT AU DEVOIR GÉNÉRAL D'INFORMATION

Le manquement au devoir général d'information se caractérise par l'absence ou l'insuffisance d'information par rapport à ce qu'elle aurait dû être compte tenu des connaissances de celui qui y est tenu. L'article 1112-1 ne précise pas le régime de responsabilité à appliquer. Toutefois, si le manquement a été commis avant la conclusion du contrat, il nous semble que la responsabilité ne peut être que délictuelle. Sur ce point, on peut se demander si le seul manquement au devoir d'information suffira à engager la responsabilité de son auteur ou si un préjudice distinct sera nécessaire, la

7- Muriel Fabre-Magnan, Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme : JCP N 2016, n°25, 706.

8- Lire par ailleurs l'article en p. 28.

9- Cass. com 3 janv 2012 n°11.10.76 : « *Le manquement du professionnel à son obligation d'information ne peut être sanctionné qu'autant qu'il en résulte pour son co-contractant un préjudice dont les juges du fond apprécient souverainement l'existence* ».

jurisprudence actuelle penchant plutôt vers l'exigence d'un préjudice distinct⁹. Par ailleurs, la responsabilité délictuelle de la partie à l'origine du manquement pourra se cumuler avec la nullité du contrat si ce manquement a provoqué un vice du consentement (erreur ou dol au sens des articles 1130 et suivants du Code civil en cas de conclusion du contrat).

S'agissant de la charge de la preuve, c'est à celui qui soutient être le créancier d'une obligation d'information de prouver qu'elle est due ; et c'est à celui qui prétend l'avoir exécutée de prouver qu'il l'a fournie. Il s'agit là d'un changement par rapport à l'actuelle jurisprudence, puisque désormais la règle probatoire s'applique aux débiteurs non professionnels alors qu'antérieurement seul le professionnel était tenu de prouver l'exécution du devoir d'information¹⁰.

Le nouvel article 1112-1 du Code civil consolide donc pour l'essentiel les solutions dégagées par la jurisprudence. Le travail interprétatif de la doctrine et de la jurisprudence sera toutefois nécessaire pour préciser certains termes employés, tels que le contenu du contrat ou le lien nécessaire et direct.

Force est de constater qu'une certaine pratique notariale avait d'ores et déjà intégré les acquis jurisprudentiels, de sorte que la réforme du droit des contrats ne constitue pas un bouleversement sur ce point.

2 – ... ET D'UNE CERTAINE PRATIQUE NOTARIALE ?

Il ressort que le notariat, depuis un certain nombre d'années, dans le domaine de l'immobilier dit « institutionnel » a progressivement adapté ses pratiques aux obligations imposées par la jurisprudence et reprises par la réforme du droit des contrats (A). Du fait de la réforme, certaines de ces pratiques seront amenées à se généraliser aux actes de vente les plus courants (B).

A. LA PRATIQUE NOTARIALE DE L'IMMOBILIER DIT « INSTITUTIONNEL »

À titre liminaire, précisons ici que le devoir de conseil du notaire, en sa qualité de rédacteur d'actes, n'a pas été impacté par l'institution du devoir général d'information, qui constitue une notion du droit commun des contrats.

Il sera question ici de la situation des parties, assistées par le notaire, tant au stade des négociations que de la rédaction des contrats.

■ Au stade des négociations

Pour permettre au vendeur de délivrer une information la plus complète possible, le notaire collecte l'ensemble de la documentation immobilière qu'il organisera la plupart du temps sous la forme d'une data-room électronique (laquelle peut faire l'objet d'un dépôt au coffre-fort électronique de la Chambre des Notaires pour permettre au vendeur de se ménager la preuve des informations transmises).

L'arborescence de cette data-room électronique et le libellé des documents qu'elle contient doivent être clairs et qualifiants pour permettre à l'acquéreur de faire son analyse dans les meilleures conditions ; évitant ainsi de le « noyer » avec des informations inutiles. Dans ce sens, la Cour de cassation est venue, à plusieurs reprises, sanctionner les contractants qui multipliaient les informations sans importance pour détourner la vigilance des acquéreurs¹¹.

Cette recherche d'information s'accompagne d'un audit juridique effectué par le notaire du vendeur. À la suite de cette analyse, les éventuelles problématiques juridiques ainsi identifiées orienteront les recherches documentaires complémentaires et seront révélées au vendeur pour lui permettre d'adapter si nécessaire sa communication auprès de l'acquéreur.

Enfin, l'obligation d'information s'exécute dans le cadre du procédé des questions/réponses qui a lieu lors de la phase

de due diligence effectuée par l'acquéreur (une réponse à chacune des questions posées par l'acquéreur devra être apportée dans la mesure du possible).

■ Au stade de la rédaction des contrats

Dans un paragraphe intitulé « Exposé – contexte de l'opération et intention des parties », il est d'usage de faire état du respect par le vendeur de son obligation d'information et des diligences opérées par l'acquéreur, lequel est tenu d'une obligation de se renseigner. Ce dispositif est un sous-jacent de la vente dite en l'état, consentie sans garantie du vendeur (et notamment la garantie des vices cachés) autre que les garanties légales d'ordre public.

Si cette pratique notariale était pour l'heure réservée aux institutionnels, elle est amenée avec la réforme du droit des contrats et l'institution d'un devoir général d'information, à se généraliser, dans certaines de ses composantes, aux ventes immobilières entre particuliers.

B. VERS UNE GÉNÉRALISATION DE CETTE PRATIQUE

Le devoir général d'information, institué par la réforme, est venu confirmer le bienfondé de cette pratique tout en étendant le contenu du devoir d'information.

Désormais, les parties ne peuvent ni limiter ni exclure ce devoir qui est d'ordre public. Cela vient renforcer les déclarations faites par vendeur dans les actes de vente quant à la délivrance de l'information. À ce titre se pose toutefois la question de savoir si le vendeur est tenu de

faire état de façon expresse des problèmes juridiques identifiés. À notre sens, il nous semble que cela soit préférable en présence de points juridiques majeurs.

L'acquéreur, de son côté, devra toutefois révéler son projet au

vendeur puisque le texte prévoit une asymétrie de l'information (« celle des parties qui connaît »).

De façon générale, les parties devront se renseigner, poser des questions et collaborer pour définir leurs besoins et ainsi le contenu du contrat.

10- Cass civ 1^{ère} 25 fev 1997 n°94-19685 Bull. Civ I n°75.
11- Cass 3^{ème} civ 26 juin 1991 n°89-21.325.

Ainsi donc, la conservation des justificatifs de l'exécution du devoir d'information (courriels, sommaires des data-room, dépôt au coffre-fort électronique de la Chambre des notaires) revêt désormais une importance d'autant plus grande depuis la réforme.

La pratique des audits juridiques réalisés par le notaire du vendeur est amenée à se généraliser pour permettre au vendeur de disposer de l'information la plus complète possible. S'agissant des data-room électroniques, le recours à ce procédé sera arbitré en fonction du dossier. De même, l'introduction d'un exposé - intention des parties dans les actes de vente, aux termes duquel les parties font état du respect du devoir d'information et qui contient

le cas échéant la liste des éléments déterminants du consentement de l'acquéreur, est amené à se généraliser.

Nous pouvons par ailleurs nous interroger sur l'utilité d'une généralisation d'un questionnaire dit acquéreur (dont la forme et les modalités restent à définir) grâce auquel l'acquéreur serait guidé

dans la communication et la description de son projet d'acquisition. Cette pratique est toutefois susceptible d'entraîner des dérives, dans la mesure où en contractualisant « tout » le contrat s'en trouverait fragilisé. Il convient cependant de réserver

ce point dans les hypothèses où le projet de l'acquéreur est particulièrement identifié, ce qui sera le cas par exemple en présence d'un projet de construction

ou d'un changement de destination. Pour conclure, le devoir général d'information institué par la réforme du droit des contrats consolide pour l'essentiel les acquis jurisprudentiels qui avaient déjà été pris en compte par une certaine pratique notariale ; laquelle est amenée à se généraliser, dans certaines de ses composantes, à toutes les ventes immobilières. La définition légale comporte toutefois des zones d'ombre auxquelles devront répondre les juges.

L'application de ce devoir général d'information devrait, nous l'espérons, toutefois se faire avec raison. En effet, comme l'a très justement souligné le Professeur Hugo Barbier (RTD Civ octobre-décembre 2016), « *la transparence précontractuelle n'est pas un objectif atteignable, ni même souhaitable car à obliger à dévoiler les pensées de l'un, on épuiserait la volonté de l'autre. Le contrat est une rencontre d'arrière-pensées disait Paul Valérie, qu'il le reste !* ».

“
La pratique des audits juridiques réalisés par le notaire du vendeur est amenée à se généraliser pour permettre au vendeur de disposer de l'information la plus complète possible.
”

VALEUR INFORMATION PRESTATION ERREUR DOL



PAR
EMILIEN CHAKRI
ÉTUDIANT EN MASTER 2 –
DROIT PRIVÉ GÉNÉRAL –
UNIVERSITÉ PARIS II PANTHÉON-
ASSAS



LA JURISPRUDENCE *BALDUS* À L'HEURE DE LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

L'ordonnance du 10 février 2016¹ avait pour principale mission de rendre plus accessible le droit français des contrats. En matière de défaut d'information précontractuelle sur la valeur de la prestation, la réforme a pourtant échoué. Confrontés à des textes se contredisant, les commentateurs de la réforme ne parviennent pas à en déterminer avec certitude la sanction². Pourtant attentive à la sécurité juridique des parties, la réforme n'a fait que créer de l'insécurité dans un domaine où l'arrêt *Baldus*³ et ses confirmations ultérieures avaient clarifié toutes les zones d'ombre.

L'information sur la valeur de la prestation est un sujet d'une grande sensibilité. Elle est le plus souvent invoquée dans des contrats de cession, afin de caractériser une réticence dolosive, par un cédant ayant réalisé une erreur sur la valeur de la chose cédée à la suite de la dissimulation d'une information sur la valeur par le cessionnaire. Le cédant doit alors agir sur le terrain de l'erreur provoquée, l'erreur spontanée sur la valeur n'étant pas une cause de nullité au sens de l'article 1136 du Code civil. Sommairement, la problématique pourrait se résumer ainsi pour le néophyte : « Quand l'acheteur doit-il révéler au vendeur qu'il fait erreur sur la valeur de la chose vendue ? ».

La réforme est à ce sujet d'une ambiguïté remarquable. Alors que le nouvel article 1112-1 du Code civil prévoit qu'aucune partie n'est tenue de fournir cette information, l'article 1137 nouveau du même code, relatif au dol, n'interdit pas formellement de se prévaloir de la dissimulation intentionnelle d'une information sur la valeur de la prestation dès lors que celui qui retient l'information connaissait le caractère déterminant de celle-ci pour l'autre partie. À l'évidence,

“

La valeur de la prestation est un élément déterminant le consentement de chaque contractant.

”

la valeur de la prestation est un élément déterminant le consentement de chaque contractant. De cette contradiction manifeste, une dangereuse brèche est ouverte ; non point qu'il soit discutable de sanctionner ces cas de réticences

mais plutôt qu'il soit dommageable de ne pas savoir qui peut être, en définitive, tenu d'une telle obligation d'information sur la valeur. Un fort contentieux pourrait se nourrir de cette incertitude⁴.

Nous souhaitons ici exposer les différentes solutions que pourrait retenir la jurisprudence en matière d'information sur la valeur de la prestation. L'état du droit positif antérieur à la réforme nécessite auparavant d'être rappelé. La réforme doit en effet être interprétée à sa lumière et les solutions que dégagera la jurisprudence devraient lui demeurer conformes.

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

2- « Cette obligation, qui a des incidences pratiques fondamentales, pêche par son manque de rigueur, source d'une insécurité juridique mal venue à ce stade du processus contractuel », M. Mekki, Gaz. Pal. 12/04/2016, n°14, p. 15, GPL262d5.

3- Cass. Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, 98-11.381, Publié au bulletin.

4 - MM. Mestre et Fages le soulignaient déjà à propos de l'ancienne obligation précontractuelle d'information en affirmant l'existence d'un risque que les contractants déçus par leur investissement cherchent dans ce flou « un moyen d'atténuer financièrement le poids de leurs mécomptes ». De quelques absences d'information, RTD Civ. 2006 p.759, J. Mestre, B. Fages.

Antérieurement à la réforme, il y avait en matière d'information sur la valeur de la prestation un principe et des tempéraments.

Le principe avait pu être affirmé à l'occasion de la célèbre affaire Baldus⁵. Un photographe professionnel, s'étant par le passé porté acquéreur de photographies attribuées à Edouard Baldus dans le cadre d'enchères publiques, avait été contacté par la cédante afin de lui vendre, cette fois-ci de gré à gré, de nouveaux clichés. L'acheteur s'étant gardé de révéler à sa cocontractante la valeur desdites photographies, il les avait acquises pour une somme inférieure aux cotations du marché de l'art. Après avoir découvert la moins-value qu'elle venait de réaliser, la cédante a agi contre le vendeur sur le fondement de la réticence dolosive. Pour qu'il y eût réticence dolosive, encore fallait-il qu'une information due eût été intentionnellement retenue. Le problème de droit était donc simple ; il s'agissait de savoir si l'acheteur était tenu de révéler au vendeur la véritable valeur des biens faisant l'objet de la cession. La Première chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 3 mai 2000⁶, trancha de manière concise et précise en affirmant qu'« aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur ». Il n'y avait donc pas réticence dolosive en l'absence d'information due par l'acheteur.

Cette solution a pu réveiller l'opposition entre « solidaristes » et « libéraux ». Sa portée restait cependant à déterminer dans la mesure où l'arrêt semblait isolé. La Troisième chambre civile de la Cour de cassation confirma la solution par un arrêt du 17 janvier 2007⁷ en énonçant que « l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis ».

Ces solutions trouvent, selon nous, leur fondement dans un principe général du droit français qui n'a pas encore été affirmé explicitement en jurisprudence. Il s'agit du **principe général de légitime rétention d'informations sur la valeur**.

Celui-ci découle du principe d'indifférence du droit à la lésion, réaffirmé par le nouvel article 1168 du Code civil. Le droit libéral français ignore le juste prix thomiste. Selon la formule du Professeur Chénédé : « les parties étant présumées être les meilleurs juges de leurs intérêts, c'est à elles qu'il revient d'apprécier la valeur des prestations réciproques⁸ ». Chaque partie est libre de contracter à des conditions avantageuses mais libre également de faire une mauvaise affaire. Le droit français ne s'intéresse pas à ces déséquilibres et ne sanctionne qu'à titre exceptionnel les opérations lésionnaires⁹. Se comprend ainsi la non-admission de l'erreur sur la valeur. La conséquence logique est que si le droit est indifférent à la lésion, il n'y a pas lieu d'informer sur le caractère lésionnaire d'une opération. Nul n'est donc tenu de révéler à autrui la valeur de la prestation. C'est ce principe qui était sous-tendu par l'arrêt Baldus.

Cette solution de principe n'était, on l'a vu, pas dépourvue de tempéraments. La jurisprudence a ainsi dégagé des obligations spéciales d'information sur la valeur, découlant du principe de loyauté précontractuelle, faisant obstacle à la rétention légitime d'informations sur la valeur.

Elles se retrouvent dans deux cas de figure : *en matière de cessions de droits sociaux au profit du dirigeant social et en matière d'information sur la valeur légitimement inconnue du cédant*.

■ En matière de cession de droits sociaux

Par un arrêt Vilgrain¹⁰ du 27 février 1996, la Chambre commerciale de la Cour de cassation s'est prononcée en faveur d'une obligation pour le dirigeant social, lorsqu'il acquiert des parts d'une société qu'il dirige, de révéler aux associés cédants toutes les informations pouvant influencer sur leur consentement. En l'espèce, les associés avaient chargé le dirigeant social de trouver un acquéreur afin de revendre leurs parts à un

prix donné. Celui-ci ne révéla pas qu'il était en pourparlers avec un acquéreur potentiel déterminé à acheter ces parts à un prix supérieur. Il se porta lui-même acquéreur auprès des associés puis revendit les parts en effectuant une plus-value. La Cour jugea qu'il manqua à son devoir de loyauté en ne révélant point ces négociations parallèles aux associés. Le dirigeant social doit donc révéler toute information relative à l'estimation de la valeur de la prestation sauf à manquer à son devoir de loyauté. Cette solution, loin d'avoir été remise en cause par l'arrêt Baldus, a été fréquemment réaffirmée¹¹.

L'obligation d'information sur la valeur de la prestation se justifie fort bien en matière sociétaire. Le dirigeant social étant tenu à l'égard des associés et de la

société d'un devoir de loyauté, son action doit être entièrement tournée en fonction de leur intérêt. Disposant d'éléments inconnus des associés en raison de sa position privilégiée de gérant, la loyauté lui impose de révéler toutes les informations suscep-

tibles d'influer sur leur consentement et surtout, d'après la jurisprudence, d'attirer leur attention sur l'importance d'une information déterminée quant à l'évaluation de leurs droits sociaux¹².

■ En matière d'information sur la valeur légitimement inconnue du cédant

À peine plus de 6 mois après que la Première chambre civile avait rendu son fameux arrêt Baldus, la Troisième chambre civile¹³ admit l'existence d'un dol dans une hypothèse où l'acheteur de terrains ne révéla pas au vendeur la richesse des sous-sol de ceux-ci. Si l'acheteur eut recours à de nombreuses manœuvres (recours à un prête-nom, mensonge quant à la destination des biens achetés), le cœur du dol se situait dans l'absence d'information du cédant quant à la richesse de son sous-sol. *A priori*, aucune obligation d'information ne devrait exister au profit du vendeur. Celui-ci, en qualité de propriétaire, doit

5- Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *ibid*.

6- Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *ibid*.

7- Cass. Civ. 3^{ème}, 17 janvier 2007, 06-10.442, Publié au bulletin.

8- F. Chénédé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016, p. 84.

9- Tel est ainsi le cas en matière de vente immobilière (art. 1674 C. Civ et s.). Si le vendeur, et lui seul, a été lésé de plus des sept douzièmes dans le prix de vente d'un immeuble, il peut alors agir en rescision contre l'acheteur lequel doit, à sa convenance, restituer la chose et récupérer la somme qu'il a versée ou payer un complément de prix diminué d'un dixième du prix total.

10- Cass. Com., 27 février 1996, 94-11.241, Publié au bulletin.

11- Pour l'application la plus récente : Cass. Com. 12 avril 2016, n°14-19.200 (F-D).

12- Voir K. Deckert, *Revue des sociétés* 2016 p. 509 sous Cass. Com. 12 avril 2016, n°14-19.200.

13- Cass. Civ. 3^{ème}, 15 novembre 2000, 99-11.203.

connaître mieux que quiconque la substance de la chose qu'il vend. Il y avait cependant ici une nuance justifiée par la loyauté précontractuelle. Tout propriétaire raisonnablement curieux ne pouvait pas connaître la composition de ce sous-sol alors que l'acquéreur, en fait une société souhaitant l'exploiter, avait pu réaliser des forages qu'aucun particulier avisé n'a à entreprendre, en raison de leur coût et des connaissances scientifiques requises. Le cessionnaire devait donc par loyauté fournir cette information au cédant.

Cette solution était, selon nous, toujours de droit positif avant la réforme. En effet, l'arrêt du 17 janvier 2007 précité n'a pas dû revenir sur la solution dans la mesure où, en l'espèce, le cédant avait certes été victime de la rétention d'une information sur la valeur, mais, s'il avait été curieux en se renseignant sur son bien, il aurait aisément découvert sa véritable valeur. Il n'y avait pas un degré élevé de loyauté précontractuelle.

Cet état du droit a pu être jugé discutable eu égard à sa sévérité. Il était pourtant louable par sa prévisibilité. La réforme sans s'être véritablement prononcée sur le premier aspect est en tout cas revenue sur le second.

2 - LES INCERTITUDES RÉSULTANT DE LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

L'ordonnance du 10 février 2016 peut, à la première lecture, sembler n'avoir procédé en notre matière qu'à une codification à droit constant. Après avoir consacré au premier alinéa de l'article 1112-1 du Code civil l'obligation précontractuelle d'information, largement admise par la jurisprudence, elle y a apporté la limite que constitue la jurisprudence Baldus au second.

En effet, l'article 1112-1 dispose à présent que : « [al.1^{er}] Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. [al.2] Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation (...) ». Le devoir d'information ne portant pas sur la valeur de la prestation, les arrêts du 3 mai 2000 et du 17 janvier 2007 sont donc consacrés. Cette consécration est d'ailleurs effectuée sans nuance. L'ordonnance ignore les hypothèses d'obligations spéciales

d'information sur la valeur que nous avons précédemment isolées. Une lecture rigoureuse de ce texte, dont nous pensons qu'elle ne sera pas celle de la jurisprudence, pourrait considérer que ces obligations spéciales ont été supprimées.

Il convient cependant de noter que si l'information sur la valeur est exclue, celle sur les éléments annexes à celle-ci ne l'est pas. Ne portant pas directement sur la valeur, leur connaissance devrait néanmoins conduire tout contractant diligent à réapprécier objectivement la valeur de la prestation. S'il est permis de ne pas révéler la valeur d'un bien, il est impératif, lorsque le créancier de l'obligation d'information est en situation d'ignorance légitime, de lui révéler les qualités de ladite chose (notamment la rareté ou la provenance).

Le manquement à l'obligation d'information posée à l'article 1112-1 ouvre notamment droit selon son sixième alinéa à « l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ». Cela a été vu, l'erreur sur la valeur n'est pas cause de nullité, l'article qui nous intéresse ici est donc le second alinéa de l'article 1137 relatif à la réticence dolosive, lequel dispose : « Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ». Logiquement, il ne devrait y avoir réticence dolosive que dans les seules hypothèses où l'obligation d'information de l'article 1112-1 est violée par son débiteur, à condition qu'il soit mu d'une intention dolosive. En conséquence, il ne devrait pas y avoir de réticence dolosive pour défaut d'information sur la valeur de la prestation.

Cela n'est pourtant pas la direction qu'ont souhaité donner les rédacteurs de la réforme à ce texte. L'information dont il est fait mention à l'article 1137 n'est pas la même que celle de l'article 1112-1. Il y a une déconnexion, volontaire, entre ces deux textes que le rapport remis au Président de la République met en évidence en affirmant que : « À l'inverse, le texte fait le choix de ne pas subordonner la réticence dolosive à l'existence d'un devoir d'information, conformément à une conception plus

solidaire du contrat qui met l'accent sur la sanction de l'intention de tromper (l'erreur provoquée étant toujours excusable) ». Ainsi, le manquement à l'obligation d'information de l'article 1112-1, s'il est motivé par une intention de nuire à son cocontractant, peut entraîner l'annulation du contrat pour dol, mais la réticence dolosive peut également être retenue alors même qu'il n'y avait pas d'obligation d'information au sens dudit article. Cela semble indiquer qu'il est envisageable de retenir la réticence dolosive pour un défaut d'information sur la valeur de la prestation.

Admettre l'existence d'une réticence dolosive est une chose, encore faut-il qu'elle ait provoqué une erreur. En notre domaine, l'erreur provoquée porte sur la valeur de la prestation. En refusant d'informer le cédant, le cessionnaire a contribué au maintien de l'erreur sur la valeur faite par l'errans. Or, l'article 1136 prévoit que l'erreur sur la valeur n'est pas cause de nullité. Admettre en pareille hypothèse une réticence dolosive permet alors l'application de son régime.

L'article 1139 dispose ainsi que « l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat ». L'admission d'une

réticence dolosive permet donc d'obtenir la nullité de la cession pour erreur sur la valeur de la prestation.

Il nous faut alors voir comment la jurisprudence pourrait comprendre cette articulation entre ces deux textes apparemment contradictoires.

3 - LES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

La jurisprudence devra nécessairement, tôt ou tard, préciser l'articulation entre ces deux textes. Nul ne peut prétendre affirmer avec certitude les voies que celle-ci empruntera. Cependant, il y a selon nous trois lectures possibles des textes, dont une seule nous apparaît vraisemblable.

Première lecture : La jurisprudence définit la réticence dolosive comme étant la dissimulation intentionnelle d'une information prévue à l'article 1112-1.

Deuxième lecture : La jurisprudence Baldus et ses tempéraments sont repris.

Troisième lecture : La jurisprudence adopte une conception large de la réticence dolosive sanctionnant tout défaut d'information sur la valeur commis intentionnellement.

PREMIÈRE LECTURE

La jurisprudence considérerait que l'information dont fait état l'article 1137 lorsqu'il énonce que « *constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* » devrait être entendue au sens de l'article 1112-1. En cette hypothèse, il n'y aurait alors aucune obligation d'information sur la valeur de la prestation et aucune réticence dolosive ne pourrait être caractérisée par son défaut.

Nous doutons que la jurisprudence suive cette voie. D'abord parce qu'elle serait contraire à l'intention du législateur, si tant est que cette expression ait un sens s'agissant d'une réforme par ordonnance, dans la mesure où le rapport remis au Président de la République indique clairement que les rédacteurs du texte n'ont pas eu pour intention d'aligner strictement la réticence dolosive sur le défaut d'information de l'article 1112-1. Ensuite, parce que cette situation d'une extrême rigueur ferait disparaître les obligations spéciales d'information qui existaient avant la réforme. La Cour de cassation a semblé ne pas suivre cette lecture. Par un arrêt du 12 avril 2016, la Chambre commerciale a réaffirmé la solution de l'arrêt Vilgrain. Certes, les faits du litige ne relevaient pas du droit réformé des contrats. Pour autant, on sait que la Cour de cassation a tendance à harmoniser sa jurisprudence en fonction des réformes législatives, cela même avant leur entrée en vigueur¹⁴. La Cour n'ayant pas retenu une solution analogue à l'affaire Baldus, cet indice peut nous conforter en notre analyse.

DEUXIÈME LECTURE

La seconde lecture serait toute autre. Elle est nôtre. Nous pensons que la jurisprudence antérieure à la réforme devrait être maintenue. La démarche est la suivante. La réforme du droit des contrats aurait en vérité consacré deux obligations d'information¹⁵.

Il y aurait d'abord l'obligation d'information fondée sur l'article 1112-1. Celle-ci ne pose aucun problème. Sa simple violation entraîne l'attribution de dommages-intérêts et sa violation intentionnelle peut entraîner l'annulation du contrat pour réticence dolosive. Son domaine exclut cependant la valeur de la prestation.

Il y aurait ensuite une seconde obligation d'information résultant de l'article 1137. Selon le Professeur Cyril Grimaldi, en refusant d'aligner la réticence dolosive sur l'obligation d'information de l'article 1112-1 et la réticence dolosive supposant la violation d'une obligation d'information, « *l'ordonnance consacre implicitement une autre obligation générale d'information* »¹⁶.

Il faut alors déterminer le domaine de cette obligation d'information. L'article 1112-1 exige que « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ». L'article 1137 parle quant à lui de « *dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ». L'information est identique dans les deux cas, elle doit être déterminante du consentement de l'autre partie. La nuance est que le premier texte écarte l'information sur la valeur, ce que ne fait pas le second. Il faudrait donc considérer que l'obligation d'information de l'article 1137 inclurait, de manière générale, la valeur de la prestation.

Cela n'est pas possible dans la mesure où existe en droit positif, nous l'avons dit, un **principe général de légitime rétention d'informations sur la valeur**. Cette obligation d'information ne doit pas faire obstacle à ce principe et demeure limitée par lui. Cependant, nous le savons, ce principe subit des tempéraments tous justifiés par la loyauté précontractuelle. C'est ici que se trouve la

différence fondamentale avec l'article 1112-1. Si ce dernier exclut totalement l'information sur la valeur de la prestation, l'obligation d'information de l'article 1137, elle, n'interdit pas d'invoquer les tempéraments à la légitime rétention d'informations sur la valeur.

Se tenant à ce principe, nous doutons que la Cour de cassation n'ouvre une brèche dont elle sait les conséquences : si elle ouvre trop largement le domaine de la réticence dolosive, le contentieux de celle-ci deviendra considérable puisqu'il sera le moyen de contourner les conditions plus que restrictives de la lésion. Elle continuera cependant de sanctionner les manquements à la loyauté précontractuelle.

En ce sens, rien n'interdit que la jurisprudence évolue en découvrant de nouveaux tempéraments à la légitime rétention d'informations sur la valeur dès lors qu'ils sont fondés sur la loyauté précontractuelle. A ce titre, les parties aux contrats supposant un haut degré de loyauté devraient pouvoir se prévaloir d'un défaut d'information sur la valeur. Nous songeons ici aux parties de contrat-organisation¹⁷ et contrat-coopération¹⁸. Dépasant la simple permutation de biens et services du contrat-échange¹⁹, ces contrats supposent une collaboration renforcée entre les parties qui justifie un très haut degré de loyauté contractuelle. Par conséquent, la loyauté s'attend des parties dès la formation de la convention de sorte qu'il sera possible de tenir compte de la dissimulation intentionnelle d'une information sur la valeur par l'une des parties sur le terrain du dol. Hors de ces hypothèses, nous doutons de la reconnaissance d'autres obligations d'information sur la valeur.

TROISIÈME LECTURE

Elle consisterait en une lecture extensive de l'obligation d'information tirée de l'article 1137 du Code civil.

L'information sur la valeur ne serait alors pas subordonnée à l'existence d'un devoir de loyauté, dérogeant au principe de légitime rétention d'informations sur

“

L'information sur la valeur ne serait alors pas subordonnée à l'existence d'un devoir de loyauté.

”

14- V. en matière de nullités : Cass. Com, 22 mars 2016, 14-14.218.

15- C. Grimaldi, Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon ... D. 2016, p. 1009.

16- Ibid.

17- Mme. Lequette les définit comme les contrats qui organisent l'affectation de biens et de services à une entreprise commune. L'exemple traditionnel est le contrat de société. S. Lequette, Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat, Economica, 2012.

18- Il s'agit de contrats intermédiaires entre les contrats-échange et les contrats-organisation. Ils reposent sur des figures coopérationnistes. Par ex. : contrats d'édition, de franchise, de concession, de location-gérance, de joint-venture ou encore de consortium. Ibid.

19- À l'image de la vente.

la valeur. La dissimulation intentionnelle par un contractant d'une information sur la valeur dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie entraînerait la nullité de la convention. Or, l'information sur la valeur est déterminante du consentement de tout individu rationnel. Toutes les conventions lésionnaires seraient alors nulles si l'une des parties ignorait *ab initio* le déséquilibre de la relation.

Le seul moyen d'échapper à cette lecture serait alors d'inclure dans tous les contrats des clauses déclaratives attestant que les parties ont bien été informées sur la valeur des prestations et qu'elles savent le contrat lésionnaire. Elles risqueraient cependant de voir leur accord de volonté contrarié par les nouvelles règles sanctionnant le déséquilibre contractuel.

En pratique, les juridictions pourraient donc annuler toutes les conventions lésionnaires dans lesquelles l'une des parties avait connaissance de la valeur réelle de la prestation et ne l'a pas révélé

à son cocontractant. La jurisprudence Baldus serait renversée. Elles maintiendraient cependant certaines conventions en jugeant que l'information était accessible par la partie se prévalant de la réticence. Elles joueraient alors sur ce critère de l'accès à la connaissance pour juger au cas par cas des conventions devant être ou non annulées.

Selon nous cette lecture ne sera pas retenue. D'abord en raison du principe général de légitimité de la rétention de l'information sur la valeur dont nous pensons qu'il est de droit positif. Ensuite, face à la difficulté pour savoir si une partie a été correctement informée sur la valeur de la prestation, un formalisme injustifié entre particuliers s'imposerait. Par ailleurs, le contentieux exploserait, les mauvais investisseurs recourant à cette nullité quasi-automatique pour atténuer leurs pertes. Enfin, si la réforme a

posé l'alinéa 2 de l'article 1112-1 d'une part, ce n'est pas pour y revenir aussi largement par la voie de l'article 1137.

Ainsi, nous rejetons l'analyse du Professeur Mekki selon laquelle « *Le législateur en retirant d'une main (1112-1) ce qu'il donne dans l'autre (1137 al 2)*

revient, sans grande cohérence, sur la jurisprudence Baldus. À l'avenir alors, les acquéreurs de biens immobiliers, les amateurs d'œuvres d'art et les actionnaires-cessionnaires pourraient avoir de très mauvaises surprises s'ils n'en infor-

ment pas, intentionnellement, l'acquéreur de la valeur du bien vendu »²⁰ ! Sauf à découvrir un devoir de loyauté entre eux, leurs conventions ne seront pas menacées par la rétention d'une information sur la valeur.

Néanmoins, le débat reste ouvert.

“
Sauf à découvrir un devoir de loyauté entre eux, leurs conventions ne seront pas menacées par la rétention d'une information sur la valeur.
”

20- M. Mekki, *ibid.*



PAR
CHRISTELLE KOWALSKI
GROUPE DROIT PUBLIC IMMOBILIER

L'INFORMATION SUR LA VALEUR DE LA CHOSE : APPLICATION PRATIQUE POUR LES PERSONNES PUBLIQUES

Bien que le nouvel article L. 1112-1 alinéa 2 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, excluE du champ d'application de l'obligation pesant sur les parties au contrat de révéler une information déterminante pour le consentement de l'autre lorsque celle-ci porte sur la valeur de la chose, il s'avère que dans la pratique et dans certaines circonstances, les cocontractants s'informent systématiquement sur la valeur vénale du bien qu'ils communiquent.

Tel est le cas notamment des contrats conclus avec les collectivités territoriales, leurs groupements, les établissements publics et personnes privées qui en dépendent, pour lesquels la valeur vénale d'un bien immobilier est déterminée par les services du Domaine de la Direction Générale des Finances Publiques.

En effet, les collectivités publiques sont soumises à l'obligation de s'informer sur la valeur vénale ou locative du bien objet du contrat et de solliciter, à cet effet, l'avis du Domaine en fonction de la nature des opérations qu'elles envisagent (ventes, acquisitions et baux)²¹.

Le manquement à cette obligation de saisine préalable du Domaine ou le défaut de communication de l'avis du Domaine à l'organe délibérant de la collectivité publique qui autorise une acquisition, une vente ou un bail est susceptible d'entraîner l'illégalité ou l'annulation de la délibération prise par la collectivité publique²².

En revanche, aucune disposition n'impose à la personne publique de suivre l'avis rendu par le Domaine, de communiquer celui-ci à son cocontractant ou encore d'informer ce dernier de la valeur du bien. L'avis du Domaine est donc un avis simple qui ne lie pas la collectivité publique qui dispose ainsi d'une large liberté d'appréciation pour fixer la valeur d'une prestation²³.

Pourtant, dans la pratique, il a pu être constaté que les collectivités vont parfois au-delà de leurs obligations en optant pour une saisine systématique du service du Domaine, quel que soit le prix de vente ou l'opération envisagée, en appliquant strictement le prix fixé dans l'avis (avec tout au plus une petite marge de négociation à la baisse), et en communiquant à l'autre partie au contrat l'avis rendu sur la valeur du bien.

Ces pratiques sont mises en exergue lorsque les dossiers sont instruits au sein des Études notariales et sont renforcées par l'intervention du Notaire qui, afin d'assurer l'efficacité juridique de l'acte qu'il reçoit et d'exercer sa mission de Conseil, demande la communication des pièces afférentes à l'affaire et notamment les décisions prises par les collectivités publiques et l'avis du Domaine, et vérifie que les procédures ont été respectées, le prix fixé, en alertant, si nécessaire, son client, s'il relève une difficulté ou une anomalie.

La délibération prise par la collectivité et autorisant le représentant de la personne publique à signer l'acte à un prix

fixé pour une prestation, ainsi que l'avis des domaines sont alors annexés à l'acte authentique²⁴.

En outre, sont également insérées à l'acte des clauses rappelant l'obligation d'information entre les parties, au visa des articles 1104 et 1116 du Code civil, complétées notamment pour les ventes, par la déclaration du Vendeur qu'il a constitué son dossier d'information de bonne foi et répondu aux demandes de l'Acquéreur, puis la déclaration par l'Acquéreur qu'il ne manque d'aucune information dont l'importance était déterminante de sa volonté de contracter, eu égard aux caractéristiques de l'immeuble et à son projet.

Toutes ces procédures constituent en quelque sorte une garantie pour chacune des parties au contrat de louer, vendre ou d'acquérir au juste prix²⁵. Celles-ci permettent également aux dites parties de prendre connaissance de l'ensemble des pièces, d'exercer leur devoir d'information, en ce comprise l'information relative à la valeur du bien, et visent à les éclairer sur l'étendue de leurs obligations et la portée de leur engagement.

Dans ce cadre spécifique, il peut donc être considéré que le devoir d'information sur la valeur vénale du bien a été accompli par les parties, bien que n'étant pas obligatoire en vertu des dispositions énoncées à l'alinéa 2 de l'article 1116 du Code civil.

21- Cf notamment les articles L. 3211-7, L. 3211-13, L.3211-14 R. 1211-2 et R. 4111-2 du code général de la propriété des personnes publiques, articles L. 3213-2, L. 1311-10, L. 2241-1 et R. 1311-4 du Code général des collectivités territoriales, L. 211-5, L. 212-3, L. 213-11 à 213-18 et R. 213-21 du code de l'urbanisme, L. 443-12, L. 451-5 du code de la construction et de l'habitation et arrêté du 5 décembre 2016 relatif aux opérations d'acquisitions et de prises en location immobilières poursuivies par les collectivités publiques et divers organismes, desquels il résulte une obligation de saisine du Domaine sans condition de montant et dès le premier euro, pour toute acquisition réalisée dans le cadre d'une expropriation, en zone d'aménagement différé (ZAD) ou en secteur de droit de préemption urbain renforcé. Il en va de même pour toutes les ventes des biens des personnes publiques, en quelque secteur que ce soit, à l'exception des biens des Communes de moins de 2000 habitants. Le service du Domaine doit être également consulté pour toute acquisition amiable ou par voie de préemption d'une valeur supérieure à 180.000,00 euros.

22- CE 22 février 1995, Cne de Ville-la-Grand, n°122395 (décision illégale) ou CE Ass, 23 décembre 2011, Danthony n°335033 ou CE 23 octobre 2015, Société CFA Méditerranée, n°369113 et cf article du Bulletin Cheuvreux de janvier 2016 : Raphaël Léonetti « L'avis des domaines et la jurisprudence « Danthony » à propos de l'arrêt du Conseil d'État n°369113 du 23 octobre 2015 », pp 7 et 8.

23- Cependant, les décisions prises par les organes délibérants des collectivités publiques pour acquérir, vendre ou louer un bien doivent être motivées, faire référence à un prix et viser l'avis du Domaine quand ce dernier est requis. En outre, c'est sur la base de l'évaluation du Domaine que le Préfet, la Cour des Comptes ou les juridictions administratives saisies pourront exercer un contrôle afin de vérifier si le prix fixé par la collectivité publique ne révèle pas une erreur manifeste d'appréciation. C'est ainsi que le Conseil d'État a pu prononcer l'annulation d'une vente consentie à un prix très inférieur au prix fixé par le service des domaines : Cf notamment CE 8^e et 3^e ss sect., 25 sept 2009 n°298918 Commune de COURTENAY, JurisData n°2009-009520

24- Sauf cas particuliers qui ne font pas l'objet de la présente étude.

25- Il n'est pas rare, toutefois, que les cocontractants des collectivités publiques et notamment les particuliers considèrent que les prix fixés par l'avis du Domaine ou proposés par la collectivité publique sont trop souvent en-deçà de la valeur du marché. Tel est le cas, la plupart du temps, des personnes privées dont le bien est préempté ou exproprié et qui précisent avoir la sensation de « brader » leur bien ou d'être « spoliés » et qui justifient leur recours systématique devant le Juge de l'Expropriation afin de voir fixer la valeur de leur bien, après visite des lieux et expertise.

LE CONTENU DU CONTRAT

DROIT CONDITION POTESTATIF NULLITÉ TERME



PAR
CORALIE LEVENEUR
GROUPE IMMOBILIER



LA CONDITION « POTESTATIVE » DE L'ARTICLE 1304-2 DU CODE CIVIL

La réforme du droit des contrats et du régime général des obligations a procédé à un véritable remaniement des dispositions consacrées aux modalités de l'obligation : réécrite, mais également significativement réduite (passant de dix-sept à huit articles), la section présente un nouveau visage. Les dispositions relatives aux conditions potestatives font l'objet d'une refonte totale, au point que le terme même de condition « potestative » disparaît du Code civil – mais nous continuerons à l'utiliser dans le présent article pour en faciliter la lecture.

Si les anciens articles 1170, 1171 et 1174 n'avaient pas subi la moindre modification depuis le Code Napoléon, ils n'avaient pas pour autant manqué de susciter de nombreux débats. Il faut dire que les évolutions de la société, du monde des affaires, des pratiques contractuelles sont immenses depuis 1804 et firent couler beaucoup d'encre et naître un certain chaos jurisprudentiel quant à l'application de la nullité prévue par l'article 1174 du Code civil...

Le régime des conditions potestatives était ainsi devenu, avant la promulgation de l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats et le régime général des

obligations, quelque peu ténébreux et source d'inquiétudes récurrentes pour la pratique.

Désormais un unique article leur est consacré : il s'agit de l'article 1304-2 du Code civil, lequel dispose qu'« *Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause.* »

Ce faisant, la réforme opère une clarification du régime qui renoue avec l'esprit initial du Code civil (I). Cependant, elle ne permet pas de lever toute ambiguïté (II).

1 – UN RÉGIME CLARIFIÉ

■ Clarification bienvenue

L'article 1304-2 du Code civil n'envisage que le sort de la condition qui dépend de la seule volonté de l'une des parties. En d'autres termes, est uniquement prohibée la condition auparavant qualifiée de « purement potestative ». Quant à la définition générale de la condition potestative, posée par l'ancien article

“
Est uniquement prohibée
la condition auparavant qualifiée
de « purement potestative ».

”

1170¹, elle est purement et simplement évincée des nouvelles dispositions (à l'instar des conditions casuelle et mixte).

1- Anc. art. 1170 : « La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher » ; art. 1171 : « La condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers ».

La réforme opère ainsi une véritable clarification de la matière, mettant fin à des débats doctrinaux et des incertitudes jurisprudentielles sur l'étendue de la nullité prônée par l'ancien article 1174² : s'agissait-il uniquement des conditions purement potestatives, ou également des autres conditions potestatives ? Comment combiner les anciens articles 1170 (définition générale) et 1174 (sanction) ?

Désormais, le Code n'aborde donc plus le sujet que sous l'angle de la condition prohibée. Il ne se préoccupe plus des conditions « potestatives » valables, de sorte qu'il est aujourd'hui très clair que toutes les conditions qui ne dépendent pas de la seule volonté du débiteur ne tombent pas sous le coup de la nullité édictée par l'article 1304-2 nouveau du Code civil.

■ Retour aux sources

Cette clarification réalise un véritable retour aux sources ; un rapide plongeon dans l'histoire du droit permet de s'en convaincre aisément.

Ainsi les jurisconsultes romains, comme le relève M. Chénédé³, « ont toujours considéré que la condition potestative qui vicie l'obligation, est uniquement celle qui dépend du pur et libre arbitre du promettant ».

Pothier allait dans le même sens lorsqu'il énonçait qu'« Il est contraire à l'essence de l'obligation qu'elle dépende de la pure et seule volonté de celui qu'on supposerait l'avoir contractée... comme si je promettais de donner quelque chose à quelqu'un, si cela me plaisait, si volue-ro... ».

Ce que soulignait avec force Demolombe, célèbre commentateur du Code civil au XIX^e siècle, qui estimait qu'il n'est « pas douteux que c'est aussi à cette condition purement potestative que les rédacteurs se réfèrent dans l'article 1174 ; car ils ont suivi l'ordre de Pothier, dans la série des définitions qu'ils fournissent des diverses sortes de conditions (...) »⁴.

Ce même Demolombe, figure de la doctrine classique, assurait d'ailleurs qu'on ne pouvait assimiler la condition potestative de l'article 1174 (nulle) à celle de l'article 1170 (valable) « sans méconnaître les principes et sans porter la plus grave atteinte à la liberté des conventions ! ».

La doctrine classique estimait ainsi que la condition sanctionnée à l'article 1174 n'était pas la condition potestative telle que définie de façon générale à l'article 1170, mais uniquement celle qui dépendait de la seule volonté du débiteur.

Ce qui l'avait amenée à distinguer entre la condition purement potestative (interdite) et la condition simplement potestative (autorisée), en utilisant le critère de l'illusoire du lien contractuel. Se trouvaient ainsi sanctionnées uniquement les conditions faisant obstacle à l'existence même de l'obligation.

Mais les lignes se brouillèrent dans la deuxième partie du XX^e siècle avec l'apparition des contrats de dépendance.

Décisions jurisprudentielles soutenues par certains auteurs mais suscitant un débat doctrinal, flou et difficultés de qualification... la clarté initiale céda la place à une complexité toujours croissante.

La raison tient essentiellement à l'instrumentalisation de l'article 1174, à qui l'on assigna désormais le rôle complémentaire de protéger une partie contre l'arbitraire de l'autre.

Ce glissement aboutit à une sanction large de la potestativité, qui dépasse en réalité les seules conditions potestatives pour englober tous les droits potestatifs... Le contrôle judiciaire évolua corrélativement, passant de la formation du contrat (analyse de la condition) à son exécution (abus dans l'exercice du droit) et conduisant à une véritable confusion des genres⁵. Que l'on songe par exemple aux contrats de distribution réservant au fournisseur la faculté unilatérale et discrétionnaire de résilier le contrat : faut-il y voir une condition potestative prohibée ou un droit potestatif valable ?

Pourquoi, en effet, faire jouer l'article 1174 en dehors de son domaine initial, alors que les comportements abusifs pouvaient être sanctionnés par le jeu de l'ancien article 1178 pour les conditions (« La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement. ») ou encore par celui de l'ancien article 1134 alinéa 3 imposant la bonne foi dans l'exécution des contrats ? Les magistrats disposaient ainsi de fondements solides pour sanctionner l'exercice abusif d'un droit potestatif, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'article 1174.

La réforme revient donc aux **fondamentaux** en restreignant clairement le périmètre de la nullité à la condition qui dépend de la seule volonté du débiteur. On notera à cet égard que l'article 1304-2 du Code civil n'a pas repris la notion de « pouvoir de l'une ou l'autre partie » qui participait de la définition posée par l'ancien article 1170 et prêtait à discussion. Désormais, l'article est limpide de ce point de vue en se concentrant sur la condition qui dépend de la seule volonté du débiteur.

2 - UNE CLARIFICATION AU GOÛT INACHEVÉ QUI INVITE À LA PRUDENCE

A. DISTINCTION ENCORE FLOUE AVEC D'AUTRES FIGURES JURIDIQUES

Si le nouveau texte a le mérite de clore le débat quant à l'étendue de la nullité des conditions potestatives, il n'a pas mis fin pour autant à toutes les interrogations. Il en a même fait resurgir une déjà ancienne, qui va de pair avec la définition restreinte de l'article 1304-2 : quelle utilité de prévoir une telle nullité ?

Une nullité superflue ? Une partie de la doctrine voit ainsi dans l'article 1304-2 une disposition superflue, les hypothèses de condition purement potestatives étant rarissimes. Il faut reconnaître que le cas visé est assez caricatural, puisqu'il se résume à cette idée : je m'engage si je veux. Ce qui peut conduire au constat qu'en réalité le débiteur n'a pas émis de véritable consentement et qu'en conséquence la nullité pourrait être recherchée sur le terrain de l'absence de consentement.

C'est ainsi que le premier projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations avait, à l'instar des suggestions du projet Terré, proposé de supprimer purement et simplement ce cas de nullité.

Cependant ce raisonnement n'emporte pas l'adhésion unanime de la doctrine, d'autres auteurs estimant au contraire que, bien que peu fréquente, cette condition purement « potestative » existe et qu'elle mérite une sanction⁶. Qu'en somme la rareté de la situation ne doit pas pour autant faire disparaître la règle.

2- Anc. art 1174 : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. »

3- F. Chénédé, Charles Demolombe, la condition potestative (2^{ème} partie), Revue des contrats 2013/3 page 1131.

4- Idem.

5- V. en ce sens sur cette question, M. Latina et G. Chantepie, La réforme du droit des obligations, Dalloz 2016, n°771 et suivants.

6- F. Chénédé, art. précité.

■ L'influence de l'essor des promesses unilatérales de contrat

Poussant l'analyse, un auteur fait valoir que les conditions qui dépendent de la seule volonté du débiteur cachent en réalité des promesses unilatérales de contrat. Comme le montre M. Dross⁷, les rédacteurs du Code de 1804 n'étaient pas familiers avec cette figure contractuelle, ce qui explique la nullité prévue à l'ancien article 1174. Mais aujourd'hui, ce constat ne tient plus : les promesses unilatérales sont monnaie courante et le législateur de 2016 aurait dû en tirer les conséquences : la nullité de l'article 1304-2 du Code civil ne semble plus opportune...

■ La reconnaissance des droits potestatifs

Enfin, certains auteurs⁸ soutiennent de façon convaincante que les clauses incriminées sont en réalité des droits potestatifs.

Il ne s'agit pas là de pures élucubrations doctrinales puisque le législateur en a lui-même consacré certains. On peut citer par exemple le réméré, la faculté de résiliation unilatérale, la clause de dédit, le droit de rétractation du consommateur et celui de l'acquéreur immobilier, etc.

Les droits potestatifs sont a priori parfaitement valables ; ils offrent à l'une des parties une totale liberté acceptée par leur cocontractant. Bien entendu, les points cardinaux de la validité d'un engagement doivent être respectés, de sorte que les sanctions prévues à cet effet (*v.infra*) auront vocation à paralyser la clause voire anéantir le contrat.

En suivant ce raisonnement, l'on aboutit à la conclusion prônée par ce courant doctrinal qui estime qu'une condition ne peut jamais dépendre de la seule volonté du débiteur : dans une telle situation, il s'agit

alors d'un droit potestatif et non d'une condition. M. François⁹ a ainsi pu proposer une réécriture de l'article 1304-2 venant entériner la différence entre ces deux notions : « *La condition se distingue du droit potestatif en ce que sa réalisation ne peut dépendre de la seule*

volonté d'une partie au contrat. »

Il résulte de tous ces développements que la réforme de 2016 aurait pu aller plus loin en abandonnant la nullité de la condition dépendant de la seule volonté du débiteur tout en consacrant la notion de droit potestatif. Mais elle ne l'a pas fait : le couperet de la nullité pèse donc toujours, au moins théoriquement, sur les clauses dépendant de la seule volonté du débiteur...

B. GRILLE DE LECTURE POUR LES PRATICIENS

Quels enseignements tirer de tout cela pour les praticiens ?

Il est certain que l'article 1304-2 du Code civil a le mérite de rationaliser la matière et de leur permettre de distinguer clairement entre les conditions valables et celles qui ne le sont pas parce qu'elles dépendent de la seule volonté du débiteur.

Mais si l'on tire les conséquences des propositions rappelées ci-dessus, la grille de lecture n'est pas si simpliste.

La volonté des parties devra ainsi être clairement identifiée, soit en amont afin de la traduire dans des clauses claires et dépourvues d'ambiguïté, soit en aval à la lecture du contrat incriminé, afin de répondre aux questions suivantes :

- s'agit-il d'offrir une liberté totale à l'une des parties, de sorte que l'existence de l'obligation puisse dépendre de sa seule volonté ? il conviendra alors de lui conférer un droit potestatif. Que l'on songe par exemple à une faculté de résiliation unilatérale, la faculté de rachat dans la vente à réméré, etc.

À moins qu'il ne s'agisse d'une promesse unilatérale de contrat, qui offre une telle latitude au cocontractant bénéficiaire de l'option. Une prudence accrue dans la rédaction sera de mise, car la frontière avec la condition prohibée

par l'article 1304-2 est ténue - plus exactement, idéologique, de sorte qu'un juge saisi d'une question d'interprétation devra choisir entre la validation d'un droit potestatif et la sanction d'une condition prohibée... Il ne faut donc pas laisser de place à une telle interrogation.

- S'agit-il de lui offrir une liberté limitée, de sorte que la réalisation de l'événement ne dépende pas uniquement de sa volonté ? Il s'agira alors d'une condition dite « potestative » valable, autrefois définie par le Code civil : casuelle, mixte, simplement potestative.

- S'agit-il de faire dépendre l'exécution du contrat de la survenance d'un événement futur et certain pesant ou dépendant de l'une des parties ? Il s'agira alors d'un terme et non d'une condition, notions souvent confondues mais pourtant bien différentes et que la réforme contribue à distinguer en retenant des définitions claires et précises pour chacune.

- S'agit-il enfin de permettre au débiteur d'une obligation une liberté dans le choix des modalités d'exécution de cette obligation ? Il s'agira alors d'opter pour la voie de l'obligation alternative en termes rigoureusement clairs et dépourvus d'ambiguïté. Les juges du fond ont en effet pu confondre une telle modalité avec une condition potestative prohibée, comme en témoigne un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 7 décembre 2004 (n° 03-12032).

Enfin et pour conclure, les praticiens conserveront en mémoire l'arsenal des sanctions proposées par le régime général des obligations et du droit des contrats en vue de protéger le consentement des parties mais aussi de parer aux velléités de comportements abusifs. On songe ainsi à la nullité susvisée de l'article 1304-2 s'il s'agit d'une condition dépendant de la seule volonté du débiteur (si tant est qu'une telle situation puisse se rencontrer, *v.supra* sur les droits potestatifs), à la nullité pour absence de consentement (article 1128), à la nullité pour contrepartie illusoire ou dérisoire de l'article 1169 mais aussi à la sanction du « réputé accompli » ou « réputé défailli » de l'article 1304-3 en cas de comportement abusif ainsi qu'aux clauses réputées non écrites lorsqu'elles privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur (article 1170) ou encore lorsqu'elles créent un déséquilibre significatif dans le contrat d'adhésion (article 1171).

7- W. Dross, L'introuvable nullité des conditions potestatives, RTD civ. 2007 p. 701.

8- V. notamment M. Latina et G. Chantepie, *op.cit.*, n°774 et les auteurs cités en note 1 ; J. François Proposition de modification de l'article 1304-2 du Code civil : la nullité de l'obligation contractée sous une condition purement potestative, Revue des contrats 2016 n° 01 page 195.

9- J. François, *op.cit.*

DÉLAI CONDITION RENONCIATION SUSPENSIVE CADUCITÉ



PAR
STÉPHANIE RICCI
GROUPE IMMOBILIER



LES ASPECTS PRATIQUES DE LA CONDITION SUSPENSIVE DE PRÊT À L'HEURE DE LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

Par ordonnance du 10 février 2016, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016, le régime de la condition suspensive s'est trouvé modifié.

Traditionnellement, on définit les conditions suspensives comme celles qui suspendent l'exécution du contrat à la survenance d'un événement. Le contrat prendra effet lorsque l'événement prévu se réalisera.

Il a toujours été admis que la condition est une modalité qui se greffe sur un rapport contractuel, lequel doit pouvoir exister sans elle. En ce sens, la pratique qui consiste à mettre en condition suspensive l'autorisation du juge des tutelles, encouragée par le juge réclamant un avant-contrat, est contraire à la loi. En d'autres termes, la condition suspensive ne peut résider dans un élément qui est nécessaire à la validité d'un contrat. Le nouvel article 1304 du Code civil énonce cette règle « *L'obligation est conditionnelle lors qu'elle dépend d'un événement futur et incertain* ».

La nouveauté réside dans les effets de la condition suspensive. Il convient d'analyser spécialement son fonctionnement confronté à la pratique notariale en

comparaison avec les règles existantes avant la réforme.

1 – LES CONSÉQUENCES DE LA NON RÉALISATION DE LA CONDITION SUSPENSIVE DANS LE DÉLAI

Les rédacteurs d'actes ont pris l'habitude d'encadrer les conditions en analysant et classant celles-ci en deux catégories principales en fonction de l'intérêt des parties :

- Les clauses dites d'intérêt « commun » des parties intitulées « Les conditions suspensives auxquelles aucune des parties ne peut renoncer ».
- Les clauses dites dans l'intérêt « exclusif » de l'une d'elles.

L'intérêt de ce classement est de distinguer la partie pouvant se prévaloir de la caducité du contrat.

La condition suspensive de prêt est insérée dans les clauses dites dans l'intérêt « exclusif » de l'acquéreur et sont dénommées en pratique dans

la promesse « *Les conditions suspensives auxquelles seul le [bénéficiaire] ou l'[acquéreur] pourra renoncer* »¹.

L'ordonnance de 2016 a repris ces classifications et a réaffirmé une jurisprudence constante en prévoyant la possi-

“
La condition suspensive
ne peut résider dans un élément
qui est nécessaire à la validité
d'un contrat.
”

1- La terminologie variant selon que l'on soit dans le cas d'une promesse unilatérale de vente ou d'une promesse synallagmatique.

bilité pour l'acquéreur emprunteur de renoncer à la condition suspensive de prêt avant sa réalisation.

1-1. REPRISE D'UNE JURISPRUDENCE CONSTANTE PAR L'ORDONNANCE DE 2016

1-1.1. LA POSSIBILITÉ POUR L'ACQUÉREUR DE SE PRÉVALOIR DE LA NON RÉALISATION DE LA CLAUSE

La condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusive d'une des parties implique deux conséquences : seul le bénéficiaire de la clause peut s'en prévaloir et cette renonciation doit intervenir dans les délais. Plusieurs arrêts ont été rendus en ce sens² notamment l'arrêt de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation en date du 8 juillet 2014³. En effet, cette dernière a considéré que les dispositions de l'article L. 312-16 du Code de la consommation relatives à la condition suspensive légale d'obtention de prêt sont édictées dans l'intérêt exclusif de l'acquéreur emprunteur et que seul celui-ci peut se prévaloir des conséquences juridiques de la défaillance de la condition. De même, la troisième chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt du 27 octobre 2016⁴, bien que non publié, rappelle ce principe dans les mêmes termes.

Ce principe a été repris par l'ordonnance de 2016.

1-1.2. UNE POSSIBILITÉ ENCADRÉE : UN ACQUÉREUR DE « BONNE FOI »

L'ancien article 1178 du Code civil prévoyait déjà indirectement l'idée de bonne foi de l'acquéreur emprunteur qui souhaite se prévaloir de la non réalisation de la clause en énonçant : « La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement. ».

Le nouvel article 1304-3 du Code civil reprend ce principe et vise également la condition résolutoire. La sanction vise à considérer que la condition est accomplie en cas d'acquéreur de mauvaise foi.

Ce texte vise indirectement à faire peser une obligation de faire sur celui des

contractants qui a le pouvoir de contribuer à sa défaillance. En matière de vente immobilière, la condition suspensive de prêt sera réputée accomplie si la non obtention du prêt est imputable à l'acquéreur. Cette sanction conduit à obliger l'acquéreur à faire son possible pour obtenir son prêt immobilier.

En pratique, le notaire insère dans la promesse une clause indiquant les modalités de la demande de prêt. L'acquéreur emprunteur devra solliciter des organismes bancaires selon les critères indiqués pour se prévaloir de la condition suspensive. À titre d'exemple, dans la promesse, si l'acquéreur précise qu'il empruntera pour un montant maximum de 200 000,00 €, pour une durée de 20 ans, à un taux d'intérêt maximum de 1,80 %, (taux en-deçà duquel il acceptera l'offre de prêt), le refus de prêt devra reprendre ces caractéristiques.

En ce sens, on prévoit dans la promesse la clause suivante :

« Pour l'application de cette Condition Suspensive, il est convenu au titre des caractéristiques financières des offres de prêts devant être obtenues :

- Organisme prêteur : .
- Montant maximum de la somme empruntée : .
- Durée de remboursement : .
- Taux nominal d'intérêt maximum : % l'an (hors assurances).

Le Bénéficiaire s'oblige à déposer le ou les dossiers de demande de prêt dans le délai d'un mois à compter de la signature des présentes, et en justifier à première demande du Promettant par tout moyen de preuve écrite.

La Condition Suspensive sera réalisée en cas d'obtention d'une ou plusieurs offres définitives de prêts et l'accord d'assurance au plus tard le XXX.

Cette obtention devra être portée à la connaissance du Promettant par le Bénéficiaire.

Le Bénéficiaire déclare à ce sujet qu'à sa connaissance :

Il n'existe pas d'empêchement à l'octroi

de ces prêts qui seront sollicités.

Il n'existe pas d'obstacle à la mise en place de l'assurance décès-invalidité.

Il déclare avoir connaissance des disposi-

tions de l'article 1304-3 du Code civil lequel dispose que : « La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement. »

Pour pouvoir bénéficier de la protection de la Condition Suspensive, le Bénéficiaire devra :

- justifier du dépôt de ses demandes de prêts auprès d'au moins deux banques ou établissements financiers différents et du respect de ses obligations aux termes de la Condition Suspensive,
- et se prévaloir, au plus tard à la date ci-dessus, par télécopie ou courrier électronique confirmés par courrier recommandé avec avis de réception adressé au Promettant à son domicile élu, de la non obtention d'une offre de prêt et de l'assurance obligatoire y afférent ou d'un refus de prêt ou d'assurance. »

1-2. LA RENONCIATION À LA CONDITION SUSPENSIVE DE PRÊT

1.2.1. LE PRINCIPE :

Classiquement, la Cour de cassation avait admis que seul celui en faveur de qui la condition est insérée pouvait y renoncer. Dans ce cas, il s'opère une novation de l'accord originaire⁵.

L'ordonnance du 10 février 2016 a entériné ce principe dans son article 1304-4 du Code civil en énonçant ce qui suit « Une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif tant que celle-ci n'est pas accomplie ».

Pour éviter des incertitudes quant à l'application de cette règle, le praticien prendra soin de prévoir des clauses contractuelles encadrant la renonciation. La renonciation pourra se faire implicitement par des offres de prêts à des conditions plus favorables que celles indiquées dans la promesse ou par un courrier respectant les prescriptions impératives de la loi SCRIVENER soit la mention manuscrite de la renonciation à la souscription d'un prêt immobilier d'habitation.

1-2.2. LES CLAUSES À INSÉRER PERMETTANT CETTE RENONCIATION

En pratique, on peut envisager la clause suivante : « jusqu'à l'expiration du Délai de réalisation de la Condition, le Bénéficiaire pourra renoncer au bénéfice de la Condition Suspensive légale de l'article L 313-41 du Code de la consommation, soit

2- Cass. 3^{ème} civi 24 sept 2003, n° 02-22.815 JurisData n°2003-020377 ; Cass. 3^{ème} civi, 22 juin 2004, n° 03-10.436 : JurisData n°2004-02432.
3- Cass. 3^{ème} civi, 8 juillet 2014, n° 13-17.386, F-D : jurisdata n°2014-016441.

4- Cass. 3^{ème} civi 27 octobre 2016 n° 15-23.727 : Jurisdata n° 2016-022555.

5- Cass. 3^{ème} civi, 5 févr. 1971, n° 69-12.443 : Bull. civ. 1971, III, n° 89. - Cass. 3^{ème} civi, 26 juin 1996, n° 94-18.525 : JurisData n° 1996-002790 ; Bull. civ. 1996, III, n° 164 ; Defrénois 1996, p. 1359, obs. Ph. Delebecque. - Cass. 3^{ème} civi, 1^{er} oct. 1997, n° 95-20.897 : JurisData n° 1997-003783 ; D. 1997, inf. rap. p. 226.

en acceptant des offres de prêts à des conditions moins favorables que celles ci-dessus exprimées, et en notifiant ces offre et acceptation au Promettant, soit en exprimant une intention contraire à celle ci-dessus exprimée, c'est-à-dire de ne plus faire appel à un emprunt et en doublant cette volonté nouvelle de la mention manuscrite voulue par l'article L. 313-42 dudit Code ; cette volonté nouvelle et la mention feraient, dans cette hypothèse, l'objet d'un écrit notifié au Promettant dans le Délai de réalisation de cette Condition Suspensive. »

Si L'ordonnance du 10 février 2016 a réaffirmé le principe de la renonciation à une condition suspensive avant sa réalisation, régulièrement admis par la jurisprudence, il n'en est pas de même lorsque la condition est défaillie.

2 – L'EFFET COUPERET DE LA CONDITION « DÉFAILLIE »

2-1. LA JURISPRUDENCE ANTÉRIEURE :

La doctrine classique considérait qu'à partir du moment où la condition suspensive avait défailli, le contrat était caduc⁶. Il n'était donc plus possible de renoncer à une condition suspensive après sa réalisation.

La jurisprudence avait remis en cause cette analyse classique par plusieurs arrêts de la troisième chambre civile. En 2010⁷, à propos d'une promesse synallagmatique de vente conclue sous condition suspensive de l'obtention d'un permis de construire dans un délai de deux mois, elle a considéré que les acquéreurs pouvaient « *renoncer au bénéfice de cette condition dont la non-réalisation ne pouvait rendre caduque la promesse* ». L'acquéreur est alors seul habilité à renoncer au bénéfice de la condition suspensive, en faisant son affaire personnelle des conséquences de cette non réalisation. Dans ce cas, la promesse de vente échappe donc à la caducité.

2-2. LA RÉFORME ET LES POINTS DE VIGILANCE

Le nouvel article 1304-4 du Code civil reprend une solution classique et met fin aux hésitations jurisprudentielles. Elle énonce « *une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie* ». La solution semble claire.

Lorsque la condition est défaillie, cela a « un effet couperet » sur la promesse de vente c'est-à-dire sa caducité. Le contrat est censé n'avoir jamais existé, en vertu notamment de ce qui est énoncé à l'article 1304-6 du code civil : « *En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé* ».

La solution n'est pas si explicite dans son application.

Certains auteurs ont dans un premier temps affirmé que l'article 1304-4 du code civil était d'ordre public, la caducité du contrat intervenant de plein droit dès la défaillance de la condition, les parties ne pouvant renoncer à cet effet, même si la condition était stipulée dans l'intérêt exclusif d'une des parties⁸. Mais la doctrine majoritaire⁹ admet aujourd'hui, à la lecture notamment du rapport rendu au Président sur la réforme que le texte énonce une règle simplement supplétive de volonté¹⁰. Il est donc possible de prévoir une clause contractuelle permettant de prévoir une renonciation à la condition suspensive et faire perdurer le contrat. C'est la conception qui était déjà admise dans certains arrêts antérieurs à la réforme.

En ce sens, sur le fondement de la liberté contractuelle une clause peut être ajoutée pour encadrer la condition suspensive défaillante. Cette clause permettrait au promettant de confirmer sa faculté de se prévaloir de la caducité de la promesse en mettant en demeure le Bénéficiaire.

Afin d'éviter tout litige, il est souhaitable de prévoir expressément deux délais : un délai de réalisation de la condition et un délai de renonciation à cette dernière, en encadrant les modalités de renonciation et les effets attachés à cette dernière. Il faut notamment éviter que cette renonciation ait pour effet la naissance d'un nouveau contrat, afin de ne pas avoir à purger à nouveau les éventuels droits de rétractation, de réflexion, de préférence...

Voici un exemple de clause permettant d'encadrer cette condition suspensive

de prêt défaillante :

« Dans le cas où le Bénéficiaire n'aurait pas apporté la justification requise dans le Délai de réalisation de la Condition, le Promettant pourra, s'il entend se prévaloir de la caducité de la Promesse, mettre en demeure le Bénéficiaire de lui fournir les justifications énoncées ou renoncer au bénéfice de la Condition.

A défaut de réponse du Bénéficiaire dans

les huit jours, le Promettant retrouvera son entière liberté mais le Bénéficiaire ne pourra recouvrer l'Indemnité qu'il aura, le cas échéant, versée qu'après justification qu'il a accompli les démarches nécessaires pour l'obtention du prêt conforme aux

stipulations dans les délais, et que la Condition n'est pas défaillie de son fait, à défaut, l'Indemnité restera acquise au Promettant en application des dispositions de l'article 1304-3 du Code civil sus-relatées.

Le Bénéficiaire pourra sous ce même délai de huit jours renoncer au bénéfice de la Condition Suspensive légale de l'article L. 313-41 du Code de la consommation, soit en acceptant des offres de prêts à des conditions moins favorables que celles ci-dessus exprimées, et en notifiant ces offre et acceptation au Promettant, soit en exprimant une intention contraire à celle ci-dessus exprimée, c'est-à-dire de ne plus faire appel à un emprunt et en doublant cette volonté nouvelle de la mention manuscrite voulue par l'article L. 313-42 dudit Code ; cette volonté nouvelle et la mention feraient, dans cette hypothèse, l'objet d'un écrit notifié au Promettant dans le délai précité. Les parties précisent que cette renonciation n'aurait aucun effet novatoire concernant le contrat qui les lie.»

Il est important de souligner qu'en l'absence de clause, le contrat deviendrait caduc dès la défaillance de la condition, les solutions jurisprudentielles antérieures n'étant plus applicables. Les parties seraient alors dans l'obligation de conclure un nouveau contrat à de nouvelles conditions s'ils souhaitent poursuivre leur projet de vente et d'acquisition.

6- Entre autres puisque cette opinion correspond à celle de la doctrine majoritaire. J-J. Taisne. La notion de condition dans les actes juridiques, thèse de doctorat. Lille 1977 – J-Flour, J-L Aubert et E ; Savaux, Droit civil, Les Obligations, t. 3 : Le rapport de l'obligation : Sirey, 9^{ème} Édition 2015 n°301.

7- Cass. 3^{ème} civ 12 janv. 2010, n°08-18-624.

Fr. Bicheron, Obligation conditionnelle et obligation à terme : JCP N 2015, n° 47, 1216, spéc. n° 10.

8- De l'intérêt des clauses de renonciation relatives aux conditions suspensives – L-A. Poletti – JCP N n°47, 25 novembre 2016, 1318

9- Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations énonce : « *Bien sûr, la partie qui avait intérêt à la condition pourra toujours y renoncer après cette défaillance si elle obtient l'accord de son cocontractant.* »

TIERS SUBSTITUTION CÉDÉ CESSION ACCORD CESSIONNAIRE



PAR
CAMILLE BARAGNON
ÉTUDIANTE EN MASTER 2 –
DROIT PRIVÉ GÉNÉRAL –
UNIVERSITÉ PARIS II PANTHÉON-
ASSAS



LA CESSION DE CONTRAT : ENTRE STABILITÉ ET INCERTITUDE

Après le soutien de la Cour de cassation et de la pratique durant plusieurs années, c'est désormais au législateur, par l'ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats et du régime des obligations du 10 février 2016 d'admettre l'existence de la cession de contrat.

Bien que son utilité n'ait jamais été mise en cause, celle-ci a été au centre de nombreux débats doctrinaux dès le milieu du XX^{ème} siècle¹. Certains auteurs² considéraient qu'une telle cession pouvait être réalisée par la combinaison d'une cession de créance et d'une stipulation pour autrui ou d'une délégation. En revanche, ils n'admettaient pas la cession de contrat en tant que telle, car la cession de dette n'était pas admise en droit français. De plus, l'accord du cédé restait pour eux nécessaire, et était à l'origine d'un nouveau contrat avec le cessionnaire. A contrario, Laurent Aynès a défendu une conception moniste de la cession de contrat, en indiquant que celle-ci n'était « *pas la cession de chaque élément. C'est le contrat lui-même qui est transmis*³ » et en soutenant que cette opération ne portait nullement atteinte à la formation du contrat, ni à son effet relatif, et était possible sans l'accord du cédé.

La cession de contrat avait également fait l'objet de plusieurs propositions. D'une part, le projet Terré⁴ admettait la cession de contrat en la traitant comme une opération translatrice d'obligations,

aux côtés de la cession de créance et de la cession de dette. D'autre part, l'avant-projet Catala⁵, consacrait la « *cession de la qualité de partie au contrat* » et la subordonnait à l'accord du cocontractant.

Le législateur a alors décidé d'importer ce mécanisme dans le Code civil, sécurisant ainsi de nombreuses opérations de la pratique. La cession de contrat se définit alors comme la cession de la « *qualité de partie au contrat* » (**article 1216 alinéa 1 du Code civil**), ce qui consacre la conception unitaire de la cession de contrat. En effet, celle-ci ne peut se résumer en une simple adjonction de la cession de créance et de la cession de dette. La cession de contrat devient alors « *une institution de la théorie générale du contrat. Elle appartient au droit commun des contrats. Tout contractant <disposant> en principe du droit de céder sa qualité de partie au contrat* »⁶.

Cette reconnaissance se comprend dans une vision d'efficacité économique et s'inscrit dans un mouvement de patrimonialisation du contrat. Ainsi, cette cession de droit commun apparaît au côté de nombreuses cessions particulières, déjà reconnues par le législateur, comme la cession de bail et la cession de contrat d'assurance.

Bien qu'il s'agisse d'une consécration nécessaire et attendue (I), il faut néanmoins souligner que celle-ci reste porteuse d'incertitudes (II).

1- Emmanuel Jeuland, « Cession de contrat », RTD civ., juin 2010 (actualisation : avril 2016).
2- Jacques Ghestin, Christophe Jamin, et Marc Billiau, Les effets du contrat, 3^{ème} édition, 2001, LGDJ.
3- Laurent Aynès, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, préface Philippe Malaurie, 1984, Economica.
4- Article 146 de l'avant-projet Terré.
5- Article 1165-4 de l'avant-projet Catala.
6- La cession de contrat, Laurent Aynès, Revue Droit et Patrimoine, n°260, 1er juillet 2016.

1 – UNE CONSÉCRATION NÉCESSAIRE ET ATTENDUE DE LA CESSIION DE CONTRAT

La cession de contrat n'était pas inconnue du monde juridique avant la réforme, mais elle était portée par la jurisprudence et la pratique économique. Cela explique que la codification soit à droit constant (A), et qu'un accroissement de la sécurité juridique est bienvenu dans les relations d'affaires (B).

A. UNE CONSÉCRATION À DROIT CONSTANT

La cession de contrat est un mécanisme tiré de la pratique, dont la jurisprudence a imaginé un régime et des effets. Toutes ces réflexions ont été majoritairement reprises par le législateur, afin de réaliser une codification à droit constant, permettant de donner un cadre stable et sécuritaire à la cession de contrat.

Concernant les conditions de fond, il est indispensable de remarquer que la cession de contrat repose sur deux accords⁷ : celui entre le cédant et le cessionnaire, mais également celui du cédé à ladite cession. Cela est lié à la force obligatoire du contrat, car il est impossible d'imposer à une partie un nouveau partenaire contractuel sans qu'elle approuve.

La Cour de cassation⁸ avait anticipé les exigences et modalités de l'accord du cédé, qui sont reprises de façon similaires par le législateur à l'article 1216 alinéa 1 du Code civil. Si l'accord est anticipé, la cession produira « effet à l'égard <de celui-ci> lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui <sera> notifié, ou lorsqu'il en <aura> pris acte » (article 1216 alinéa 2 du Code civil). A contrario, si le cédé refuse de donner son accord à la cession, celle-ci ne pourra pas avoir lieu, et le lien contractuel sera maintenu entre les parties initiales. Mais il ne faut pas s'y méprendre, le contrat de cession reste bien bipartite, le cédé n'étant qu'un tiers à celui-ci. C'est d'ailleurs pour cela probablement que le lé-

gislateur emploie le terme d'« accord » et non celui de « consentement ». Le seul but de celui-ci est de protéger le cédant, pour qu'il puisse préserver ses intérêts. C'est pour cela que le refus d'accord ne peut être discrétionnaire, mais doit être légitime, sous peine d'être contourné par une autorisation judiciaire⁹. Cependant, lorsque le contrat est *intuitu personae*, il semble que le refus du cédé ne puisse être surmonté par une autorisation judiciaire¹⁰.

Concernant les conditions de forme, l'article 1216 alinéa 3 du Code civil exige que la cession soit « constatée par écrit, à peine de nullité », ce qui est un formalisme identique à celui de la cession de créance¹¹.

Ensuite, le cédant sera libéré seulement si le cédé y consent expressément (article

1216-1 alinéa 1^{er} du Code civil). Il ne faut pas confondre ce consentement avec l'accord donné par le cédé à la cession. Il paraît envisageable que la cession ait été acceptée, mais que le cédant ne soit pas libéré pour l'avenir. Si le consentement à

la libération du cédant n'a pas été donné par le cédé, alors il sera « *sauf clause contraire, tenu solidairement à l'exécution du contrat* » (article 1216-1 alinéa 2 du Code civil). Il se pose ensuite nécessairement la question des sûretés qui garantissaient le cédant. L'article 1216-3 alinéa 1^{er} du Code civil détaille cela en deux hypothèses : soit le cédé ne libère pas le cédant, et dans ce cas les sûretés subsistent ; soit, le cédé libère le cédant, et « *les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord* ». Cependant, dans ce second cas, il n'est pas évoqué les sûretés consenties par le cédant au cédé. Il est possible de se demander si celles-ci sont maintenues. Il semble alors qu'elles subsistent¹², mais il est possible d'envisager que le cédé aura la possibilité de libérer expressément le cédant en tant que partie au contrat et garant. Cela relève de la liberté contractuelle et rien ne paraît l'interdire.

Concernant les codébiteurs du cédant,

ils restent logiquement tenus à la suite de la libération de celui-ci, « *dédution faite de sa part dans la dette* » (article 1216-3 alinéa 2 du Code civil).

Concernant l'opposabilité des exceptions, le régime diffère quelque peu des apports de la jurisprudence. En effet, l'article 1216-2 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que « *le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il ne peut lui opposer les exceptions personnelles au cédant* ». Relativement à l'opposition des exceptions inhérentes à la dette, cela est également présent dans les textes sur la cession de créance¹³ et de dette¹⁴. Certains auteurs¹⁵ critiquent cette énumération d'exemples, notamment car la jurisprudence distinguait en fonction des causes de nullité, celle-ci pouvant résulter d'un caractère de l'auteur, tel que l'incapacité de celui-ci, ou encore de l'existence d'un vice du consentement¹⁶. De plus, la notion d'« *exceptions personnelles* » n'est pas définie, et aucune illustration n'est proposée. Une clarification par le législateur aurait été appréciable, mais il semble que ce soit à nouveau à la jurisprudence d'éclaircir ce point, ou de persister dans sa position exprimée avant l'entrée en vigueur du texte. Le cédé quant à lui peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant (article 1216-2 alinéa 2 du Code civil) en ne faisant aucune distinction comme précédemment. Il peut même invoquer l'exception attrayant au lien contractuel initial avec le cédant.

Après avoir résumé le régime et les effets de la cession de contrat, il convient de s'intéresser à la sécurité qu'elle apporte aux relations d'affaires.

B. UNE SÉCURISATION DES RELATIONS D'AFFAIRES BIENVENUE

Si la cession de contrat existait auparavant dans la pratique, certaines possibilités consacrées par la réforme assurent une plus grande sécurité des relations d'affaires.

Tout d'abord, la possibilité de céder un contrat *intuitu personae*, bien que

7- Gaël Chantepie et Mathias Latina, La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016.

8- Deux arrêts Com. 6 mai 1997 n° 95-10.252 et n° 94-16.335.

9- Laurent Aynès, « La cession de contrat », Revue Droit et Patrimoine, n°260, 1^{er} juillet 2016.

10- Laurent Aynès, « La cession de contrat », Revue Droit et Patrimoine, n°260, 1^{er} juillet 2016.

11- Article 1322 du Code civil.

12- Gaël Chantepie et Mathias Latina, La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°610.

13- Article 1324 alinéa 2 du Code civil.

14- Article 1328 du Code civil.

15- Gaël Chantepie et Mathias Latina, La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°608.

16- Chambre Mixte 8 juin 2007, n°03-15.602, Bull.civ., n°5 à propos du cautionnement et de l'application de l'article 2313 du Code civil.

reconnu par la jurisprudence, pouvait engendrer des réticences. La situation a alors été clarifiée, la validité dépendant de l'accord du cédé. Ensuite, la possibilité de recueillir celui-ci de manière anticipée va permettre de prévoir les changements pouvant advenir durant une relation commerciale.

D'une part, cela peut être particulièrement utile lors de la vente d'un fond de commerce.

À l'instar du bail commercial régi par des dispositions spécifiques, de nombreux contrats apportent une valeur indéfinissable au fonds, ce qui rend leur cession indispensable pour l'acquéreur. C'est le cas par exemple des contrats de distribution, et notamment du contrat de franchise, mais aucun texte ne leur est dédié.

Concernant la cession du fonds de commerce par un franchisé, il avait été indiqué par la Cour de cassation qu'une transmission passive du contrat de franchise n'était pas envisageable¹⁷, notamment car il s'agissait d'un contrat conclu *intuitu personae*¹⁸. L'accord du cédé est alors nécessaire. Cependant, certains auteurs se demandaient si l'obligation de continuer le contrat de franchise n'était pas passée à l'acquéreur avec le fonds¹⁹ grâce à l'*intuitu rei*, mais cette position n'a pas été consacrée.

Concernant la cession du fonds de commerce par le franchiseur, la Cour de cassation avait déjà rendu un arrêt²⁰ indiquant que celui-ci devait obtenir l'accord du franchisé. Elle reconnut plus tard expressément « *qu'en matière de franchise, l'intuitu personae est bilatéral, c'est-à-dire qu'il vaut non seulement au profit du franchiseur, mais également au profit des franchisés* »²¹, arrêts qui ont été abondamment critiqués de par la nature de la relation entre franchiseur et franchisé²². Ainsi, lors de la cession d'un réseau de distribution, si une minorité des distributeurs s'oppose à cette cession, le fournisseur reste tenu de poursuivre l'exécution de ses obliga-

tions essentielles²³.

L'accord du cédé paraît alors être une condition insurmontable et incontournable. Cependant, grâce à la réforme du droit des contrats, celui-ci peut être donné par anticipation lors de la conclusion du contrat initial. Cette possibilité sera alors très utile dans le contrat de franchise, ou lors de restructurations, le franchiseur n'ayant qu'à intégrer une clause au contrat indiquant que le franchisé l'autorise à céder celui-ci. Également, la cession de contrat pourra être exclue lorsque l'une des parties a été choisie en raison de ses qualités personnelles²⁴, ce qui permettra au franchiseur de contrôler son réseau.

Ces possibilités sont envisageables également lors d'opérations de restructurations d'entreprises comme les fusions, scissions, ou encore apports partiels d'actifs qui se réalisent normalement par le biais d'une transmission universelle de patrimoine. Celle-ci étant une opération globale, la société bénéficiaire en est alors le successeur universel²⁵. Cependant, l'accord du cédé étant nécessaire²⁶, les contrats *intuitu personae* ne peuvent être transmis via cette opération.

Plus largement, il est possible de se demander si une restructuration d'entreprise ou d'association pourrait passer exclusivement par la cession de contrat. Mais certains avocats²⁷ opposent quelques réticences à cela, des mécanismes de protections étant instaurés. Celle-ci paraît alors destinée à faciliter seulement de légères restructurations, ou à s'appliquer là où des opérations comme le transfert universel de patrimoine ne sont pas acceptées.

Ainsi, l'on peut remarquer à travers

ces exemples que la cession de contrat est un mécanisme cultivant l'équilibre entre liberté contractuelle et sécurité juridique. Cependant, il reste encore des zones d'ombre que le législateur n'a pas éclaircies.

2 – UNE CONSÉCRATION DE LA CESSIION DE CONTRAT PORTEUSE D'INCERTITUDES

Malgré une consécration de la cession de contrat par le législateur, des incertitudes subsistent. C'est le cas notamment concernant la nature de la faculté de substitution dans la promesse unilatérale (A), et de l'articulation difficile entre contrat d'adhésion et cession de

“ La cession de contrat est un mécanisme cultivant l'équilibre entre liberté contractuelle et sécurité juridique. ”

contrat (B).

A. UNE HÉSITATION SUBSISTANTE SUR LA NATURE DE LA FACULTÉ DE SUBSTITUTION DANS LA PROMESSE UNILATÉRALE

La faculté de substitution dans une promesse unilatérale est au départ une pure création de la pratique notariale. La nature de celle-ci a été un point important des interrogations de la doctrine, et la définition de la cession de contrat choisie par le législateur en a ravivé l'intérêt.

D'une part, certains auteurs ont défendu une autonomie de cette faculté de substitution dans la promesse de vente unilatérale par rapport à la cession de contrat. Emmanuel Jeuland l'a alors assimilée à une substitution de personne²⁸. Il considère qu'il ne s'agit pas d'une opération translatrice, contrairement à la cession de contrat. En effet, le bénéficiaire initial resterait présent dans le rapport contractuel, car si le bénéficiaire substitué n'exerce par l'option, alors il récupérerait son droit.

17- Pierre-Yves Gautier, « Le contrat de franchise n'est pas transmis passivement avec le fonds de commerce, ni l'acquéreur, responsable de sa résiliation », RTD civ., 2007, p.794 et Com. 15 mai 2007, n°06-12871, Bull. civ. IV, n° 129, D. 2007.

18- Marie Malaurie-Vignal, Droit de la distribution, Sirey, 2006, n° 764.

19- Pierre-Yves Gautier, « Le contrat de franchise n'est pas transmis passivement avec le fonds de commerce, ni l'acquéreur, responsable de sa résiliation », RTD civ., 2007, p.794, citation dans l'article : Joseph Hamel, Gaston Lagarde et Alfred Jauffret, Traité de droit commercial, Tome II, Dalloz, 1966, n° 1022 : « à titre exceptionnel, le bénéfice ou les obligations de certains contrats conclus par le vendeur d'un fonds, passent à l'acquéreur. On peut donc les considérer comme les accessoires du fonds. Le résultat obtenu ne déroge pas aussi gravement qu'on serait tenté de le croire à la règle de l'article 1165 du Code civil... Au regard d'un ayant cause à titre particulier, certains contrats forment corps avec la chose vendue, parce qu'ils ne présentent d'utilité que pour le propriétaire de la chose ».

20- Com. 6 mai 1997, n° 94-16.335, Bull. civ. IV, n° 117.

21- Com. 3 juin 2008, n° 06-13.761, préc., et Com. 3 juin 2008, n° 06-18.007, préc., confirmés par Com. 7 janv. 2014, n°10-18.319.

22- Gilles Amédée-Manesme et Hélène Helwaser, « Le rachat ou la fusion de réseaux », JCP E 2012 cité dans l'article de Régis Pihéry, Avocat associé Cabinet FIDAL, « La transmission du réseau de franchise, l'obstacle de l'intuitu personae », AJ Contrats, 2016, p.428.

23- Gaël Chantepie et Mathias Latina, La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°599 et Com. 28 juin 2005 n° 04-10.038.

24- Par analogie avec les contrats de fournitures ou de concession évoqués dans : Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, Droit des obligations, LGDJ 8^{ème} édition, 2016, n°855.

25- Pierre-Yves Bérard, Affaires Juridiques BNP Paribas, « Les fusions à l'épreuve de l'intuitu personae », RTD Com., 2007, p.279

26- Com. 13 décembre 2005, n° 03-16.878.

27- Wilfried Meynet, Avocat (Marseille et Luxembourg), Octave Avocats, codirecteur du DESU droit de l'économie sociale et solidaire (Institut de droit des affaires - Aix-Marseille), « Cession de créance, de dette et de contrat : une alternative aux restructurations ? », Juris associations, 2017, n°551, p.32.

28- Emmanuel Jeuland, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », Recueil Dalloz, 1998, p.356 : L'auteur définit la substitution de personne comme « l'opération par laquelle une personne, le substitué, met en œuvre une obligation née entre deux autres personnes, le substituant et une personne qui n'est pas modifiée, l'insubstitué, sans que le substituant ne disparaisse entièrement du rapport juridique et de telle sorte que le substitué et l'insubstitué soient directement liés entre eux ».

Bien que certains juristes²⁹ défendent les mêmes idées, ils ne consacrent pas la notion de substitution de personne, mais vont plutôt assimiler la faculté de substitution à une « cession de position contractuelle »³⁰. Ibrahim Najjar soulève également le fait qu'il ne s'agit pas d'une cession de contrat car si le substitué ne lève pas l'option, il n'y aura pas cession du contrat final. La promesse de vente étant un contrat, cet argument paraît éminemment contestable, la faculté de substitution du bénéficiaire permettant de céder le contrat de promesse.

Mais en réalité, il est possible que ces raisonnements aient eu pour finalité d'expliquer une jurisprudence complexe. En effet, la Cour de cassation raisonne sous forme de négation pour qualifier cette faculté de substitution. Elle indique tantôt qu'il ne s'agit pas d'une cession de créance³¹, et tantôt qu'il ne s'agit pas non plus d'une cession de contrat³². Elle affirme d'ailleurs dans plusieurs arrêts que la cession de promesse est en réalité une stipulation pour autrui³³. Cela permet d'écarter corrélativement les formalités de l'article 1690 du Code civil relatives à la cession de créance, ainsi que l'application de l'article 1589-2 du Code général des impôts. C'est une des raisons pour lesquelles, d'autres auteurs préfèrent défendre l'idée qu'il s'agit d'une « autonomie de circonstances »³⁴.

D'autre part, d'autres auteurs³⁵ défendent fermement qu'il s'agit d'une cession de contrat. Ils se fondent d'abord sur l'indemnité d'immobilisation, le bénéficiaire substitué devant payer celle-ci si la vente ne se réalise pas. Il hérite ainsi, en plus du droit d'option du bénéficiaire initial, de toutes ses obligations. Si ce dernier avait payé l'indemnité, il pourrait alors légitimement en demander remboursement, car les avantages assurés par celle-ci profiteraient au bénéficiaire substitué.

Ensuite, ils contestent les arguments avancés précédemment. Il ne peut tout d'abord s'agir d'une stipulation pour autrui car, entre autres, ni le promettant,

ni le bénéficiaire initial ne concluent l'avant-contrat dans le but de le céder à un tiers. D'ailleurs, le stipulant transmet ce droit d'option et le plus fréquemment à titre onéreux.

Enfin, concernant l'analyse de la substitution comme « *institution autonome* » et son rattachement à une « *substitution de personne* » dans le but d'expliquer un lien persistant avec le bénéficiaire initial, cela n'est pas incompatible avec la définition de l'opération en cession de contrat. En effet, celle-ci peut être aménagée en indiquant que le bénéficiaire initial, à défaut de lever de l'option par le bénéficiaire substitué, récupérera son droit. La vraie question en réalité est la nature du droit du cessionnaire³⁶. Il paraît s'agir d'un droit transmis, plutôt que d'un droit nouveau, comme l'indiquent ces auteurs, et donc d'une cession de contrat. Cette analyse nous paraît la plus pertinente et la plus cohérente. Elle semble d'ailleurs être appuyée par le législateur.

En effet, avec la consécration par celui-ci de la cession de contrat dans le Code civil, ce débat est à nouveau propulsé sur le devant de la scène. Elle a permis aux auteurs soutenant l'analyse de l'assimilation de la clause de substitution à une cession de contrat de trouver un appui supplémentaire à leurs arguments. Car effectivement, auparavant, les débats doctrinaux portaient sur un mécanisme, la cession de contrat, dont aucune définition légale n'avait été donnée.

Grâce à l'article 1216 du Code civil qui définit celle-ci comme la cession de sa « *qualité de partie au contrat* », on peut légitimement penser que la substitution rentre dans le champ d'application de cette définition. De plus, la faculté de substitution peut être assimilée à l'accord du cédé donné par anticipation à la cession du contrat de promesse³⁷. Il faudra alors attendre une nouvelle analyse par la Cour de cassation de la clause de substitution, mais il paraîtrait opportun qu'elle adopte l'assimilation avec la cession de contrat, maintenant que sa défi-

nition et son régime ont été introduits dans le Code civil³⁸.

B. UNE ARTICULATION DIFFICILE ENTRE CONTRAT D'ADHÉSION ET CESSIION DE CONTRAT

La réforme du droit des contrats consacre plusieurs mécanismes, dont deux, en apparence très différents, mais qui peuvent, dans certaines circonstances, entrer en concurrence : le contrat d'adhésion et la cession de contrat.

Le premier est défini à l'article 1110 alinéa 2 du Code civil, disposant que « *Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

La cession de contrat, qui est l'objet de notre étude, ne semble pas pouvoir cohabiter avec une telle notion. En effet, étant donné que la cession de contrat est définie comme la « *cession de qualité de partie au contrat* »³⁹, il est évident que les conditions de celui-ci ne sont pas négociées à nouveau avec le cessionnaire, car le contrat continue avec une nouvelle partie en demeurant inchangé. Cela est le principe même du mécanisme.

Cette question de qualification, qui n'a pas été envisagée par le législateur, peut avoir vocation à se poser, notamment lors d'une opération de cession de droit sociaux dont l'une des conditions est d'adhérer aux pactes d'associés⁴⁰. En effet, dans ce cas, l'adhésion au pacte est obligatoire afin de pouvoir entrer dans la société. Si la condition qui différencie les contrats de gré à gré des contrats d'adhésion est la seule négociation, comme le pensent certains auteurs⁴¹, alors il est possible que le pacte d'associé soit requalifié en contrat d'adhésion.

Par ailleurs, d'autres auteurs défendent le fait que pour que le pacte d'associé soit qualifié de contrat d'adhésion, il faudrait alors que le cessionnaire conclue « *un nouveau pacte avec les associés déjà parties sur la base des termes identiques à ceux du pacte préexistant* »⁴².

29- Ibrahim Najjar, « *Clause de substitution et position contractuelle* », Recueil Dalloz, 2000, p. 635.

30- Ibrahim Najjar, « *Clause de substitution et position contractuelle* », Recueil Dalloz, 2000, p. 635.

31- Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} avril 1987, n°86-15.838, Bull. civ. III, n° 68, Cass. civ. 3^{ème}, 27 avril 1988, n°86-17.337, Bull. civ. III, n° 83, ou encore Cass. civ. 3^{ème}, 27 novembre 1990, n°89-11.385 Bull. civ. III, n° 248.

32- Cass. civ. 3^{ème}, 17 avril 1984, n°83-12.106 Bull. civ. III, n° 87 et Cass. civ. 3^{ème}, 19 mars 1997, n°95-12473 Bull. civ. III, n° 68.

33- Cass. civ. 3^{ème}, 17 avril 1984, Bull. civ. III, n° 87 suivi par d'autres arrêts ultérieurs.

34- Philippe Brun, « *Nature juridique de la clause de substitution dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente : une autonomie de circonstance ?* », RTD. civ. 1996, p.29.

35- Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, Droit des obligations, LGDJ 8^{ème} édition, 2016, n°854.

36- Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, Droit des obligations, LGDJ 8^{ème} édition, 2016, n°854.

37- Gaël Chantepie et Mathias Latina, La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°602.

38- NDLR : lire à ce sujet la position de la pratique notariale contraire à celle-ci défendue en p. 46.

39- Article 1216 du Code civil.

40- Antoine Tadors, « *L'adhésion du cessionnaire des droits sociaux au pacte d'associés. Contrat d'adhésion ou cession de contrat ?* », Recueil Dalloz, 2017, p.171.

41- Thierry Revet, « *Les critères du contrat d'adhésion* », Recueil Dalloz, 2016, p.1771.

42- Antoine Tadors, « *L'adhésion du cessionnaire des droits sociaux au pacte d'associés. Contrat d'adhésion ou cession de contrat ?* », Recueil Dalloz, 2017, p.171.

C'est alors plus vraisemblablement sur le sens du verbe « adhérer » au pacte d'associé qu'il faut s'interroger : signifie-t-il conclure un nouveau contrat ou simplement se substituer au cédant des droits sociaux, lequel aura alors cédé sa qualité de partie au pacte d'associés ?

La seconde qualification paraît la plus appropriée comme le soutient le Professeur Antoine Tadros.

En effet, il paraît plus aisé de substituer une partie au contrat, sans rupture du lien contractuel, par le cessionnaire des droits sociaux, que de conclure un nouveau contrat, identique au précédent. L'opération paraîtrait alors démesurée, particulièrement lourde et nécessiterait un temps important dans un domaine

où tout évolue constamment.

Le passage par la cession de contrat permet une simplification considérable du procédé.

“

La cession de contrat paraît être un mécanisme indispensable, particulièrement dans le monde économique.

”

Par ailleurs, grâce à la codification de ce mécanisme, la cession du pacte d'associé pourra être anticipée de deux manières⁴³ : d'une part, le pacte pourra contenir une clause exprimant l'accord anticipé de chaque associé pour une ces-

sion du pacte d'associé par l'un d'eux, lorsque celle-ci est la condition d'une cession de droits sociaux, et d'autre part, une autre clause pourra être prévue dans le pacte d'associé concernant la libération du cédant lorsque celui-ci cédera ses droits sociaux, et *a fortiori* le pacte d'associé.

Cela nous paraît être la solution la plus confortable et la plus transposable au monde des affaires. Cependant, la question n'étant pas tranchée par le législateur, le débat reste ouvert, jusqu'à ce que la Cour de cassation se prononce à ce sujet.

Pour conclure, la cession de contrat paraît être un mécanisme indispensable, particulièrement dans le monde économique, et sa consécration est synonyme d'une plus grande sécurité juridique. Cependant, de nombreuses questions restent encore sans réponse, ce qui permettra à la jurisprudence et à la pratique de jouer à nouveau l'un de leurs plus beaux rôles, celui de créateur du Droit.

43- Antoine Tadros, « L'adhésion du cessionnaire des droits sociaux au pacte d'associés. Contrat d'adhésion ou cession de contrat ? », Recueil Dalloz, 2017, p.171.



PAR
AUDE BENEDETTI
EMMANUELLE GILLES DE PELICHY
GROUPE IMMOBILIER

PRATIQUE NOTARIALE ET FACULTÉ DE SUBSTITUTION

La plupart des promesses de vente contiennent une clause dite « de substitution » par laquelle le bénéficiaire peut désigner une (ou plusieurs) autre personne dans le bénéfice de la promesse. Le substitué a alors qualité pour lever l'option dans les termes de la promesse et demander au promettant la réalisation de la vente à son profit.

Par exception, cette transmission de la promesse est interdite lorsqu'il s'agit d'une opération à titre onéreux réalisée par un professionnel de l'immobilier.

La réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, ayant reconnu la faculté pour un contractant de céder sa qualité de partie au contrat sur l'autorisation donnée par avance par le contractant cédé, a suscité l'interrogation suivante : la substitution ne trouverait-elle pas une assise légale dans la nouvelle définition que le Code civil consacre à la cession de contrat ?

Certains auteurs (R. Boffa, JCP N, 2016, 1115 ; G. Chantepie, AJC, oct. 2016) qualifient en effet, depuis ladite ordonnance de 2016, la clause de substitution en une cession contrat, la cession de contrat étant aujourd'hui entendue comme l'opération par laquelle, aux termes du nouvel article 1216 du Code civil, un contractant « cède sa qualité de partie au contrat à un tiers ».

Le Professeur Mekki (JCP N, 2016, n°1071) estime au surplus que « les rédacteurs d'actes auraient probablement tout intérêt, pour éviter toute contestation, de choisir formellement dans leur acte de qualifier la substitution de cession de contrat ».

À l'inverse, le Professeur Charles Gijsbers (Bull. CRIDON du 1^{er} - 15 oct. 2016, n°19-20) considère que « les motifs - juridiques ou politiques - qui ont poussé la Cour de cassation à soustraire les facultés de substitution du champ d'application du formalisme fiscal n'ont aucune raison d'être remis en cause par la consécration légale de la cession de contrat. La définition que l'ordonnance

a retenue de cette institution n'est, en effet, pas différente de l'idée que s'en faisait jusqu'à présent la doctrine majoritaire et la jurisprudence (V. L. Aynès, *La cession de contrat : Dr. et patrimoine* juill.-août 2016, p. 63). Elle ne change donc en rien les termes du débat quant au point de savoir si la faculté de substitution doit être assimilée à une cession au sens de l'article 1589-2 du Code civil. Aussi bien, si la Cour de cassation devait un jour changer d'opinion sur ce sujet, un tel revirement ne pourrait être commandé par la seule circonstance que la cession de contrat reçoit désormais les honneurs d'une définition légale dans le Code civil, cette nouvelle définition ne modifiant en rien les données du problème. »

Ne convient-il donc pas de se rattacher, comme par le passé, à la position de la Cour de cassation ?

En effet, à plusieurs reprises la Haute juridiction a énoncé que (Cass. 3^{ème} civ. 17 avril 1984; Cass. 3^{ème} civ. 13 juillet 1999), « la faculté de substitution n'ayant pas le caractère d'une cession, n'entre pas dans le domaine d'application de l'article 1840-A du Code général des impôts ».

La substitution dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente échappait par conséquent à tout formalisme ainsi qu'à l'obligation d'enregistrement prescrite par l'article 1589-2 du Code civil.

Parallèlement, la Haute juridiction est venue admettre la licéité de la faculté de substitution (Cass civ. 3^{ème}, 7 juillet 1993) dans les promesses synallagmatiques de vente au visa des articles 1113 et 1589 du Code civil : « La faculté de substitution stipulée dans une promesse de vente est sans effet sur le caractère unilatéral ou synallagmatique du contrat et qu'elle avait constaté que l'acte comportait des engagements réciproques ».

Cette position s'explique notamment par la faveur qu'elle connaît dans la pratique.

La jurisprudence a ainsi fait de cette

institution une convention *sui generis*, refusant d'enfermer la faculté de substitution dans un système trop rigide, dans lequel le risque de fraude fiscale nous paraît par ailleurs mineur.

Cette qualification de la substitution en une cession de contrat ferait ainsi supporter aux parties un formalisme supplémentaire, risquant au surplus de fragiliser la fluidité des transactions.

En effet, en considérant que la faculté de substitution doit s'analyser en une cession de contrat telle que définie par le nouvel article 1216 du Code civil, cette cession devra, à peine de nullité, être constatée par écrit.

Par ailleurs, elle tomberait sous le coup du formalisme fiscal codifié désormais à l'article 1589-2 du Code civil aux termes duquel toute cession de promesse unilatérale de vente immobilière qui n'aurait pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous-seing privé enregistré dans les dix jours de sa date est nulle, de nullité absolue.

Cette qualification s'avère par conséquent trop dangereuse pour la pratique notariale. Nous pourrions tout à fait imaginer un promettant de mauvaise foi se prévalant du non-respect du formalisme imposé par l'article 1589-2 du Code civil pour tenter de se désengager de ses obligations aux termes de la promesse et sortir ainsi du contrat, sans indemnité ni sanction.

En conclusion, la consécration légale de la cession de contrat ne doit pas selon nous venir remettre en cause la jurisprudence instaurée par la Cour de cassation et nous devons par conséquent continuer à analyser cette clause de substitution comme une convention *sui generis* née de la pratique notariale afin de préserver la sécurité juridique de nos contrats.

L'EXÉCUTION DU CONTRAT

RISQUES CIRCONSTANCES IMPRÉVISION ONÉREUX SUPPLÉTIF



PAR
ARIANE CLEMENT
ÉTUDIANTE EN MASTER 2 –
DROIT PRIVÉ GÉNÉRAL –
UNIVERSITÉ PARIS II PANTHÉON-
ASSAS



L'IMPRÉVISION EN DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS – UNE RÉVOLUTION DE FAÇADE

Mettant fin à une jurisprudence de 140 ans¹, l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, a consacré la théorie de l'imprévision dans le nouvel article 1195 du Code civil. Désormais, un contrat peut être modifié si son exécution est devenue excessivement onéreuse en raison de la survenance d'un événement que les parties n'avaient pas prévu lors de sa conclusion.

L'imprévision désigne en effet une situation dans laquelle un contrat a été déséquilibré par une circonstance que les parties n'avaient pas prévue au moment de l'échange des consentements.

Dans ce type de situation, la question se pose du maintien du contrat tel que négocié à l'origine par les parties. En effet, en vertu de la théorie de l'imprévision, le contrat devrait être modifié pour supprimer le déséquilibre, et plusieurs arguments vont en ce sens. D'une part, on peut considérer que les parties ont implicitement prévu que le contrat ne vaut que dans les circonstances dans lesquelles il a été conclu. D'autre part, une renégociation peut s'avérer nécessaire du point de vue moral, mais également économique, permettant que le contrat puisse encore être exécuté².

Néanmoins, dans l'arrêt *Canal de Craponne*, la Cour de cassation avait refusé

en 1876 d'accepter cette théorie, faisant primer la force obligatoire du contrat³ et la sécurité juridique sur une éventuelle intervention du juge. Le principe était donc jusqu'à présent que le juge ne pouvait remettre en cause l'exécution et les modalités d'un contrat de droit privé au motif que des circonstances nouvelles avait modifié l'économie générale du contrat et rendu son exécution préjudiciable pour une des parties.

L'introduction de la théorie de l'imprévision en droit civil français a donc été présentée comme une mesure marquante, décrite par le rapport au Président de la République sur l'ordonnance de 2016 comme « l'une des innovations les plus importantes » de la réforme du droit des contrats. Pourtant, en pratique, le droit français n'avait pas attendu la réforme pour prévoir des palliatifs au rejet jurisprudentiel de l'imprévision.

Dès lors, quels sont les véritables enjeux de la consécration de la théorie de l'imprévision dans le Code civil ?

La théorie de l'imprévision n'est en effet pas une nouveauté dans le paysage juridique (I), et sa consécration en droit civil semble ne pouvoir avoir qu'un impact limité (II).

1 – L'IMPRÉVISION, UNE NOUVEAUTÉ RELATIVE

La consécration de la théorie de l'imprévision, si elle est nouvelle en droit civil

1- Cass. Civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*.

2- « Une atteinte à la force obligatoire du contrat » *légitime pour des « raisons de justice ou d'utilité économique »* (MALAURIE et AYNES).

3- Article 1103 Code civil.

français, n'était pas inconnue du droit puisqu'une analyse comparée du droit public et des droits étrangers la faisait déjà apparaître (A). En outre, la pratique avait déjà mis en place des palliatifs compensant le refus jurisprudentiel de l'imprévision (B).

A. ANALYSE COMPARATIVE

Le nouvel article 1195 permet d'aligner le droit français sur les droits étrangers, qui pour la plupart avaient déjà adopté la théorie de l'imprévision en droit des contrats privés.

En effet, l'ordonnance ne cache pas d'avoir été inspirée par plusieurs droits étrangers, et la France était l'un des derniers pays d'Europe à ne pas reconnaître la révision pour imprévision en matière civile. L'hostilité à cette dernière, qui était presque la règle au XIX^{ème} siècle, a en effet été progressivement abandonnée par nos voisins dans un contexte économique où se multipliaient les contrats de longue durée.

Ainsi, en Grande-Bretagne, en Allemagne, en Espagne et en Suisse, la jurisprudence a évolué de façon à admettre la révision des contrats de droit privé pour imprévision, en se fondant sur les notions de bonne foi, de force majeure, de cause ou d'abus de droit. Dans d'autres pays, la consécration de la révision du contrat pour imprévision est due à une intervention du législateur, comme ce fut le cas en Italie, en Grèce, aux Pays-Bas, au Portugal, ou encore en Algérie et au Chili.

Enfin, en droit international public, il est admis qu'un État contractant suspende, refuse d'appliquer ou même se retire d'un traité lorsqu'un changement imprévu de circonstances transforme radicalement l'obligation à laquelle il a consenti, en se fondant sur la clause *rebus sic stantibus* (les choses demeurant en l'état)⁴.

Par ailleurs, l'admission de l'imprévision existait déjà en droit français depuis 1916⁵ dans le cadre des contrats administratifs. En effet, le Conseil d'État avait considéré qu'en présence de circonstances imprévisibles et normalement temporaires, l'administration devait prendre en charge les frais supplémentaires imprévus afin d'assurer

la continuité du service public (mais sans révision formelle du contrat).

Ainsi, l'ordonnance, au-delà de s'inspirer de plusieurs droits étrangers comme elle l'indiquait dans son rapport, permet de rendre plus harmonieux les droits privé et public français des contrats.

L'idée de révision d'un contrat pour imprévision n'apparaît donc pas comme une nouveauté majeure, d'autant plus que son rejet originel avait été compensé par d'autres mécanismes (B).

B. L'EXISTENCE DE PALLIATIFS EN DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS

Pendant longtemps, la doctrine et les juges soutenaient presque unanimement la jurisprudence de la Cour de cassation consistant à refuser d'appliquer la théorie de l'imprévision, considérée comme économiquement dangereuse.

Cependant, s'est progressivement constitué un courant doctrinal réclamant la possibilité de réviser un contrat en cas de circonstances rendant son exécution préjudiciable pour un cocontractant, et la Cour de cassation elle-même a ouvert la brèche vers une évolution.

En effet, se fondant sur la bonne foi, elle a considéré dans plusieurs arrêts qu'un contractant bénéficiaire des circonstances imprévisibles refusant de renégocier le contrat devait être sanctionné⁶. En reconnaissant une obligation de renégocier, même sans intervention du juge, la Haute juridiction avait donc fait un pas vers l'admission de la révision du contrat de droit privé pour imprévision.

En outre, les praticiens n'ont pas attendu la réforme pour créer des palliatifs au refus de l'imprévision et faire face aux évolutions économiques.

Ainsi, la liberté contractuelle a permis la création de plusieurs clauses

“

Les praticiens n'ont pas attendu la réforme pour créer des palliatifs au refus de l'imprévision et faire face aux évolutions économiques.

”

armant les parties contre ce risque d'imprévision économique, telles que les clauses de renégociation, clauses d'adaptation du prix, et les clauses de *hardship* ou de sauvegarde.

Ces différentes appellations recouvrent souvent des clauses très similaires mais visant différentes situations contrac-

tuelles (contrats internationaux, contrats d'affaire, etc.). Dans tous les cas, elles permettent aux parties de prévoir une échappatoire dans le cas où les circonstances économiques au moment de la formation du contrat ont été profondément modifiées, rendant son exécution déséquilibrée pour l'une des parties. En effet, ces clauses prévoient que ce contractant peut alors demander une renégociation du contrat, pour l'adapter au changement imprévisible de circonstances.

Si la stipulation de telles clauses relevait à l'origine du seul choix des parties contractantes, qui devaient anticiper le risque de changement radical de la conjoncture économique, le législateur a récemment fait un pas vers la consécration de la théorie de l'imprévision puisque depuis la loi Hamon du 17 mars 2014, la stipulation d'une telle clause de renégociation en cas de changement de circonstances économiques est obligatoire dans les contrats agroalimentaires entre fournisseurs et distributeurs.

Néanmoins, la multiplication des exceptions au refus de la révision du contrat de droit privé pour imprévision ne suffisait pas à renverser le principe, et le débat demeurait jusqu'en 2016 vivace, comme en témoignent les positions opposées adoptées par l'avant-projet Catala, qui refusait la révision pour imprévision, et par l'avant-projet Terré, qui l'acceptait et fut repris dans la réforme (II).

2 – L'IMPRÉVISION, UNE NOUVEAUTÉ AU CHAMP LIMITÉ EN PRATIQUE

Le nouvel article 1195 du Code civil revient sur la jurisprudence Canal de Craponne, en énonçant que « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie,*

4- Convention de Vienne sur le droit des traités, article 62.

5- Conseil d'État, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux.

6- Cass. Com, 3 novembre 1992, Huard et Cass. Com, 24 novembre 1998, Chevassus-Marche.

réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

Or, ce texte est conditionné par plusieurs exigences et étapes, le rendant en pratique applicable à un nombre réduit de cas (A), d'autant plus que son application pourrait être écartée par la volonté des parties (B). Ainsi, l'imprévision en droit privé français semble promise à un avenir restreint.

A. UNE PROCÉDURE DISSUASIVE

Le nouvel article 1195 du Code civil ne pourra être appliqué que si trois conditions cumulatives sont réunies : un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat, rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse, et sans que la partie touchée par ce changement de circonstances n'ait accepté d'en assumer le risque.

Ces conditions, par leur absence de précision, peuvent laisser penser qu'elles pourront être entendues largement. Ainsi, des changements de circonstances économiques (augmentation des coûts de production par exemple), mais également technologiques (innovations nouvelles) ou juridiques (changement dans la loi) pourraient être pris en compte. La notion d'exécution « excessivement onéreuse » laisse également une large marge d'appréciation au juge : il pourrait s'agir d'une augmentation du coût d'exécution du contrat, mais aussi éventuellement d'une perte de profit liée aux circonstances nouvelles.

Ainsi, si ces éléments peuvent apparaître comme des conditions restrictives à l'application de l'article 1195 du Code civil, elles offrent en réalité un large pouvoir d'appréciation au juge.

Néanmoins, si des situations relevant de l'imprévision pourraient être fréquemment reconnues, la procédure de révision pour imprévision, découpée en différentes phases, risque de n'aboutir que très rarement. En effet, la réforme semble inciter les parties à trouver un accord sans avoir à saisir le juge, puisque le recours au juge est prévu au terme d'une procédure si complexe qu'elle en devient dissuasive.

En premier lieu, la partie affectée par le changement de circonstances doit demander une renégociation du contrat à son cocontractant, tout en continuant à exécuter ses obligations. En cas de refus ou d'échec, les parties peuvent alors d'un commun accord convenir de la résolution du contrat ou demander au juge de l'adapter aux nouvelles circonstances, donc de le modifier. Enfin, si les parties ne parviennent pas à un tel accord, une partie peut demander unilatéralement au juge de réviser le contrat ou d'y mettre fin. Ainsi, l'immixtion du juge à la demande d'une seule partie ne pourra se faire qu'en cas d'échec des mécanismes basés sur l'accord des deux contractants.

Cette procédure semble largement inadaptée à la pratique. Tout d'abord, la deuxième phase consistant à demander au juge de mettre fin ou de modifier le contrat « d'un commun accord » semble d'un intérêt juridique limité. D'une part, les parties peuvent déjà en droit positif demander au juge de modifier leur contrat, en lui conférant la mission de « statuer comme amiable compositeur »⁷. D'autre part, si les parties n'ont pas abouti à un accord dans le cadre de renégociations, on voit mal dans quelles circonstances elles s'accorderaient pour confier la modification du contrat à un juge, perdant tout contrôle de la négociation. On passerait donc directement à la troisième phase de la procédure.

En outre, il semblerait que la troisième phase consistant à demander au juge de modifier le contrat n'aboutisse que très rarement. En effet, la perspective d'une révision judiciaire du contrat, que ce soit décidé d'un commun accord ou par la volonté d'une seule partie, peut convaincre les contractants les plus récalcitrants à trouver un terrain d'entente. En effet, qu'il s'agisse de rompre le contrat ou d'accepter des conditions d'exécution plus défavorables, ce sera sans doute préféré par la partie bénéficiaire du changement de circonstances, afin de garder la maîtrise des négociations, plutôt que d'opter pour la révision judiciaire.

Enfin, dans le cas des contrats à durée indéterminée, chaque partie peut déjà résilier le contrat à tout moment, sous réserve d'un préavis raisonnable⁸, sans passer par cette procédure complexe.

Ainsi, la consécration de la révision pour imprévision semble avoir une portée limitée en raison du long processus mis en place par l'article 1195 du Code civil, qui incite davantage les parties à renégocier et à trouver une solution amiable, comme elles pouvaient déjà souvent le faire, qu'à rechercher l'intervention du juge.

B. UNE PROCÉDURE SUPPLÉTIVE

Le rapport au Président relatif à l'ordonnance de 2016 indique que le nouvel article 1195 aurait une valeur supplétive, pouvant être écarté, étendu, ou aménagé différemment par les parties au contrat (alors que l'imprévision en droit administratif a un caractère d'ordre public). En effet, l'article mentionne comme condition de son application qu'aucune des parties n'ait accepté d'assumer le risque du changement de circonstances. Dès lors, la règle pourrait être écartée par une clause de gestion des risques du contrat entre les parties⁹.

Le recours à de telles clauses est d'autant plus probable que face à un risque de révision judiciaire du contrat au résultat aléatoire, les praticiens et les avocats souhaiteront organiser la révision contractuelle ou l'impossibilité d'une telle révision. Dès lors, ils utiliseront des clauses indiquant par exemple que les surcoûts liés à l'exécution du contrat seront intégralement supportés par un des cocontractants, ou que seuls certains changements de circonstances ou certains seuils d'onérosité permettront de caractériser l'imprévision. Ces clauses permettant d'exclure l'application de l'article 1195 nouveau du Code civil n'auront ainsi même pas à être explicites.

Ainsi, on parviendra à une nouvelle tendance, avec des clauses de gestion du risque remplaçant les clauses de *hardship*, les parties organisant les situations potentielles d'imprévision en indiquant qu'une partie en assumerait les conséquences afin d'éviter la révision du contrat.

Néanmoins, il faudra prendre garde à ce que ces clauses de gestion du risque, per-

7- Article 12 alinéa 4 du Code de procédure civile.

8- Article 1211 du Code civil.

9- Cette position est largement reprise par la doctrine, seul le Professeur Barthélemy Mercadal soutenant que l'article 1195 serait d'ordre public, considérant qu'admettre la supplétabilité de cette règle irait à l'encontre de l'esprit de la réforme qui est de lutter contre les déséquilibres contractuels (« Réforme du droit des contrats », p 169 et s; Éditions Francis Lefebvre).

mettant d'éviter la révision du contrat pour imprévision, ne soient pas jugées comme abusives si elles se trouvent dans un contrat d'adhésion, en application du nouvel article 1171 du Code civil. En effet, si tel est le cas, le juge devra considérer ces clauses de gestion du risque abusives comme étant non écrites, et n'aura d'autre choix que de résilier ou réviser le contrat si les conditions de l'imprévision sont réunies.

CONCLUSION

La révision du contrat pour imprévision

telle qu'adoptée par la réforme de 2016 ne promet donc pas de bouleversement majeur. Tant par la complexité de la procédure que par son caractère supplétif, l'article 1195 pousse avant tout les parties à trouver un accord, en ne donnant un réel pouvoir au juge qu'en dernier recours.

En effet, dans le domaine de l'imprévision, on a pu redouter que la complexité de certains contrats et le manque de temps et de ressources des magistrats entraînent un processus de révision

long et coûteux, nécessitant le recours à des experts et ralentissant le cours des affaires. Ainsi, la réforme limite la place du juge dans ce contrat, et adopte une position transactionnelle à travers l'article 1195 en ne lui donnant la possibilité d'intervenir qu'après plusieurs échecs de négociation.

Néanmoins, cette solution, bien qu'équilibrée, limite l'impact de la réforme s'agissant de l'imprévision, et la révolution annoncée échoue avant même d'avoir pu commencer.



PAR
ARNAUD CATHALA
ANNE DEMAREST
GROUPE IMMOBILIER

LA VENTE EN L'ÉTAT FUTUR D'ACHÈVEMENT ET LA RÉVISION POUR IMPRÉVISION

■ La vente en l'état futur d'achèvement est-elle un terrain propice au développement de la révision pour imprévision ?

Le contrat de vente en l'état futur d'achèvement est un contrat à exécution successive, sur une période à durée déterminée. Cette durée d'exécution peut être relativement longue, il s'agit du temps de la construction de l'immeuble jusqu'à sa livraison. Le prix est déterminé lors de la conclusion de l'acte de vente en état futur d'achèvement. Toutefois, pendant la phase d'exécution des travaux, tant le vendeur que l'acquéreur peuvent faire face à des changements de circonstances imprévisibles.

Pour qu'un des cocontractants puisse demander une renégociation pour imprévision en vertu de l'article 1195 du Code civil, encore faut-il que ces changements de circonstances rendent l'exécution du contrat « *excessivement onéreuse* ». En l'absence de précisions sur la nature de ces circonstances, il faut penser qu'elles pourront être entendues largement. Ainsi, des changements économiques (dévaluation monétaire importante, modification structurelle du marché immobilier...), politiques (guerre, coup d'état...), technologiques, voire juridiques (changement de législation fiscale ou sociale, changement de réglementation ou de normes de construction emportant une hausse du coût de la construction...) pourraient être certainement pris en compte.

À noter que le changement de situation

patrimoniale d'un acquéreur (divorce, décès du conjoint, perte d'emploi...) pendant le délai d'exécution des travaux, s'il peut être imprévisible, ne rend pas pour autant le coût de l'opération excessivement onéreux. Cet événement ne saurait donc être invoqué par un acquéreur à l'appui d'une demande de renégociation de son contrat de vente en état futur d'achèvement.

En revanche, si l'augmentation du prix des matériaux et équipements, prévus au contrat de vente en état futur d'achèvement, est telle qu'elle ne pouvait être envisagée par les parties lors de sa conclusion, est-ce que le promoteur-vendeur pourrait demander une renégociation du contrat pour imprévision ? Il semblerait qu'il n'y ait pas d'obstacle à faire application de l'article 1195 du Code civil à ce cas d'espèce.

L'article 1195 du Code civil semble donc pouvoir s'appliquer au contrat de vente en état futur d'achèvement.

La révision pour imprévision s'exercera toutefois dans la limite des règles impératives du secteur protégé (articles L. 261-1 à L. 261-22 du Code de la construction et de l'habitation pour les immeubles à usage d'habitation ou mixte professionnel et habitation) sur le fondement du nouvel article 1105 du Code civil qui réaffirme *in fine* le principe *specialia generalibus derogant* : « *les règles générales s'appliquent sous*

réserve de ces règles particulières ».

■ Quels sont les risques liés à la mise en œuvre de la révision judiciaire pour imprévision dans les contrats de vente en état futur d'achèvement ?

L'article 1195 du Code civil en son premier alinéa rappelle que les cocontractants peuvent toujours renégocier leur contrat en cours d'exécution. Il s'agit d'une application du principe de la liberté contractuelle. La nouveauté introduite par la réforme du droit des obligations réside dans le second alinéa dudit article.

En effet, depuis le 1^{er} octobre 2016, le juge peut, si l'imprévision est constatée, intervenir sur le fondement de l'article 1195 du Code civil et décider soit de réviser le contrat, soit de le résoudre à la date et aux conditions qu'il fixera. Tous pouvoirs lui sont donnés pour interférer dans les relations des cocontractants qui n'auraient pas réussi à trouver de terrain d'entente dans leurs renégociations. Même si son intervention est prévue en second rang, n'en demeure pas moins qu'il s'agit bel et bien d'une immixtion du juge dans le contrat. Le juge est ainsi érigé en correcteur de la convention des parties. En outre, le juge disposera de la plus grande latitude dans cette mission, puisqu'une fois saisi par l'une des parties d'adapter le contrat, il décidera lui-même de l'opportunité de réviser ou de résoudre celui-ci. Partant, cela pourrait permettre à une partie de se défaire

d'un contrat dont elle ne voudrait plus. Appliquée aux contrats de vente en état futur d'achèvement, la révision ou l'annulation pour imprévision par le juge, pourrait avoir de lourdes conséquences pour l'autre partie qui ne souhaitait pas voir le contrat révisé voire résolu.

Voyant en ce nouvel article 1195 du Code civil une source d'insécurité juridique et une intrusion du juge dans les relations contractuelles, les praticiens ont cherché, avant même l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, à échapper à l'application de cette nouvelle disposition.

■ Est-il possible de renoncer contractuellement à l'application de la révision pour imprévision ?

Le texte de l'article 1195 du Code civil prévoit lui-même son caractère supplétif. La révision du contrat pour imprévision est possible, sauf à ce que l'une des parties ait « accepté d'en assumer

le risque ». L'application de la révision pour imprévision peut donc être évincée contractuellement.

Il faut néanmoins que le praticien reste vigilant dans la rédaction de cette clause

“

Le juge peut, si l'imprévision est constatée, intervenir sur le fondement de l'article 1195 du Code civil et décider soit de réviser le contrat, soit de le résoudre à la date et aux conditions qu'il fixera.

”

de renonciation à l'application des dispositions de l'article 1195 du Code civil. Ainsi, la prise en charge de la totalité des risques liés à l'imprévision par une seule des parties pourrait, dans certains cas (et notamment dans le cadre des contrats d'adhésion), être analysée comme une clause créant un déséquilibre significatif réputée non écrite en vertu de l'article 1171 du Code civil.

La pratique des notaires rédacteurs de contrats de vente en état futur d'achèvement consiste, depuis le 1^{er} octobre 2016, à quasi systématiquement écarter le jeu dudit article pour l'ensemble des parties et ce afin d'éviter, d'une part, la possibilité d'une renégociation du contrat pour

imprévision, mais aussi d'autre part, la possibilité d'intervention du juge à ce titre, qui conduiraient à une insécurité juridique sur le caractère fixe du prix des contrats de vente en état futur d'achèvement.

■ Quels autres aménagements contractuels sont envisageables pour éviter la révision pour imprévision judiciaire ?

Rien n'exclut qu'en pratique les parties à un contrat de vente en état futur d'achèvement entendent contractualiser la possibilité pour chacune d'elles de demander une révision pour imprévision à l'autre, tout en renonçant à l'intervention du juge prévue par l'article 1195 du Code civil *in fine*.

Les dispositions de l'article 1195 du Code civil étant supplétives le rôle du notaire rédacteur de l'acte de vente en état futur d'achèvement est donc primordial. L'attention des parties devra donc être attirée sur l'existence de cet article afin qu'elles puissent l'évoquer entre elles et décider soit d'en écarter son application, soit de l'aménager.



PAR
ESTELLE ARAKALIAN
GROUPE IMMOBILIER

POINT DE VUE PRATIQUE : FAUT-IL TOUJOURS RENONCER À L'IMPRÉVISION ?

Beaucoup l'avaient prédit. Dès le 1^{er} octobre 2016, les clauses d'éviction pure et simple du nouvel article 1195 du Code civil se sont propagées dans les contrats, soulevant à peine quelques discussions, rapidement effacées par la crainte de l'insécurité juridique et de l'immixtion du juge dans la sphère contractuelle. Et cette crainte est telle, qu'il n'est pas rare de les rencontrer dans des contrats à exécution instantanée, dont l'exécution est concomitante à la conclusion, et dans lesquels alors, aucune obligation de part ni d'autre ne survit.

Le caractère supplétif de volonté du texte, quasi-unanimement reconnu par la doctrine et la pratique, a presque fait oublier l'« innovante » révision judiciaire du contrat pour imprévision,

avant même le premier anniversaire de l'ordonnance. L'on pourrait pourtant s'interroger sur le désintérêt manifeste des acteurs de l'immobilier d'entreprise pour ce dispositif, tant les circonstances imprévisibles susceptibles d'affecter un contrat au long cours sont depuis longtemps bien prévues dans leurs contrats. Ainsi en matière de cession de titres sociaux, lorsque le contrat de cession est assorti de conditions suspensives faisant naître une période intermédiaire entre le « *signing* » et le « *closing* », cédant et cessionnaire envisageaient déjà le cas de survenance d'un changement significatif défavorable via la négociation de « *MAC clauses* » (*material adverse change*), le plus souvent battues en brèche par le cédant, arguant de la « *due diligence* » de son cocontractant. En matière de promesse de vente d'immeuble, la situation est analogue. De quelque nature qu'elle

soit, la promesse génère par elle-même une période intermédiaire au cours de laquelle un événement affectant la valorisation de l'immeuble est susceptible de survenir. Or la pratique de l'immobilier d'entreprise s'est majoritairement construite autour d'un principe improprement dit de « transfert des risques » à la date de l'avant-contrat, sous-tendu par l'idée selon laquelle, à l'issue de la période de *due diligence*, le candidat acquéreur a pu apprécier de manière suffisamment précise les risques inhérents à l'objet de son investissement et en tenir compte dans la valorisation qu'il en a faite. L'on imagine pourtant mal comment ces vérifications, aussi approfondies soient-elles, pourraient permettre à un acquéreur de prévoir l'imprévisible. Il n'en demeure pas moins qu'en pratique, l'article 1195 du Code civil n'a pas rebattu les cartes, l'acquéreur acceptant tou-

jours – mais aujourd'hui expressément – d'en assumer le risque.

Même si le *signing* et le *closing* sont concomitants, le contrat de cession de titres sociaux, bien qu'à exécution instantanée, n'en recèle pas moins des obligations qui perdurent *post-closing*. À ce titre, l'indemnité due par le cédant au titre d'une garantie de passif pourrait théoriquement s'avérer « excessivement onéreuse » par suite d'un changement de circonstances imprévisible à la date du *closing*. Parce qu'il s'est précisément agi de traiter de l'aléa, la pratique n'a toutefois pas attendu l'ordonnance du 10 février 2016 pour encadrer les conditions de mise en œuvre d'une telle indemnisation. Limitée dans le temps, plafonnée dans son montant et assortie de nombreux cas d'exclusion, il devient finalement difficile de concevoir les hypothèses dans lesquelles les conditions d'application de l'article 1195 du Code civil seraient réunies. Certains

ont en effet pu considérer que le plafonnement du montant de la garantie rendrait difficile la démonstration d'un caractère « excessivement onéreux ». De surcroît, l'acceptation de l'aléa, inhérent à la garantie de passif, pourrait être considérée comme incluant l'acceptation du risque de l'article 1195 du Code civil ; l'aléa chassant la lésion... mais aussi l'imprévision. Si l'utilité d'une clause d'éviction dans le contrat de cession de titres sociaux n'est pas démontrée, la matière n'a pas échappé aux clauses de style et la pratique majoritaire depuis le 1^{er} octobre 2016 est bien celle de la renonciation pure et simple.

En matière de financements structurés, les établissements bancaires n'ont pas davantage attendu l'introduction de l'imprévision en droit français pour organiser les effets de « circonstances nouvelles » ou de « coûts additionnels » dans les contrats de prêt ou de crédit qu'ils consentent. L'hypothèse visée par ces clauses dites de *hardship* est celle de l'entrée en vigueur, de la modification ou d'un changement dans l'interprétation ou l'application, postérieurement à la conclusion du contrat, d'une loi ou d'une réglementation affectant le secteur bancaire.

Si l'on considère qu'un contrat doit générer un minimum de rentabilité de part et d'autre, il n'apparaît pas anormal qu'un changement de circonstances juri-

diques qui aurait pour effet de réduire la rémunération nette retirée du financement octroyé, la rémunération nette de son capital, un montant exigible au titre du financement accordé ou encore d'engendrer des coûts additionnels, puisse faire l'objet d'un mécanisme correctif au profit du prêteur lésé. Ce mécanisme n'est d'ailleurs pas sans rappeler les premières étapes consensuelles du dispositif graduel de l'article 1195 du Code civil. En pratique, la notification à l'emprunteur de ce changement de circonstances et des coûts additionnels et/ou pertes qui en résultent ouvre une période de concertation entre les parties, dont la durée est fixée par le contrat. Si à l'issue de cette période, aucun accord

“

L'acceptation de l'aléa, inhérent à la garantie de passif, pourrait être considérée comme incluant l'acceptation du risque de l'article 1195 du Code civil .

”

satisfaisant n'a pu être trouvé, l'emprunteur bénéficie d'une option aux termes de laquelle il peut soit décider de prendre intégralement à sa charge ces coûts additionnels et/ou pertes supportés par le prêteur – poursuivant ainsi

l'exécution du contrat – soit décider de mettre fin au contrat, cette résolution déclenchant alors le remboursement anticipé du prêt. Sauf à s'interroger sur la nature véritablement imprévisible d'un changement de législation, les conditions de l'article 1195 du Code civil semblent bien remplies. Pourtant, les financements structurés n'ont pas fait exception à la règle, et dès l'entrée en vigueur de la réforme, les clauses d'éviction pure et simple de l'article 1195 du Code civil ont fleuri.

À la lumière de ces quelques exemples, l'on pourrait se demander pour quelles raisons les acteurs et les conseils ne se sont pas emparés du nouveau dispositif introduit par la réforme. Faisant jusqu'alors appel à des techniques contractuelles largement inspirées du droit anglo-saxon, les praticiens auraient pu vouloir profiter de la consécration législative de l'imprévision en droit des contrats français pour conférer une base légale à leurs stipulations. L'indifférence dont fait l'objet l'article 1195 du Code civil peut apparaître d'autant plus surprenante si l'on considère la latitude dont bénéficient les rédacteurs pour en aménager conventionnellement la mise en œuvre. Dans un domaine où l'art de la clause aurait pu jouer à plein, la pratique majoritaire frôle dangereusement la clause de style en évinçant quasi-systématiquement et sans ménagement

l'article 1195 du Code civil.

Une première raison pourrait tenir au défaut d'utilité du dispositif. Les acteurs de l'immobilier avaient-ils besoin de ce cadre légal pour se prémunir de la survenance d'un aléa susceptible de bouleverser l'économie générale du contrat ? L'appelaient-ils même de leurs vœux ? Force est de constater que non. La défiance naturelle à l'égard de la nouveauté ou le manque de recul de la pratique pourrait encore expliquer que l'imprévision n'a pas (encore ?) trouvé son public. Ne serait-ce alors qu'une question de temps d'adaptation ? Nous ne le pensons pas.

Nonobstant leur grande variété, la majeure partie des clauses de *hardship* connues de l'immobilier d'entreprise a cela de commun que le recours au juge n'en est pas un, et peut-être est-ce là, la principale cause du rejet de l'imprévision. Les analyses textuelles de l'article 1195 du Code civil témoignent des nombreuses questions que pose sa rédaction, tant du point de vue des conditions de l'imprévision que de ses effets et, en creux, du point de vue de la marge de manœuvre dont bénéficie le juge judiciaire.

Alors qu'elle tend aujourd'hui à apparaître comme une clause de style, la neutralisation de l'article 1195 du Code civil serait finalement l'expression d'un véritable choix de politique juridique et la sanction de l'insécurité juridique et judiciaire. Lorsque l'on connaît le degré de complexité que peuvent atteindre certains contrats entre professionnels de l'immobilier, la crainte de l'arbitraire judiciaire s'amplifie. Peut-on raisonnablement penser que le juge aura toutes les cartes en main pour adapter, réviser ou choisir d'anéantir un contrat ? Seroit-il en mesure d'en appréhender l'équilibre économique et de comprendre l'ensemble des paramètres formant son économie ?

Au fond, l'immixtion du juge dans le contrat ne serait-elle pas l'aléa dans le traitement de l'aléa ? La pratique détestant l'incertitude, voilà un risque que les professionnels de l'immobilier n'ont aujourd'hui pas accepté d'assumer.

INEXÉCUTION REDUCTION RÉSOLUTION SANCTIONS NOTIFICATION



PAR
MELCHIOR LAPLANE
ÉTUDIANT EN MASTER 2 –
DROIT PRIVÉ GÉNÉRAL –
UNIVERSITÉ PARIS II PANTHÉON-
ASSAS



LE RENOUVELLEMENT DES SANCTIONS DE L'INEXÉCUTION DU CONTRAT DANS LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS, DU RÉGIME GÉNÉRAL DES OBLIGATIONS ET DE LA PREUVE

La réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 porte en elle une conception nouvelle du contrat. Le code de 1804 avait forgé les règles du droit commun des contrats en prenant pour modèle le contrat de vente, lequel s'exécute instantanément pour réaliser une opération ponctuelle. La réforme abandonne cette référence : elle prend davantage en compte le lien que le contrat crée entre les parties et sur lequel peuvent se nouer des relations de coopération s'inscrivant dans la durée.

Cette évolution se fait particulièrement ressentir dans les dispositions de la section 5 (« l'inexécution du contrat ») du chapitre 4 (« les effets du contrat ») du Code civil. **Les nouveaux articles 1217 à 1231-7** offrent au contractant, victime de l'inexécution de son débiteur, des prérogatives destinées à remédier à cette défaillance.

Le créancier dispose alors d'un certain nombre de prérogatives qui ne sont pas uniquement destinées à sanctionner le débiteur ou à mettre fin à leur accord. La réforme lui propose en effet une variété de moyens propres à sauver ce lien contractuel et préserver les relations nouées.

La section 5, empreinte de tradition – les solutions du code de 1804 sont reprises – et de modernité – les innovations de la

pratique et de la jurisprudence sont codifiées – représente à elle seule l'idéologie de la réforme de 2016. Elle cherche à établir un équilibre entre deux objectifs : l'attractivité économique et la justice contractuelle. Dès lors, si la nouvelle section promeut le renforcement de l'efficacité des sanctions, au bénéfice du créancier (I), elle défend une certaine justice contractuelle au bénéfice du débiteur (II).

1 – LE RENFORCEMENT DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE DES SANCTIONS AU BÉNÉFICE DU CRÉANCIER

Poursuivant l'objectif d'attractivité économique qu'ils se sont fixé, les rédacteurs de la réforme ont pensé cette section pour protéger les intérêts du créancier. L'anaphore « le créancier peut » et sa variante « une partie peut » (art. 1219 à 1223 et 1226) est à ce titre significative : le créancier se voit offrir une liberté d'action unilatérale et une pluralité d'option sans commune mesure. Il s'agit de le protéger non seulement contre l'inexécution de son débiteur (qui ne peut lui offrir ce pour quoi il a contracté) et contre la négligence voire

le comportement dangereux de son débiteur.

Pour ce faire, la réforme lui accorde des moyens unilatéraux de préservation de son lien contractuel (A) et des moyens unilatéraux d'anéantissement du contrat (B).

A. LA PRÉSERVATION DU LIEN CONTRACTUEL

Les rédacteurs de l'ordonnance sont convaincus qu'il faut donner au créancier tous les moyens de sauver le contrat lorsque cela est juridiquement possible et économiquement souhaitable.

Pour ce faire, deux sortes de prérogatives sont reconnues au créancier.

Tout d'abord, celles qui permettent d'anticiper l'inexécution du débiteur. C'est l'objectif poursuivi par l'article 1220 qui introduit en droit français l'exception pour risque d'inexécution. Ainsi, une partie dont la prestation est en cours d'exécution peut suspendre celle-ci, si

elle estime qu'il existe un risque manifeste d'inexécution du débiteur ayant pour lui des conséquences graves.

Le créancier suspendra donc l'exécution de sa propre prestation alors même que

“
Les rédacteurs de l'ordonnance
sont convaincus qu'il faut donner
au créancier tous les moyens
de sauver le contrat.
”

le débiteur n'est pas encore défaillant et qu'il n'a subi aucun préjudice. Cet article lui confère donc un moyen d'une part de se prémunir contre d'éventuelles pertes en suspendant l'exécution de sa propre obligation, et d'autre part de garantir l'exécution de sa créance en exerçant un moyen de pression sur son débiteur.

Ensuite, celles qui permettent de maintenir le contrat malgré l'inexécution, la survie de la convention étant économiquement préférable à son sacrifice. On suivra alors la distinction faite par un auteur, qui distingue deux types de prérogatives selon leurs effets sur le contrat¹. Le créancier peut d'abord s'assurer de l'exécution du contrat selon les termes initiaux de celui-ci. Deux moyens sont à sa disposition.

La première mesure, l'exception d'inexécution, reprend à l'article 1219 une jurisprudence classique et constante². Elle est soumise à l'exigence d'une inexécution « suffisamment grave » du débiteur, que le créancier devra apprécier seul.

La seconde mesure, l'exécution forcée, reprend la jurisprudence de la Cour de cassation qui fait de l'exécution en nature des obligations de faire et de ne pas faire un principe, renversant la lettre de l'ancien article 1142. Bien que la décision soit unilatérale et extra-judiciaire, soumise à une seule mise en demeure, si le débiteur ne s'est pas exécuté spontanément il est difficile d'imaginer qu'il s'exécutera du seul fait de la mise en demeure. Le recours à un juge s'imposera certainement.

Cette mesure est certainement la plus à même de répondre aux intérêts du créancier, car elle est la seule qui garantisse efficacement la réalisation du contrat.

Mais si la défaillance du débiteur est telle que le créancier n'a économiquement pas intérêt à rester prisonnier des termes de ce contrat, il dispose également de moyens permettant de poursuivre l'exécution du contrat en modifiant ses termes initiaux.

D'une part en effet, l'article 1223 lui offre la possibilité d'« accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix ». L'article distingue la procédure de réduction du prix selon que le créancier a déjà payé le débiteur - auquel cas une mise en demeure du débiteur sera nécessaire - ou non - une simple notification suffi-

ra. Le créancier aura toute latitude pour apprécier le caractère imparfait de l'exécution par son débiteur et le montant de la réduction.

Cette prérogative est particulièrement profitable au créancier puisqu'il pourra quitter le contrat plus rapidement et utiliser l'argent qu'il n'a finalement pas versé au débiteur pour conclure un nouveau contrat

D'autre part, l'article 1222 offre au créancier une prérogative de remplacement unilatéral. À la décision du créancier, la prestation du débiteur pourra être exécutée en nature par un tiers, et en équivalent par le débiteur tenu de rembourser le créancier qui a avancé les fonds. Sur le fond, cette mesure reprend l'ancien droit. Sur la forme cependant, au juge est substitué la volonté unilatérale des parties sous la seule condition d'une mise en demeure et d'un remplacement dans un délai et coût raisonnables.

L'ensemble de ces mesures permet donc au créancier d'obtenir, « coûte que coûte », ce pour quoi il s'était engagé contractuellement.

Ce maintien du contrat trouve néanmoins sa limite dans l'obstination du débiteur. Ainsi, par exemple, le créancier qui a déjà payé et sollicite une réduction du prix devra recourir au juge si le débiteur refuse de restituer une partie des sommes. Le recours à un juge peut devenir rapidement incontournable et toute volonté de maintien du contrat idéaliste. C'est la raison pour laquelle l'ordonnance facilite également la rupture du contrat.

B. LA RUPTURE DU LIEN CONTRACTUEL

Lorsque le créancier n'a plus d'intérêt à rester lié avec le débiteur, il peut mettre fin au contrat par résolution.

La réforme a fait entrer dans le Code civil de nouveaux procédés de résolution du contrat. En effet, l'article 1224 expose : « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ». Bien qu'il n'y ait guère de hiérarchie entre les 3 formes de résolutions, il est

assez symbolique que la résolution judiciaire, seule solution envisagée en 1804, soit envisagée en dernière place et de manière presque subsidiaire (article 1227 : « La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice »).

Ce développement dans le Code civil des procédures de résolution participe de la logique générale d'efficacité économique. Comme le démontre M. Génicon³, la résolution permet de libérer les parties d'un contrat devenu inutile et encombrant une fois l'opération économique échouée.

Parmi les 3 formes de résolutions, la résolution par notification (art. 1226) reprend, sans innover, une jurisprudence devenue classique (arrêt « Tocqueville », 1^{ère} civ., 13 oct. 1998) qui s'inscrit dans une perspective d'efficacité économique.

Plutôt que d'attendre une décision judiciaire dont elle ne connaît pas la portée, la victime de l'inexécution peut quitter le contrat en le notifiant au débiteur,

après mise en demeure (sauf urgence) et à condition que le débiteur ait commis une inexécution « suffisamment grave ». Cela lui permet de faire face à toute situation d'urgence qui mettrait en péril immédiat ses intérêts. Même en

l'absence d'un tel péril, la résolution par notification permet au créancier de quitter suffisamment rapidement le contrat pour pouvoir envisager la même opération contractuelle avec un tiers.

La seule ombre au tableau résulte du caractère supplétif qui pourrait être reconnu à la résolution par notification, dans la droite lignée de la solution jurisprudentielle antérieure relative à la résolution judiciaire. Mais une telle clause pourrait se révéler dangereuse, car en l'absence de clause résolutoire, elle condamne les parties à n'obtenir de résolution que par la voie judiciaire, soumettant la poursuite de la relation contractuelle à la longueur et l'aléa d'une décision judiciaire.

L'ensemble de ces mesures offre au créancier une pluralité d'option et une souplesse dans son choix qui permettent

1- H. Lécuyer, « L'inexécution du contrat », CCC 2016, n°5, dossier 7.

2- Voir notamment : Soc., 31 mai 1956, Bull. civ. IV, n°503 ; Com. 1^{er} déc. 1992 Bull. civ. IV, n°392.

3- T. Génicon, « La résolution du contrat pour inexécution », th.2007, pref. L. Leveneur, LGDJ, n° 210.

de limiter les pertes qu'il a subies ou pourrait subir du fait de l'inexécution de son débiteur.

2 – LE RENFORCEMENT DE LA JUSTICE CONTRACTUELLE DES SANCTIONS AU BÉNÉFICE DU DÉBITEUR

L'unilatéralisme consacré par la réforme détonne, en ce qu'il rompt avec la tradition juridique française du *mutuus consensus*. Reconnaître de tels pouvoirs au créancier, c'est risquer de placer le débiteur dans une situation de précarité, à la dépendance du créancier. D'autant plus que le juge n'intervenant qu'a posteriori pour contrôler l'usage qui est fait de ces prérogatives, c'est sur le débiteur que pèse un double fardeau : celui de l'initiative d'une action en justice et celui de la charge de la preuve.

Pour aménager la dureté de la situation dans laquelle est placée le débiteur et éviter qu'il ne soit victime d'un créancier qui prendrait prétexte de la moindre inexécution, même vénielle, pour sortir du contrat ou aménager celui-ci, l'ordonnance a maintenu l'exigence d'un contrôle judiciaire dans certains cas. En effet lorsque les conséquences d'une prérogative sont importantes, le juge doit donner son accord. C'est le cas du remplacement unilatéral du débiteur par un tiers lorsque celui-ci doit détruire ce qui a été imparfaitement fait par le débiteur, ou encore pour forcer le débiteur à avancer les fonds.

Du reste, l'ordonnance a donné au débiteur les moyens de contrôler la régularité des prérogatives mises en œuvre par le créancier en exposant clairement les conditions procédurales (A) et substantielles (B) de chacune d'entre elles. Il pourra alors utilement agir en justice.

A. LES EXIGENCES PROCÉDURALES

Contrepartie à l'absence de contrôle judiciaire a priori et de l'unilatéralisme de ces mesures, le créancier ne pourra agir qu'en respectant un certain nombre de conditions de forme. Celle-ci ont pour objectifs de l'informer afin de lui laisser une dernière possibilité de s'exécuter.

Pour cela, la principale condition est la mise en demeure du débiteur. Elle est exigée pour l'exécution forcée, la réduction du prix lorsque le créancier a déjà payé, la résolution unilatérale ou par le jeu d'une clause résolutoire. La réforme a renforcé cette condition en l'exigeant dans des situations où elle n'était auparavant pas jugée nécessaire (ex : la résolution par notification).

La mise en demeure reste une garantie essentielle pour permettre au débiteur de s'exécuter et régulariser sa situation quand la défaillance n'est pas irrémédiable. Par ailleurs, elle permet d'éviter tout risque de double exécution, c'est-à-dire d'éviter au créancier de demander à un tiers d'exécuter la prestation du débiteur sans en avoir informé préalablement celui-ci.

À défaut de mise en demeure, la réforme exige une notification pour l'exception pour risque d'inexécution, la réduction du prix lorsque le créancier n'a pas encore payé le prix et, encore, pour la résolution unilatérale.

La violation d'une de ces conditions sera sanctionnée par l'inefficacité de la prérogative mise en œuvre par le créancier au détriment des droits du débiteur.

Par ailleurs, les parties sont libres d'aménager par des clauses librement convenues la mise en œuvre de ces sanctions. Cela se déduit de l'absence de disposition expressément impérative dans la section 5 ainsi que du principe de suppléativité proposé par les rédacteurs du rapport au Président de la République. Les parties pourront ainsi prévoir des clauses de renonciation à la résolution, soumettre l'exécution forcée à la réalisation d'une condition voire, comme dans les promesses unilatérales, écarter le recours à l'exécution forcée, aménager la procédure de réduction du prix, etc. Néanmoins, l'ensemble de ces clauses restent soumises au contrôle du juge qui va veiller au respect des droits du débiteur. Ainsi, si le contrat est qualifié de contrat d'adhésion, toute asymétrie dans de telles clauses risque d'être qualifiée de clause abusive par le juge (art. 1171). Le juge peut sanctionner par ailleurs, quelle que soit la qualification du contrat, toute clause qui priverait l'obligation essentielle de sa substance (article 1170).

B. LES EXIGENCES SUBSTANTIELLES

Chaque prérogative est également soumise à des conditions de fond dont le créancier doit apprécier la réunion avant d'agir.

D'un point de vue particulier d'abord, l'exception pour risque d'inexécution est subordonnée à un risque « manifeste » d'inexécution dont les conséquences sont « suffisamment graves ». L'exception d'inexécution est soumise quant à elle à la preuve d'une inexécution « suffisamment grave ».

Quant à l'exécution forcée, si elle n'est

soumise à aucune condition de fond elle ne pourra pas être demandée systématiquement.

D'une part elle ne pourra être ordonnée si elle est juridiquement ou matériellement impossible, ce qui reprend la jurisprudence classique qui interdit l'exécution forcée des obligations éminemment personnelles.

D'autre part, elle ne pourra être mise en œuvre « *s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* ». Ce contrôle de proportionnalité est l'une des principales innovations de la réforme, la jurisprudence antérieure à l'ordonnance refusant de manière constante un tel contrôle (v. par ex., 3^{ème} civ., 16 juin 2015, n°14-14.612). Il ne s'agira pas pour le juge de refuser cette sanction du seul fait qu'il en existe une autre, moins onéreuse et tout aussi utile. Le juge devra plutôt procéder à une balance des intérêts du créancier et du débiteur et décider de l'opportunité d'une telle décision. Il dispose alors d'une grande marge de manœuvre qui plonge le créancier dans une certaine insécurité juridique. Cette condition apparaît d'autant plus étonnante qu'en régulant ainsi les sanctions voulues par le créancier, le juge pourra limiter le droit du créancier à obtenir la satisfaction de l'engagement du débiteur, en dépit du principe de la force obligatoire. La condition a néanmoins l'avantage de protéger le débiteur contre les abus dont il pourrait faire l'objet, s'inscrivant toujours plus dans cette logique de justice contractuelle.

Enfin, la résolution par notification comme la résolution judiciaire sont également soumises à la condition d'une inexécution « suffisamment grave » de la part du débiteur (art. 1224). Si cette condition était connue de la résolution judiciaire, elle est nouvelle pour la résolution par notification qui dépendait de la gravité du comportement du débiteur.

Par ailleurs, la résolution par notification se fera « *aux risques et périls* » du créancier. L'article 1226 ne donne pas plus d'indication et, surtout, ne précise pas la sanction. Si le débiteur parvient à démontrer que l'inexécution qui lui est imputable n'était pas suffisamment grave pour justifier une telle résolution, deux solutions sont possibles. Il est certain qu'il pourra obtenir du juge une condamnation du créancier à lui verser des dommages-intérêts. Il est en outre probable qu'il pourra obtenir du juge la poursuite ou la reprise forcée du contrat : le débiteur qui subit une

résolution injustifiée ne devrait pas être privé de son droit à l'exécution forcée du contrat.

On voit donc que la procédure de résolution par notification, si elle est économiquement intéressante pour le créancier, doit être respectueuse des droits du débiteur. Il pourra être alors plus intéressant de prévoir *ab initio* une clause résolutoire.

Si la clause est licite, le juge s'assurera de la bonne foi du créancier dans sa mise en œuvre. Bien que le texte ne l'énonce pas expressément, la poursuite de cette ju-

risprudence constante ne semble guère faire de doute.

En conclusion, on voit à quel point cette section du Code est marquée par la volonté des rédacteurs de l'ordonnance d'établir un équilibre entre deux objectifs : attractivité du modèle français et défense d'une justice contractuelle. Pour parvenir au premier objectif sans sacrifier le second, elle fait alors du juge une pièce maîtresse de la phase « post-contractuelle ».

Opérant la transition d'un juge réparateur vers un juge régulateur, l'ordon-

nance déplace le temps du contentieux. Elle multiplie les prérogatives unilatérales au bénéfice du créancier, ce qui, mécaniquement, retarde l'intervention du juge : son contrôle se fera principalement a posteriori. L'intervention du juge devient éventuelle, gain de temps et d'efficacité considérable pour le créancier.

Pour autant, l'aléa de la décision judiciaire n'est pas supprimé et chaque partie se voit offrir des possibilités de contestation, incitant le créancier à une certaine modération conciliant ses intérêts et ceux de son débiteur.



PAR
ANGÉLIQUE BONNEAU
ARTHUR SAVARY
DE BEAUREGARD
GROUPE IMMOBILIER

LE RENOUVELLEMENT DES SANCTIONS DE L'INEXÉCUTION : LE CAS PRATIQUE DES VEFA

Pour faciliter la lecture du Code civil, nous constatons que le législateur a engagé, aux termes de la réforme du droit des contrats, un regroupement de l'ensemble des règles applicables à l'inexécution du contrat sous une unique section, permettant d'identifier ainsi plus facilement les règles applicables à une telle situation.

Vraisemblablement guidées par la volonté de désengorger les tribunaux, les nouvelles dispositions légales mettent en exergue le principe de consensualisme au moment de la conclusion du contrat. Elles consacrent ainsi le pouvoir unilatéral du créancier en cas d'inexécution du contrat, pouvant potentiellement conduire à la rupture du lien contractuel de manière assez brutale.

Dans la mesure où les articles 1217 à 1231-7 du Code civil ont vocation à s'appliquer en grande partie aux contrats qui s'exécutent de manière échelonnée, les ventes d'immeuble à construire sont directement concernées en pratique. Pour illustrer notre analyse, nous vous proposons de faire un focus particulier sur l'application de ces textes à la vente en l'état futur d'achèvement hors secteur protégé (VEFA).

Les prérogatives désormais offertes au créancier en vue de sanctionner l'inexécution contractuelle de son débiteur

s'étendent à l'exception d'inexécution, à l'exécution forcée en nature, à la réduction de prix et surtout à la résolution unilatérale. Ces différentes actions invitent les parties à une négociation préalable sur les pouvoirs reconnus à chacune d'entre elles dans l'hypothèse d'une exécution imparfaite du contrat.

À noter qu'en fonction de la nature de l'obligation contractuelle, l'identité du créancier peut varier s'agissant de contrat synallagmatique. Par exemple, dans le cadre de la VEFA, le vendeur est créancier de l'obligation de paiement du prix à terme dont l'acquéreur est débiteur, tandis que l'acquéreur est créancier de l'obligation d'exécution des travaux dont le vendeur est débiteur.

■ L'exception d'inexécution

Pour tous les contrats renfermant des obligations réciproques entre les parties, le régime de l'exception d'inexécution, tel qu'il est consacré par les articles 1219 et 1220 du Code civil, offre la possibilité à l'une des parties de ne pas exécuter son obligation si l'inexécution de son cocontractant est « *suffisamment grave* » pour elle, ou s'« *il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance* » et à nouveau que « *les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle* ».

Même s'il semble louable de laisser la possibilité aux parties de résoudre di-

rectement entre elles une inexécution contractuelle, nous pouvons d'ores et déjà percevoir le risque d'une appréciation subjective de la situation induit par un tel pouvoir unilatéral. En effet, à défaut de critères légaux, un débat pourrait s'ouvrir entre les parties sur ce qui caractérise la gravité des conséquences de l'inexécution et/ou sur ce qui pourrait rendre manifeste une telle inexécution. En cas de désaccord entre les parties, la controverse finira probablement par être portée devant le juge, habituel garde-fou.

En pratique, pour poursuivre sur l'exemple de la VEFA, le promoteur pourrait, si bon lui semble, interrompre le chantier, s'il estime qu'il est manifeste que l'acquéreur ne réglera pas les échéances de prix restantes, compte-tenu des difficultés financières que ce dernier pourrait rencontrer. Une telle application du Code civil serait évidemment cataclysmique.

■ Exécution forcée en nature

À noter qu'une difficulté d'interprétation pourrait également naître en cas de recours à l'exécution forcée en nature, prévue par les articles 1221 et 1222 du Code civil, lorsqu'« *il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* ». Cet ajout de la réforme, par rapport à la jurisprudence, pourrait

conduire à l'excès à des comptes d'apothicaire.

En pratique, en VEFA, le sujet est régulièrement abordé s'agissant des certifications environnementales. Pour répondre aux exigences du marché immobilier actuel, elles sont devenues incontournables pour tout investisseur qui souhaite garantir la valorisation d'un immeuble, tandis qu'elles peuvent conduire le promoteur à revoir la conception de son immeuble et entraîner un surcoût important, si elles n'ont pas été envisagées en amont du projet. Pour poursuivre la relation contractuelle, les parties devront alors s'entendre sur les conséquences d'une telle évolution au regard du budget et du calendrier de l'opération.

À défaut de recul en la matière, la pratique actuelle semble tendre vers une renonciation conventionnelle à l'application de ces mesures légales supplétives de la volonté des parties.

Bien sûr, le principe de l'exécution forcée en nature, déjà entériné par la jurisprudence, reste maintenu. En pratique, il peut notamment être stipulé aux termes de la VEFA sous la forme d'une clause permettant à l'acquéreur *in fine* de faire réaliser lui-même les travaux de levée des réserves sans avoir à régler l'échéance de prix prévue en contrepartie.

Dans certaines hypothèses à définir conventionnellement, les parties pourront néanmoins trouver un intérêt à appliquer ces mesures légales pour pallier la lenteur judiciaire. Nous conseillons alors d'encadrer, aux termes du contrat, les conditions de mise en œuvre de telles actions unilatérales pour assurer leur efficacité. Des critères pourront alors être indiqués pour caractériser la gravité de l'inexécution et/ou prouver son caractère manifeste. Un formalisme adapté au besoin des parties pourra être mis en place pour justifier de la mise en demeure préalable à l'exercice de l'action. Pour éviter aux parties de vivre avec une épée de Damoclès au-dessus de leurs têtes, il pourra être préférable de limiter dans le temps les effets de ce mécanisme contractuel et de le stipuler *intuitu personae* si nécessaire.

■ Action en réduction du prix

S'agissant de l'action unilatérale en réduction du prix après acceptation d'une inexécution contractuelle imparfaite énoncée à l'article 1223 du Code civil, l'intérêt de ce dispositif général semble limité compte tenu des dispositifs parti-

culiers d'ores et déjà applicables en matière de vente immobilière, notamment :

- l'action estimatoire, prévue par l'article 1644 du Code civil, bénéficiant à l'acquéreur en l'absence de certains diagnostics techniques immobiliers (plomb, amiante, etc.), au titre de la garantie des vices cachés,

- ou encore l'action en diminution du prix, prévue par l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965, bénéficiant à l'acquéreur d'un lot de copropriété dont la « surface Carrez » serait inférieure de plus de 5% à celle qu'il aurait faite mesurée dans l'année de la vente, dans le cadre de la garantie de la superficie privative,

Dans ce contexte, la pratique actuelle semble écarter conventionnellement cette action unilatérale en réduction du prix. À nouveau, rien n'exclut la possibilité pour les parties d'aménager conventionnellement ce mécanisme légal supplétif pour tenir compte des enjeux spécifiques de leur opération.

■ Résolution unilatérale

Par ailleurs, la faculté de résolution unilatérale du contrat est désormais consacrée par l'article 1226 du Code civil, aux « risques et périls » du créancier, et après mise en demeure préalable du débiteur de l'obligation « sauf urgence ». Cette action unilatérale est limitée, de nouveau, au cas d'une « *inexécution suffisamment grave* » par l'article 1224 du Code civil.

Par comparaison avec l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature ou la réduction du prix, la procédure de résolution unilatérale est davantage encadrée par le texte qui prévoit que : « *Sauf urgence, [le créancier] doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution* ».

Le caractère supplétif de ce dispositif légal présente l'avantage de permettre aux parties :

- soit d'y renoncer s'il n'est pas jugé utile compte tenu des 2 modes de résolution déjà bien utilisés en pratique : la clause

résolutoire et/ou l'action judiciaire ;

- soit de le conserver et de pouvoir l'aménager conventionnellement en fonction des besoins des parties, pour éviter le recours au juge. Dans cette hypothèse, il semble préférable (I) de limiter la mise en œuvre de cette action résolutoire unilatérale à des circonstances précises notamment pour qualifier la gravité de l'inexécution, (II) de prévoir un formalisme particulier, et (III) d'encadrer son exercice dans le temps en envisageant le cas échéant la situation d'urgence.

Suivant cette approche, il s'agirait ni plus ni moins d'une clause résolutoire, si bien que la pratique actuelle semble exclure purement et simplement la faculté de résolution unilatérale, en faveur des mécanismes habituels de clause résolutoire et/ou action judiciaire.

Pour illustrer cette pratique en matière de VEFA, il est d'usage pour le vendeur de se réserver, d'une part, le privilège de vendeur prévu par l'article 2374-1 du Code civil (avec dispense d'inscription selon les cas), et d'autre part, l'action résolutoire (judiciaire) prévue par l'article 1654 du Code civil, pour sûreté de la partie du prix stipulée payable à terme, et à défaut de remise d'une garantie de paiement à première demande par l'acquéreur.

En complément, et en fonction des négociations entre les parties, il n'est pas rare de voir stipulée une clause résolutoire, applicable de plein droit, à défaut de paiement par l'acquéreur, à son exacte échéance, d'une somme quelconque formant partie du prix de la vente, si bon semble au vendeur. D'ordinaire, ce type de clause prévoit l'établissement d'un commandement de payer resté infructueux pendant un certain délai, délivré par acte extrajudiciaire au domicile élu par l'acquéreur, et indiquant l'intention du vendeur de se prévaloir de ladite clause.

De plus, pour permettre aux parties de se soustraire à l'action judiciaire, il est en général prévu dans la VEFA, le recours à un expert, désigné d'un commun accord entre les parties ou à défaut par le président du Tribunal de Grande Instance, afin d'arbitrer les sujets habituels de discordance entre elles (achèvement des travaux, réserves, etc.).

En conclusion, préalablement à la signature de tout contrat à exécution successive (VEFA, baux, etc.), nous invitons les parties à analyser l'opportunité d'appli-

quer ces nouvelles dispositions légales, et à les compléter le cas échéant en fonction de leurs besoins.

L'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats rend d'autant plus primordial le rôle de conseil du notaire, car il lui appartient d'avertir son client sur les risques inhérents à l'application

de ces nouveaux textes, et de l'accompagner dans l'élaboration d'aménagements conventionnels adaptés aux particularités de son opération.

Par conséquent, il est utile d'insister sur l'absence de caractère d'ordre public des dispositions de la section 5 du chapitre 4 du Code civil portant sur l'inexécution

du contrat. De cette manière, la réforme du droit des contrats renforce la liberté contractuelle. Le créancier insatisfait pourra ainsi agir, sans l'intervention du juge, dans le respect d'une procédure définie en amont entre les parties, ce qui permettra d'éviter une remise en cause du lien contractuel sur le fondement d'une appréciation trop subjective.

TIERS OPPOSABILITÉ VIOLATION EFFET RELATIF RESPONSABILITÉ



PAR
CLAUDIA DE OLIVIERA
ÉTUDIANTE EN MASTER 2 –
DROIT PRIVÉ GÉNÉRAL –
UNIVERSITÉ PARIS II PANTHÉON-
ASSAS



LE TIERS COMPLICE DE LA VIOLATION DU CONTRAT « CHOSE DÉFENDUE, CHOSE DÉSIRÉE ».

Le fait pour un tiers de ne pas s'abstenir de tout comportement qui pourrait faire obstacle à l'exécution des prestations issues d'un contrat est une chose défendue. Le contrat est la chose des parties, de sorte que les effets obligatoires du contrat ne concernent que les parties qui y ont consenti. À cet égard, l'adage « *Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest* » est clair, la chose convenue entre les uns ne peut ni nuire ni profiter aux autres. L'ancien article 1165 du Code civil en était imprégné puisqu'il affirmait que « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans les cas prévus par l'article 1121* ». La double négation issue de l'adage était donc retrouvée. BIGOT-PREAMENEU considé-

rait ce principe, procédant de l'autonomie de la volonté, comme une évidence. Ainsi, depuis 1804, le principe de l'effet relatif du contrat à l'égard des tiers est un principe rayonnant en Droit français. Il figure à l'article 1199 nouveau du Code civil¹ et rares sont les États qui ont souhaité l'inscrire dans leurs codes. Pourtant, le principe de l'effet relatif du contrat a souffert de plus en plus d'exceptions à tel point que la Cour de cassation a fait allusion à un « *principe d'opposabilité du contrat aux tiers* ». Le contrat, a priori inaccessible aux tiers est toutefois opposable aux tiers et par les tiers. La doctrine du XX^{ème} siècle avait donc proposé de privilégier la théorie de la « socialisation » du contrat à l'approche individualiste du contrat. Le contrat est un fait social. Il s'impose aux tiers. Effectivement, à défaut d'oppos-

1- « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV ».

bilité, il pourrait être privé d'efficacité. Le Droit français se serait donc attaché à affirmer un principe afin de lui poser des exceptions. Il suffit de lire le nouvel article 1200 du Code civil pour s'en assurer, lequel dispose que « *les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat* ». Si les tiers ne pouvaient pas s'immiscer dans la situation juridique née du contrat, ils y ont été tentés. Ainsi, cette chose défendue s'est révélée une chose désirée : le tiers s'est rendu complice de la violation du contrat. Pour appréhender cette hypothèse, encore faut-il se demander qui est le tiers ou du moins ce qu'il n'est pas.

Le tiers n'est pas une partie. Non seulement il n'a pas pris part au contrat mais il n'a pas non plus été représenté. Le tiers complice de la violation d'un contrat ne peut pas être un tiers de connivence, lequel ne viole pas le contrat mais commet un dol. Il faut donc entendre par tiers, le *penitus extranei*, le tiers absolu au contrat. Certains auteurs regrettent toutefois l'absence de définition du tiers, par les rédacteurs de l'ordonnance. Cependant, le Code civil français n'a pas vocation à devenir un dictionnaire juridique.

Si le tiers est complice, cela signifie que l'inexécution du contrat est étroitement liée à l'une des parties. Le sens étymologique du mot complicité conforte cette idée dans la mesure où complicité signifie « *allié étroitement* »². Souvent, le tiers s'allie à l'une des parties pour violer le contrat tandis que l'autre partie, victime, subit un préjudice. C'est pourquoi, dans sa thèse, en 1910, Hugueney empruntait la complicité en matière pénale pour la transposer en matière civile. La complicité est teintée d'un reflet. De sorte que la responsabilité du tiers n'est pas suffisante pour qu'il se rende complice : le débiteur de l'obligation doit aussi être responsable de la violation du contrat. L'un et l'autre contribuent donc à la violation du contrat. De plus, étudier la violation du contrat revient à exclure nécessairement les cas d'inexécution du contrat du fait de l'imprévisibilité ou l'irrésistibilité.

La jurisprudence est relativement abondante dans la matière et elle mérite d'être étudiée. Les contours de la complicité du tiers demeurent nébuleux. En effet, à cet égard, la réforme du droit des contrats, du régime général et de la

preuve des obligations issue de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 est d'un clair-obscur regrettable. Certes, elle clarifie le droit positif mais il demeure des zones d'ombre. D'une part, à quelles conditions le tiers engage-t-il sa responsabilité ? La jurisprudence exigeait souvent une condition : la simple connaissance du contrat par le tiers. Pour respecter un contrat, encore faut-il savoir qu'il existe. Toutefois, il n'est pas saugrenu de se demander pourquoi le nouvel article 1200 du Code civil ne mentionne pas cette condition. D'autre part, le tiers complice de la violation du contrat engage-t-il sa responsabilité délictuelle ou contractuelle à l'égard du cocontractant victime de l'inexécution du contrat ?

Dès lors, quelles sont les incidences de la réforme en matière de complicité du tiers de la violation du contrat ? À la lumière de la réforme, il n'en demeure pas moins que la complicité reste nébuleuse (I). La réforme passe les conditions de la complicité du tiers sous silence. Toutefois, si la jurisprudence sanctionnait déjà la complicité du tiers à la violation du contrat, la réforme l'approuve : la complicité du tiers à la violation du contrat est défendue (II) et l'article 1200 du Code civil sera son nouveau fondement.

1 - UNE COMPLICITÉ NÉBULEUSE

Retenir la complicité du tiers à la violation du contrat c'est admettre que le contrat est opposable aux tiers. Or l'ordonnance du 10 février 2016 est restée timide en matière d'opposabilité du contrat aux tiers (A). Elle ne fait que balbutier un principe, sans même exiger la connaissance du contrat par le tiers, alors que la doctrine majoritaire la considère comme une condition sine qua non de l'opposabilité du contrat à l'égard du tiers (B).

A. UN PRINCIPE D'OPPOSABILITÉ BRUMEUX

La notion d'opposabilité du contrat est évoquée pour la première fois par un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 17 octobre 2000³. Le premier alinéa de l'article 1200 du Code civil issu de la réforme énonce que « *les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat* », le second ajoute : « *ils peuvent s'en préva-*

loir notamment pour apporter la preuve d'un fait ». Le second ne sera pas étudié, il concerne l'opposabilité du contrat par les tiers. Le premier retiendra l'attention en ce qu'il vise l'opposabilité du contrat aux tiers. Et c'est précisément le cas en matière de complicité du tiers à la violation du contrat. En principe, le contrat lui est opposable.

Cependant, en dépit de ce nouveau texte, le principe d'opposabilité reste brumeux. Le terme « opposabilité » est invisible³. Toutefois, à la lecture du texte, il est possible de l'entrevoir. Si les tiers ont l'obligation de respecter la situation juridique créée par le contrat, c'est bien parce que le contrat leur est opposable. Pourquoi cette timidité des rédacteurs à l'égard de la notion d'opposabilité du contrat aux tiers ? Serait-ce une manière, en quelque sorte, d'entretenir le mythe de l'effet relatif du contrat ? Il demeure que malgré la prudence dans les termes employés, le principe est posé. Pour Cornu, l'opposabilité peut se définir comme l'aptitude d'un droit à faire sentir ses effets à l'égard des tiers, à être reconnu dans l'ordre juridique. C'est donc un « *complément nécessaire à la force obligatoire du contrat* »⁴.

Le principe est également fuligineux dans la mesure où les conditions de l'opposabilité du contrat ne sont pas mentionnées. L'alinéa 1^{er} de l'article 1200 du Code civil se contente de poser une obligation sur la tête des tiers. Cependant, dès lors qu'un tiers s'est rendu complice de la violation d'un contrat, les conditions traditionnelles de la responsabilité seront retrouvées. Il faut tout d'abord une faute du tiers et une inexécution du contrat par une partie. Le tiers va aider l'un des contractants à violer son obligation ou simplement l'y inciter. Par un comportement actif, il peut commettre tout acte matériel entravant l'exécution du contrat. Mais parfois, il existera une disposition spéciale applicable. C'est notamment le cas de l'article L. 1237-3 du Code du travail⁵, lequel précise que l'employeur qui continue à employer un salarié alors qu'il sait que celui-ci est déjà lié par un contrat de travail, engage sa responsabilité. En l'espèce, c'est un comportement d'abstention qui est expressément condamné.

Après la faute, il reste à démontrer l'existence d'un préjudice pour le cocontractant victime, mais également le lien

2- no 97-22.498.

3- Contrairement au projet Catala qui prévoyait à son article 1165-2 : « *Les conventions sont opposables aux tiers* ».

4- Ghestin, Jamin, Billiau, n°724.

5- « *Lorsqu'un salarié ayant rompu abusivement un contrat de travail conclut un nouveau contrat de travail, le nouvel employeur est solidairement responsable du dommage causé à l'employeur précédent dans les cas suivants : 1° S'il est démontré que le nouvel employeur a engagé un salarié qu'il savait déjà lié par un contrat de travail ; 2° Si le nouvel employeur a continué d'employer le salarié après avoir appris que ce dernier était encore lié à un autre employeur par un contrat de travail. Dans ce cas, sa responsabilité n'est pas engagée si, au moment où il a été averti, le contrat de travail abusivement rompu par le salarié était venu à expiration, soit s'il s'agit de contrats à durée déterminée par l'arrivée du terme, soit s'il s'agit de contrats à durée indéterminée par l'expiration du préavis ou si un délai de quinze jours s'était écoulé depuis la rupture du contrat* ».

de causalité entre cette faute et le préjudice. Par exemple, en matière de mandat exclusif de vente d'immeuble, si un agent d'affaire, tout en sachant que l'un de ses confrères a un mandat de vente exclusif sur un immeuble, contribue à la violation de l'exclusivité avec le vendeur en lui présentant un acheteur, il commet indéniablement une faute. Tandis que le contractant victime subit un préjudice : il ne réalisera notamment pas la vente. Et c'est bien le comportement actif de cet agent d'affaire qui a engendré le préjudice du cocontractant. Au demeurant, une condition, presque toujours exigée par la jurisprudence, n'est pas inscrite à l'article 1200 du Code civil. Pourtant, c'est la condition sine qua non de l'opposabilité du contrat au tiers complice : la connaissance du contrat.

B. UNE CONDITION ÉVAPORÉE

Comment un tiers peut-il contribuer à la violation d'un contrat sans même savoir qu'il existe ? Au-delà des conditions traditionnelles de la responsabilité, la connaissance du contrat initial par le tiers paraît comme fondamentale pour admettre l'opposabilité du contrat. Et la Cour de cassation l'avait déjà compris. Alors pourquoi les rédacteurs de l'ordonnance ont-ils fait le choix de ne pas mentionner cette condition ? Serait-ce un oubli plutôt qu'un choix ?

Dans son arrêt du 13 mars 1979, la chambre commerciale de la Cour de cassation était pourtant claire : « toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles pesant sur lui, commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'infraction »⁶. La connaissance est une condition essentielle pour la sanction du tiers complice. Sans connaissance, il ne peut pas y avoir de faute du tiers. Pourtant, le texte évapore cette condition. Elle découle de l'article mais elle n'y figure pas. Lorsque le contrat transfère la propriété d'un bien, c'est-à-dire quand il concerne un droit réel et non un droit personnel, la jurisprudence retient une opposabilité *erga omnes* car « le droit de propriété serait perpétuellement ébranlé si les contrats destinés à l'établir n'avaient de valeur qu'à l'égard des parties contractantes »⁷. À cet égard, le respect des formalités de publicité est crucial. Toute la difficulté réside dans le fait que l'opposabilité *erga omnes* semble, à première vue, incompatible

avec l'exigence d'une connaissance préalable de l'existence du contrat. Si le tiers n'est complice de la violation du contrat que s'il en a connaissance, c'est que, par essence, le contrat n'est pas opposable à tous. Pourtant, pour des raisons évidentes, l'opposabilité ne peut se concevoir sans la connaissance.

En effet, dans son célèbre essai sur une théorie générale, Duclos considère que « l'opposabilité se fonde techniquement sur la connaissance réputée et la connaissance effective de la réalité ». La connaissance du contrat est réputée : nul n'est censé ignorer la loi. Cette évidence ne s'est pas toujours imposée. Parfois, malgré la connaissance du contrat par le tiers et sa volonté de le violer, le contrat ne lui sera pas opposable. Dès lors, la condition de la connaissance préalable du contrat semble s'évaporer. C'est exceptionnellement le cas en matière d'infidélité entre époux. Avoir une relation extra-conjugale avec un homme marié ne constitue pas en soi une faute de nature à engager la responsabilité du tiers complice, y compris si le tiers avait connaissance du mariage⁸. Depuis, la philosophie individualiste l'emportera sur la conception institutionnelle du mariage, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle permettant le divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée, contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire, n'en est qu'une nouvelle illustration.

Quant à la Chambre commerciale de la Cour de cassation, elle a parfois vacillé. Dans un arrêt du 27 mai 1986, elle a estimé que la simple connaissance ne suffisait pas pour engager la responsabilité du tiers. En l'espèce, les époux Mélia, débitants de boissons, étaient fournis en bière par la société Gombert alors qu'ils étaient liés à la société parisienne par contrat de fourniture exclusive. La société parisienne informe la société Gombert de l'existence de ce contrat, en vain. Celle-ci intente donc action en responsabilité contre la société Gombert. La chambre commerciale censure la condamnation en concurrence déloyale au motif que le fait pour Gombert, en toute connaissance, de satisfaire des commandes en dépit de droits d'exclusivité ne constituait pas en lui-même, un acte de concurrence déloyale. Selon elle, la seule connaissance de l'existence du contrat ne suffit pas pour en déduire

son opposabilité aux tiers⁹. Or au-delà des conditions traditionnelles de la responsabilité civile, si la connaissance est insuffisante pour engager la responsabilité du tiers complice, c'est toute l'efficacité du contrat qui est bouleversée.

Ainsi, la Chambre commerciale exige souvent la déloyauté du tiers. Par exemple, dans le cas d'une cession du fonds de commerce d'un franchisé à un franchiseur concurrent, elle a approuvé les juges du fond d'avoir jugé que la tierce complicité du cessionnaire n'était pas établie aux motifs que « l'acquisition d'un fonds de commerce, faite sans déloyauté et dans le respect du droit de préemption conféré au franchiseur, ne constitue pas une faute de nature à rendre l'acquéreur complice de la rupture, même fautive, du contrat de franchise par le cédant »¹⁰. Cette solution invite à se demander si le tiers a l'obligation de s'informer pour savoir si son futur contractant est déjà lié par contrat. La Chambre commerciale a pu l'exiger¹¹, ce qui peut paraître sévère pour le tiers. Il n'en demeure pas moins que si la connaissance n'est pas une condition de la faute du tiers complice, elle est une condition essentielle à l'opposabilité du contrat à l'égard du tiers. Le tiers doit indéniablement respecter « la situation juridique créée par le contrat » mais à condition qu'il ait connaissance de ce contrat. En ce sens, à défaut d'exigence de connaissance du contrat pour son opposabilité au tiers, la complicité reste nébuleuse. Toutefois, en consacrant le principe d'opposabilité du contrat aux tiers, la réforme a le mérite d'interdire clairement la complicité du tiers à la violation du contrat.

2 - UNE COMPLICITÉ DÉFENDUE

Ce n'est pas une nouveauté. La complicité du tiers à la violation du contrat est sanctionnée depuis longtemps par la Cour de cassation, sur le fondement de l'opposabilité du contrat aux tiers. En consacrant ce principe, de manière plus ou moins brumeuse, la réforme clarifie le droit positif. Elle reste néanmoins silencieuse quant à la sanction du tiers complice de la violation du contrat. Mais à la lumière de la jurisprudence antérieure, la solution ne fait aucun doute, le tiers pourra connaître diverses sanctions (B) mais surtout, il engagera sa responsabilité délictuelle (A).

7- Cass. Civ., 22 juin 1864, Grands arrêts n°75.

8- Cass. Civ. 2^{ème}, 5 juillet 2001, JCP 2002. II. 10139, note D. Houtcief ; D. 2002, somm., p. 1318, obs. Ph. Delebecq ; RTD civ., 2001. 893, obs. P. Jourdain ; Defrénois no 02/2003, art. 37657, p. 119, obs. J. Massip.

9- Elle le réaffirme dans un arrêt du 3 janvier 1996 en soulignant qu'« en l'absence de fraude, on ne pouvait reprocher à la banque de ne pas avoir refusé d'acquiescer les créances litigieuses au motif qu'elle connaissait l'existence de la convention d'affacturage comportant clause d'exclusivité entre cédant et tiers ».

10- Com. 15 mai 2007, no 06-12.871.

11- Cass. com. 7 févr. 1995, JCP 1995, II, n° 22411, note P. le Tourneau.

A. LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE DU TIERS COMPLICE

La question de la nature de la responsabilité du tiers a pu se poser. Il conviendra de souligner les incidences concrètes d'une telle responsabilité.

Pour Demogue, la responsabilité du tiers complice est contractuelle en ce que la situation juridique créée par le contrat forme une obligation universelle à charge des tiers de respecter le contrat. Toutefois, il ne faut pas se méprendre dans cette analyse. D'une part, le contrat est doté d'une force obligatoire entre les parties et d'autre part, il est opposable aux tiers. De sorte qu'en tant que *penitus extranei*, ce tiers ne peut pas voir engager sa responsabilité contractuelle, il n'a pas pris part au contrat. Ce n'est donc pas la violation d'une obligation contractuelle qui entraîne sa responsabilité mais la violation d'une obligation de ne pas faire : il « *doit respecter la situation juridique créée par le contrat* ». La première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi retenu la responsabilité délictuelle du tiers complice dans son arrêt du 26 janvier 1999¹². Et le 9 mai 2008, en Assemblée plénière, elle affirme que, « *même s'il n'est pas débiteur de la commission, l'acquéreur dont le comportement fautif a fait perdre celle-ci à l'agent immobilier, par l'entremise duquel il a été mis en rapport avec le vendeur qui l'avait mandaté, doit, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, réparation à cet agent immobilier de son préjudice* ». De plus, s'agissant d'une responsabilité délictuelle, les clauses limitatives de responsabilités issues du contrat seront écartées, ce qui permettra à la partie victime de recevoir une plus grande indemnisation de la part du tiers.

Quant au cocontractant fautif, il engagera évidemment sa responsabilité contractuelle. Ainsi, le cocontractant victime de la violation du contrat pourra engager une action en responsabilité contractuelle contre l'autre partie et une action en responsabilité délictuelle contre le tiers complice. L'un et l'autre sont tenus in solidum¹³. Les hypothèses sont notamment nombreuses en matière de complicité du tiers à la violation d'une obligation de non concurrence ou d'exclusivité. Malgré le défaut de précisions de la réforme à cet égard, nul doute que la responsabilité délictuelle du tiers complice sera maintenue.

Si la responsabilité délictuelle du tiers complice est engagée, cela signifie qu'il sera condamné au paiement de dommages et intérêts. Le fait que le cocontractant victime dispose de deux actions permet de le protéger davantage, notamment face à l'insolvabilité de l'un des deux complices. Par exemple, si un vendeur, avec l'aide d'un tiers de mauvaise foi, s'installe en violation d'une clause de non concurrence qu'il a signée, le créancier de l'engagement souscrit lors de la vente invoquera tant la responsabilité contractuelle du vendeur que la responsabilité délictuelle du complice du vendeur. Il obtiendra donc des dommages et intérêts contractuels et délictuels, par une condamnation *in solidum*. Il peut même être indemnisé par le biais de deux condamnations indépendantes l'une de l'autre si les préjudices subis sont différents¹⁴. Reste que la responsabilité délictuelle n'est pas la seule sanction que peut subir le tiers complice de la violation du contrat.

B. LES AUTRES SANCTIONS DU TIERS COMPLICE

Le tiers doit s'abstenir de tout acte de nature à compromettre les engagements qui résultent d'un contrat dont il connaît l'existence. Il sera donc naturellement sanctionné s'il ne respecte la situation juridique créée par le contrat. La réforme n'apporte aucune précision sur ce point, elle laisse des zones d'ombre mais il est certain que la jurisprudence antérieure continuera de s'appliquer. Le juge a une palette de sanctions à sa disposition ; la responsabilité délictuelle du tiers complice de la violation du contrat n'est pas la seule. Il peut ordonner la cessation d'un comportement illicite, voire la substitution dans les droits du tiers. Pire, le contrat conclu en violation du contrat préalable peut être déclaré nul.

La doctrine estime que la jurisprudence tend à renforcer l'opposabilité du contrat. Dans un arrêt du 4 mai 2006¹⁵, un bail avait été conclu avec clause d'exclusivité pour la vente de certains produits au bénéfice du preneur. D'autres locataires du bailleur avaient vendu les mêmes produits. Le preneur demande donc au bailleur de cesser toute commercialisation. La Cour de cassation va censurer la Cour d'appel au motif que le locataire bénéficiaire de la clause est en droit d'exiger que le bailleur la fasse respecter par ses autres locataires. En l'espèce, le juge n'a pas condamné les

autres locataires, complices de la violation de la clause d'exclusivité, à des dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité délictuelle mais à la cessation sous astreinte de leur activité. C'est donc dire à quel point le principe de l'opposabilité du contrat aux tiers peut se montrer ténébreux.

Dans un arrêt du 25 octobre 1912 dit « *Schmerber* », la chambre civile de la Cour de cassation, au-delà des dommages et intérêts accordés, prononce la nullité du contrat pour fraude aux droits d'autrui. Ainsi, la doctrine a évoqué un « *mouvement général de sévérité à l'égard du tiers complice* ». La sanction de la nullité est également retrouvée avec le pacte de préférence. L'article 1123 alinéa 2 du Code civil issu de la réforme énonce que le bénéficiaire lésé peut notamment obtenir la nullité du contrat conclu en fraude de ses droits, voire sa substitution dans les droits du tiers complice. Il faut cependant qu'il ait connaissance du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Il s'agit d'une codification de la jurisprudence antérieure¹⁶. Il en va de même pour la promesse unilatérale de vente. L'article 1124 du Code civil, *in fine*, précise que « *le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* ». Il convient de mettre en exergue que tant les dispositions relatives au pacte de préférence que celles relatives à la promesse unilatérale font allusion à la connaissance du contrat par le tiers complice de sa violation. Ce qui conforte l'idée selon laquelle il s'agit d'une condition sine qua non à l'opposabilité du contrat au tiers complice.

CONCLUSION

Les contours de la complicité du tiers à la violation du contrat demeurent fuligineux. Toutefois, la réforme éclaircit quelque peu la matière en posant un principe d'opposabilité du contrat aux tiers qui ne dit pas son nom. Elle demeure néanmoins d'un clair-obscur regrettable dans la mesure où elle ne mentionne pas deux évidences. En effet, d'une part, l'opposabilité du contrat au tiers suppose nécessairement qu'il en ait connaissance et d'autre part, le tiers complice de la violation du contrat engage nécessairement sa responsabilité délictuelle.

12- n°96-20782.

13- Cass. 1^{ère} civ. 29 janvier 1963.

14- Cass. Com. 24 mars 1998.

15- n°04.10051.

16- Chambre mixte, 26 mai 2006.



C H E U V R E U X
N O T A I R E S