



# MORCEAUX CHOISIS : LA REFORME DU DROIT DES CONTRATS EN 6 QUESTIONS

DROIT IMMOBILIER

CLAUSE ABUSIVE  
ACTIONS INTERROGATOIRES  
CONTRAT  
DEVOIR D'INFORMATION  
PROMESSE



PAR  
MARIE-ANNE LE FLOCH  
CORALIE LEVENEUR  
RÉMY NERRIÈRE  
GROUPE IMMOBILIER

**D**epuis la publication de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations<sup>1</sup>, il ne se passe pas un jour sans qu'une revue juridique publie un article ou annonce une formation sur le sujet. Chacun souhaite donner son point de vue sur cette réforme majeure qui va modifier un grand pan de notre Code civil, vieux de 212 ans.

De façon générale, si nombre de modifications sont des consécration de solutions jurisprudentielles n'impliquant pas de bouleversements de fond pour les praticiens, d'autres apportent des innovations importantes, plus ou moins appréciables.

Nous avons fait le choix de vous présenter six points qui nous paraissent majeurs pour les praticiens, professionnels de l'immobilier.

Il ne faut pas tarder à appréhender les enjeux des nouveaux textes car ils seront applicables pour les contrats conclus à compter du **1<sup>er</sup> octobre prochain** (à l'exception de trois dispositions relatives à l'introduction d'actions interrogatives,

applicables immédiatement), tout en ayant conscience que la rédaction de certains articles pourrait encore être modifiée lors des débats autour de la loi de ratification.

## 1 - À PARTIR DE QUAND DEVRA-T-ON APPLIQUER LA RÉFORME ?

L'ordonnance entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016. Conformément au principe de non rétroactivité, les contrats conclus avant cette date demeureront soumis à la loi ancienne. Une exception est toutefois prévue pour les nouvelles actions interrogatoires applicables au pacte de préférence (article 1123), aux pouvoirs du représenté (article 1158) et à la nullité relative (article 1183). Ces actions pourront en effet être exercées à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 pour des contrats conclus antérieurement. Une partie à un contrat conclu avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 pourra donc, à compter de cette date, demander à la partie qui pourrait se prévaloir de la nullité du contrat, de le confirmer ou d'agir en nullité.

Appliquée au secteur de la vente immo-

1- Ordonnance du 10 février 2016 publiée au Journal Officiel le 11 février 2016.

bilière, ce dispositif d'entrée en vigueur n'est pas sans soulever de difficultés pour les promesses de vente signées avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et dont la réitération doit intervenir après cette date. La question se pose en effet de savoir si la vente sera soumise au nouveau droit des obligations ou à celui en vigueur au moment de la signature de la promesse. La réponse à cette question découle de la rédaction de l'article 9, alinéa 2 de l'ordonnance, qui dispose que « demeurent soumis à la loi ancienne les contrats conclus avant cette date ».

En présence d'une promesse synallagmatique, la vente est en principe conclue dès la signature de la promesse. Seuls ses effets

sont reportés au jour de la signature de l'acte de vente. Une vente réitérée après le 1<sup>er</sup> octobre 2016 en application d'une promesse synallagmatique signée antérieurement demeurera donc soumise au droit antérieur. Il conviendra toutefois d'être vigilant sur la qualification du contrat, certaines promesses synallagmatiques pouvant être rédigées de sorte que la vente ne soit formée que par la signature de l'acte et le paiement du prix. En présence d'une promesse unilatérale, la vente n'est en revanche conclue qu'au moment de la levée d'option, laquelle intervient le plus souvent par la signature de l'acte et le paiement du prix. Si la vente est signée après le 1<sup>er</sup> octobre 2016, elle sera donc soumise au nouveau droit des obligations, quand bien même la promesse aurait été négociée et signée antérieurement.

Pour pallier les difficultés que cette situation est susceptible d'engendrer, parmi lesquelles la nécessité d'avoir à repurger le délai de rétractation de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation si la convention des parties est affectée de manière substantielle, le notaire doit informer ses clients de l'entrée en vigueur de la loi et leur proposer des rédactions alternatives pour le cas où la vente serait conclue après le 1<sup>er</sup> octobre 2016. C'est donc dès à présent que la réforme du droit des obligations doit

être appréhendée et prise en compte dans les négociations et les contrats préparatoires.

## 2 – LE DEVOIR PRÉCONTRACTUEL D'INFORMATION, RÉVOLUTION OU SIMPLE ÉVOLUTION ?

Le nouvel article 1112-1 du Code civil impose à « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre (de) l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son co-contractant* ».

« Ce dispositif d'entrée en vigueur n'est pas sans soulever de difficultés pour les promesses de vente signées avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016. »

Une telle obligation n'est pas nouvelle dans son principe, l'ordonnance consacrant une jurisprudence ancienne et établie, fondée sur le devoir de bonne foi qui préside aux négociations précontractuelles et mue par la nécessité de protéger le consentement des parties sans considération de leur qualité de créancier ou de débiteur. Sa portée est en revanche clairement établie : il s'agit d'une obligation impérative que les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure.

Ses conditions sont également conformes au droit positif : le devoir d'information porte sur les informations déterminantes, c'est-à-dire celles ayant un « lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ». L'information n'a en revanche pas à porter sur l'estimation de la valeur de la prestation (consécration de la jurisprudence « Baldus », C. cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 mai 2000, 98-11381). Et il appartient à chacune des parties de prouver soit que l'information lui était due, soit qu'elle l'a fournie.

Sur le plan de la sanction, le texte ne surprend guère plus. Le manquement à l'obligation d'information expose le débiteur défaillant à la mise en jeu de sa responsabilité contractuelle. Mais il peut également entraîner l'annulation du contrat si les conditions d'annulation pour vice du consentement (erreur,

dol ou violence) sont remplies, ce qui suppose notamment que le créancier démontre qu'il n'aurait pas contracté ou qu'il aurait contracté à des conditions substantiellement différentes s'il avait été informé.

Bien qu'elle consacre des solutions jurisprudentielles éprouvées, cette nouvelle disposition met l'accent sur la nécessité pour chacune des parties de se ménager la preuve de ce que l'obligation d'information était due (côté créancier) et qu'elle a été exécutée (côté débiteur). Chargé d'assurer la sécurité et l'efficacité juridiques des actes qu'il instrumente, le notaire accompagne et conseille déjà les parties dans cet objectif. À cet égard, la réforme aura probablement pour impact de généraliser certaines pratiques telles que la constitution de data rooms, ou encore la rédaction d'exposés permettant d'établir clairement les intentions et attentes des parties. L'acte notarié offrira ainsi aux parties la preuve que la loi leur impose d'établir.

## 3. LES CONTRATS PRÉPARATOIRES : UNE EXÉCUTION RENFORCÉE ?

Les contrats préparatoires, que l'on nomme parfois maladroitement avant-contrat, sont destinés à préparer la conclusion d'un contrat définitif. Ces contrats sont devenus incontournables pour les praticiens, vendeurs et acquéreurs et pour toute personne ayant le projet d'acquiescer ou de céder un bien sans souhaiter s'engager définitivement. La réforme du droit des obligations introduit enfin dans le Code civil deux contrats préparatoires nés de la pratique, et qui sont fréquemment utilisés en matière immobilière : le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat. De plus, l'ordonnance du 10 février 2016 renforce la sécurité de la promesse synallagmatique de vente.

■ **Le pacte de préférence** est désormais définie à l'article 1123 al.1<sup>er</sup> : *Le pacte de préférence est 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*. Il est utilisé fréquemment en droit des affaires, mais il est également

très utile en matière immobilière (clause accessoire à une donation-partage, à un bail commercial ou à un acte de vente). Le pacte de préférence a par ailleurs été utilisé comme une « arme » antiséculative<sup>2</sup>.

La sécurité de pacte est assurée par la possibilité pour le bénéficiaire de demander la nullité de l'acte conclu en méconnaissance du pacte (par exemple vente du bien à un tiers) ou de demander à être substitué dans les droits du tiers. Ceci sous réserve d'établir une double condition fondée sur le principe de la bonne foi : prouver que le tiers avait connaissance de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir (art. 1123 alinéa 2). Ceci est tout à fait conforme à la jurisprudence actuelle<sup>3</sup>.

La réforme est venue renforcer la sécurité du pacte par la création de l'action interrogatoire (art. 1123 alinéas 3 et 4). C'est là une véritable nouveauté. Les alinéas 3 et 4 de l'article 1123 nouveau du Code civil disposent : « *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.* »

Ainsi, celui qui souhaite sécuriser son propre contrat pourra interroger le ou les potentiels bénéficiaires. Le tiers qui souhaite acquérir en méconnaissance du pacte a-t-il intérêt à user de cette action interrogatoire ? Certains auteurs pensent le contraire<sup>4</sup>, du fait même que le bénéficiaire aura beaucoup de mal à rapporter la double preuve décrite ci-dessus. Un autre auteur mentionne que le tiers, qui connaît l'existence d'un pacte, doit avoir aujourd'hui l'obligation d'interroger le bénéficiaire pour savoir s'il compte

s'en prévaloir<sup>5</sup>. La jurisprudence actuelle considère qu'il ne commet aucune faute en ne le faisant pas et n'engage pas sa responsabilité<sup>6</sup>. Mais aucune sanction n'est aujourd'hui prévue : ce tiers qui connaissait l'existence du pacte et qui est passé outre ne mérite-t-il d'être protégé au motif qu'il ignorait les intentions du bénéficiaire, alors que la loi lui offrait le moyen de lever l'incertitude<sup>7</sup>.

Pour autant, le notaire, garant de la sécurité et de l'efficacité juridique de l'acte, aura intérêt à ce que le tiers fasse usage de cette faculté afin de clarifier la situation.

Cette action interrogatoire pose néanmoins plusieurs questions : Comment déterminer si le délai est raisonnable ou non ? Sous quelle forme doit-elle être notifiée ? À quel moment naît le droit pour le candidat acquéreur d'interpeller le bénéficiaire d'un pacte de préférence ? Faut-il nécessairement que le candidat acquéreur soit lié au vendeur par un contrat ? Est-il possible pour le candidat acquéreur d'interpeller le bénéficiaire dès l'entrée en pourparlers ? Quel effet produit la réponse du bénéficiaire qui précise avoir l'intention de se prévaloir de son droit de préférence en réponse à l'interpellation du candidat acquéreur ? En effet, ce dernier n'est pas le propriétaire du bien, et il n'a donc pu émettre une offre de vente qui aurait été acceptée par le bénéficiaire du pacte.

La pratique et la jurisprudence devront éclairer tous ces points. La particularité de cette action interrogatoire, c'est qu'elle a pour origine un tiers à la relation contractuelle constituée par le pacte de préférence. Or, chacun des parties peut vouloir souhaiter garder confidentiel une telle relation.

La sécurité n'est donc pas complètement renforcée. De plus, il n'a pas été envisagé de modifier les règles de publicité foncière concernant ce type d'acte : la

publicité du pacte demeure facultative, aux seules fins d'information des usagers<sup>8</sup> et non d'opposabilité aux tiers.

■ **La promesse unilatérale de contrat**, ignorée du Code civil, est aujourd'hui définie à l'article 1124 nouveau du Code civil qui dispose : « *La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.* » La définition reprend la définition classique de la doctrine sans néanmoins faire état d'une durée pour lever l'option<sup>9</sup>.

L'exécution de la promesse unilatérale est renforcée par le deuxième alinéa de l'article 1124 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 formule vise à combattre la jurisprudence Consorts Cruz<sup>10</sup> selon laquelle l'obligation du promettant n'est qu'une obligation de faire (maintenir son offre) tant que le bénéficiaire n'a pas levé l'option, qui, si elle est méconnue, ne peut être sanctionnée que par l'allocation au bénéficiaire de dommages et intérêts, conformément aux dispositions de l'article 1142 du Code civil. Les notaires n'ont pas attendu la réforme du droit des obligations pour faire échec à cette jurisprudence en indiquant dans les promesses que le promettant a définitivement et irrévocablement consenti à la vente. C'est désormais le principe légal. Néanmoins, comme ce principe ne figure pas dans la définition même la promesse unilatérale, certains auteurs se posent la question de la possibilité ou non de prévoir une clause contraire.

C'est le troisième alinéa de l'article 1124 du Code civil qui vient apporter la véritable nouveauté en matière de promesse

2- Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 23 septembre 2009, n° 08-18.187, X. d/ Commune de Saint Pée sur Nivelle : JurisData n° 2009-049551. La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 6, 12 Février 2010, 1071 -Commentaire par Laurent Leveneux professeur à l'université Panthéon-Assas Paris II.

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

4- « *Mieux vaut pour lui laisser croire qu'il ignorait tout de l'existence du pacte litigieux, puisque la nullité n'est encourue qu'en raison de sa connaissance de sa situation. Or il n'a jamais l'obligation d'interpeller quiconque. Son inertie pourrait bien lui être plus profitable que son action* » (N. Molfessis, La formation du contrat, JCP 25 mai 2015).

5- Pascal Puig - La phase précontractuelle - Droit et Patrimoine n°258 mai 2016 p.56.

6- Cass 3<sup>ème</sup> civ 29 juin 2010.

7- Avis de Philippe Simler - Jurisclasseur Fasc. 1-1 : réforme du droit des obligations (ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016).

8- Cass. Civ III 13 mars 1979 pourvoi n°77-15031 ; surtout Cass. Civ III 16 mars 1994 pourvoi n°91-19797.

9- Ce qui était le cas dans le projet d'ordonnance qui précisait que l'option était consentie pendant « un certain temps » : une promesse pourrait donc être conclue à durée indéterminée.

10- Cass. Civ III 15 décembre 1993 pourvoi n°91-10199.

unilatérale et une réelle sécurité pour le bénéficiaire de la promesse : « le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ». C'est une précision bienvenue car jusqu'alors, en matière de promesse synallagmatique, la jurisprudence récente ne sanctionnait pas celui qui était de mauvaise foi mais privilégiait celui qui faisait publier son droit le premier<sup>11</sup>. Du fait de ce nouvel alinéa, le bénéficiaire d'une promesse unilatérale apparaît ainsi mieux protégé que le signataire d'une promesse synallagmatique de vente valant vente.

■ L'ordonnance a, dans sa dernière version, rétabli cette incohérence afin de sécuriser également la **promesse synallagmatique<sup>12</sup> de vente**. L'article 1198 nouveau du Code civil dispose : « *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* ». L'article 1198 nouveau rapporte ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation accordant le bénéfice des règles de la publicité foncière au second acquéreur de mauvaise foi, et réintroduit cette exigence conformément à la jurisprudence antérieure à la série d'arrêts de 2010 et 2011 précités. La seule preuve de la connaissance par le tiers de l'existence de la promesse suffit à permettre l'annulation du contrat conclu en violation de celle-ci. Si les règles de la publicité foncière ne l'emportent pas, le fait de publier le contrat préparatoire (pacte de préférence, promesse unilatérale ou synallagmatique) a l'avantage de prouver la mauvaise foi du tiers et faire ainsi échec au contrat conclu postérieurement. Le notaire, s'il a connaissance de

l'existence de la promesse, ne peut taire cette information au second acquéreur, et doit refuser d'instrumenter, son acte risquant aujourd'hui d'être nul (pour une promesse unilatérale ou un pacte de préférence) ou inopposable (pour une promesse synallagmatique valant vente). Auparavant, la jurisprudence avait rappelé au notaire son obligation d'instrumenter en pareille hypothèse<sup>13</sup>.

Afin de pouvoir faire l'objet d'une publication, rappelons que depuis la loi du 28 mars 2011, l'acte doit obligatoirement être reçu dès l'origine en la forme authentique par un notaire exerçant en France.

Cette mise en cohérence est donc bienvenue, à rapprocher également du principe énoncé à l'article 1104 du Code civil : « *les contrats doivent être négociés, formés, et exécutés de bonne foi* ».

■ Si l'efficacité des contrats préparatoires se trouve renforcé par la réforme, **il faut porter attention à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions (voir**

**question n°1)**. En effet, si la loi pose le principe de l'application des nouvelles dispositions de l'ordonnance pour les contrats passés à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016, il convient d'être vigilant sur les contrats

préparatoires qui produiront leurs effets après le 1<sup>er</sup> octobre : une promesse unilatérale de vente dont la levée d'option aura lieu postérieurement à cette date, un compromis de vente dont la condition suspensive se réalise postérieurement au 1<sup>er</sup> octobre sans effet rétroactif désormais. Une promesse qui serait renouvelée ou tacitement reconduite au-delà de cette même date serait considérée comme un nouveau contrat en vertu des nouveaux articles 1214 et 1215 du Code civil.

Les parties au contrat doivent ainsi avoir

conscience qu'ils doivent anticiper dès aujourd'hui, lors de la négociation et la rédaction finale de ce contrat préparatoire, toutes les nouveautés de la réforme qui vont concerner le contrat définitif (clause abusive, exécution forcée, imprévision...) sauf s'il est certain que ce dernier soit conclu antérieurement au 1<sup>er</sup> octobre.

## 4 - LES ACTIONS INTERROGATOIRES : SEULES VÉRITABLES INNOVATIONS DE LA RÉFORME ?

C'est un nouveau pas vers la sécurité juridique. L'ordonnance crée trois nouvelles actions, d'inspiration européenne, destinées, dans un souci de prévention des difficultés, à éclairer un contractant ou un tiers qui s'apprête à conclure ou exécuter un contrat. Ces actions interrogatoires lui permettent d'interroger celui qui, tiers ou partie au contrat, disposerait du moyen de contester ensuite l'opération : l'interpellation ayant pour but que « *l'interpellé – comme les témoins des mariages anglais – s'oppose immédiatement ou se taise à jamais* »<sup>14</sup>.

À trois reprises, l'ordonnance introduit en droit français cette possibilité d'interpellation aux articles 1123, 1158 et 1183 nouveaux du Code civil. L'ordonnance les met à l'honneur puisque ce sont les trois seules dispositions que l'article 9 de l'ordonnance rend applicables dès le 1<sup>er</sup> octobre 2016 même aux contrats antérieurement conclus.

Ces trois applications concernent le pacte de préférence (art. 1123), les pouvoirs du mandataire (art. 1158) et l'exercice d'une action en nullité (art. 1183).

S'agissant du **pacte de préférence**, il a été abordé dans la question des « contrats préparatoires » (lire ci-dessus) : le mécanisme laisse quelques questions en suspens.

La seconde action concerne la **représentation**. L'article 1158 propose une nouveauté intéressante, en prévoyant

11- Cass. Civ III 10 février 2010 pourvoi n°08-21656 et Cass. Civ III 12 janvier 2011 pourvoi n°10.10667.

12- On peut regretter que les nouveaux textes ne définissent pas la promesse synallagmatique même si les contrats synallagmatiques le sont d'une manière générale à l'article 1106 du Code civil. La nature variable et incertaine de la promesse synallagmatique de vente - véritable contrat, avant-contrat... ou absence de contrat (promesse ne valant pas vente), faute d'engagement définitif ? - peut expliquer cette absence.

13- Cass. Civ I 20 décembre 2012 pourvoi n°11-19682.

14- Formule employée par Alain Bénabent dans Les nouveaux mécanismes - Revue des contrats hors série - 1<sup>er</sup> avril 2016.

une procédure d'interrogation ouverte au tiers qui aurait un doute sur l'étendue du pouvoir du représentant : il peut demander par écrit au représenté de lui confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable que le représentant est bien habilité à passer l'acte. À défaut de réponse, le représentant est réputé être habilité à conclure l'acte.

Quelques questions restent en suspens là-encore : lorsqu'on interroge un groupement pour lequel la loi ne fixe pas de présomption de pouvoirs (associations, sociétés civiles, syndicats...) à quel organe poser la question puisque les statuts ou les règlements sont conventionnels ? L'écrit interrogateur doit-il être accompagné de l'acte que l'on s'apprête à conclure ? Le délai raisonnable ne doit-il pas tenir compte de l'urgence du contrat à conclure ? La réponse doit-elle préciser la date d'expiration éventuelle du pouvoir ? La théorie du mandat apparent pourra-t-elle encore être invoquée si l'on n' pas procédé à cette interrogation ?

En tout état de cause, concernant les actes notariés, le notaire, garant de la sécurité et de l'efficacité juridique, se devra de vérifier les pouvoirs et la capacité du représentant, cette action interrogatoire sera donc utilisée dans la grande majorité des cas pour les actes sous seing privé.

La troisième action interrogatoire concerne le **risque de résolution judiciaire d'un contrat**. Une partie au contrat peut demander à celle qui est en droit de se prévaloir d'une nullité relative soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité dans les six mois, faute de quoi le contrat sera réputé confirmé (art. 1183 du Code civil). Soumise à un délai de prescription de cinq ans<sup>15</sup>, l'action en nullité relative fait peser sur un contrat une véritable épée de Damoclès que l'action interrogatoire permet de faire disparaître. Dans ce cadre-là, l'action se situe une fois le contrat conclu et exécuté. L'objectif est de sécuriser l'exécution effective ou la conclusion d'une nouvelle opération en relation avec ce premier contrat (un contrat accessoire au premier tel qu'un contrat de bail, ou la revente du bien...). L'action ne peut concerner que les cas de

nullité relative, et donc principalement les vices du consentement, même si le texte ne le mentionne pas expressément. En pratique, cela peut poser des difficultés : celui qui la met en œuvre doit-il indiquer la cause de nullité à confirmer, au risque de la révéler à l'autre partie et précipiter ainsi une action ? Il est d'ailleurs assez étonnant qu'une partie se fasse « juge » et décide seul qu'une des parties pourrait agir en nullité. En tout état de cause, cette action n'appartient pas à un tiers comme pour les deux autres actions : un sous-acquéreur ne pourrait pas consolider son droit directement en interrogeant le premier vendeur par exemple.

**Ces trois actions interrogatoires sont donc novatrices et importantes au regard de l'objectif de la réforme relatif à la sécurisation des relations contractuelles mais en pratique, elles pourront s'avérer délicates à mettre en œuvre.**

#### Cession de créance : ce qui change

Trois innovations sont apportées à la cession de créance. La première est le déplacement des dispositions qui lui sont consacrées du droit de la vente vers le régime général des obligations. La deuxième est la disparition de la signification par voie d'huissier. Les fameuses « formalités de l'article 1690 » ne sont plus ; place à la souplesse, qui régit déjà le nantissement de créances depuis l'ordonnance du 23 juin 2006 ou encore la cession de créances professionnelles dite cession Dailly. Il conviendra tout de même de porter la cession à la connaissance du débiteur pour la lui rendre opposable, par exemple par LRAR, à moins qu'il n'y ait déjà consenti. Enfin, le dernier changement notable porte sur la nature de la cession, qui devient un contrat solennel : l'écrit est désormais exigé à peine de nullité. On relèvera ici que le choix d'un acte authentique présentera un réel intérêt puisqu'il confèrera date certaine à la cession, permettant au cessionnaire de prouver avec certitude la primeur de sa date et ainsi remporter le conflit entre cessionnaires (art. 1325).

## 5 – LA GÉNÉRALISATION DU CONTRÔLE DES CLAUSES ABUSIVES EST-ELLE SI DANGEREUSE ?

L'une des innovations phare de la réforme, la généralisation du contrôle des clauses abusives qui, sortant des droits spéciaux, intègre le Code civil, interroge : quel est son champ d'application et quels changements de pratiques doit-on en attendre ?

Assurément, et heureusement, le dispositif ne vise que les contrats d'adhésion. Ainsi, les contrats de gré à gré, c'est-à-dire ceux qui ont été librement négociés entre les parties (ainsi définis par l'article 1110) ne sont-ils pas concernés : pour ceux-là, point de risque d'intrusion du juge dans l'équilibre contractuel, du moins pas sur le fondement des clauses abusives.

Toutefois, cette limitation aux seuls contrats d'adhésion n'est pas totalement satisfaisante, en raison des doutes qui entourent la définition retenue par le législateur pour cette catégorie de contrats. En effet, l'article 1110 nouveau précise 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 ». On pense facilement, dans une telle catégorie, à tous les contrats de masse tels que ceux de téléphonie, Internet, assurance, etc. Pour ceux-ci, on comprend bien qu'il s'agit de contrats d'adhésion et qu'à ce titre une protection contre les clauses abusives puisse être reconvenue, y compris en dehors du droit de la consommation ou du droit commercial : ainsi la société qui souscrit un contrat de fourniture d'accès à Internet et qui, parce qu'elle est un « professionnel », ne relève pas de la protection du Code de la consommation, alors même qu'elle se trouve, elle aussi, en besoin de protection.

Mais, eu égard à la définition retenue, d'autres contrats pourraient revêtir cette qualification – bien loin des prévisions des parties et, probablement, du législateur lui-même. Toute la question réside alors de savoir ce qu'il faut entendre par conditions générales, expression employée par l'article 1110 qui ne connaît

<sup>15</sup> Sauf le cas particulier de l'article 1185 du Code civil : « L'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution. »

pas de définition juridique, laissant donc ouverte la voie à toutes interprétations. Ainsi pourraient entrer dans cette case les VEFA du secteur protégé mais aussi du secteur libre, des baux commerciaux, des appels d'offre, etc., pour lesquels la négociation est souvent, de fait, limitée aux aspects essentiels (désignation, prix, etc.).

À défaut de clarification, ces contrats pourraient, au cas par cas, constituer des contrats d'adhésion. Il convient donc désormais de se pencher sur la notion de déséquilibre significatif, que sanctionne l'article 1171 dans de tels contrats, afin de sécuriser au mieux les prévisions des parties.

Ici encore, des interrogations surgissent : comment apprécier ce déséquilibre ? Le texte précise que « *L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.* » (art. 1171 alinéa 2). Le contrôle sera donc plus restreint qu'en droit de la consommation, qui réserve cette exclusion aux clauses rédigées clairement, précision que l'on ne retrouve pas dans le Code civil. En

revanche, ce dernier ne fournit pas de clés d'appréciation du déséquilibre, qui seront donc découvertes au fur et à mesure de l'application du texte. Mais l'on peut supposer que nombre de solutions déjà connues seront ici reprises, à l'instar de la directive dictée dans le Code de la consommation selon laquelle l'appréciation doit être effectuée au regard de l'ensemble des clauses du contrat et non clause par clause.

En effet, c'est bien l'équilibre du contrat qu'il convient de vérifier : une clause désavantageuse pour un contractant peut se trouver justifiée par l'existence d'une autre clause en sa faveur. Et cela va même plus loin dans certaines opérations, qui doivent être considérées ensemble, afin d'en apprécier l'économie générale et comprendre l'intérêt d'un contractant à s'engager dans un contrat a priori déséquilibré mais qui lui offre en réalité d'autres avantages, l'accès à un marché, etc. Or si la clause en question devait être réputée non écrite, le contrat continuerait à exister mais amputé de celle-ci ; ce qui pourrait avoir pour effet, paradoxalement, de déséquilibrer le contrat et/ou les rapports entre les parties...

Ainsi, il convient d'être vigilants dans la rédaction des clauses et, lorsqu'elles sont suspicieuses, de les justifier : intérêt général, équilibre global du contrat, circonstances de l'opération, etc., de sorte que le déséquilibre ne puisse être qualifié de significatif.

Reste que l'on serait toutefois plus se-reins si la loi de ratification venait à clarifier la définition du contrat d'adhésion – en la restreignant –, de sorte que les contrats susvisés, courants dans la pratique immobilière, ne se soient pas qualifiés comme tels et échappent donc au contrôle des clauses abusives organisé par l'article 1171 du Code civil (voir encadré ci-contre).

## 6 – LE NOUVEAU DROIT DES CONTRATS EST-IL SUPPLÉTIF OU IMPÉRATIF ?

Dans son rapport au Président de la République, la Chancellerie a pris soin de rappeler que « dans la tradition du Code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de ses dispositions (mais que celui-ci) s'infère directement de l'article 6 du Code civil, (...) le caractère impératif étant l'exception ». Sont ainsi expressément mentionnées comme de nature impérative les dispositions relatives à la bonne foi (articles 1104 et 1112 du Code civil), à l'obligation d'information précontractuelle (article 1112-1 du Code civil) et à l'obligation essentielle (article 1170 du Code civil).

Le caractère d'ordre public de l'article 1171 nouveau du Code civil, relatif aux clauses abusives dans les contrats d'adhésion n'a en revanche pas été repris dans le texte de l'ordonnance alors qu'il est expressément prévu dans le rapport au Président de la République. Une telle omission pourrait être rectifiée par la loi d'habilitation.

Si les dispositions de l'ordonnance sont majoritairement supplétives, le rôle du rédacteur de l'acte est fondamental. Face à un nouveau corps de règles, il doit en effet attirer l'attention des parties sur les dispositifs nouveaux afin de leur permettre d'en débattre et de les écarter ou les aménager par des clauses claires et précises, seul rempart à l'interprétation a posteriori par le juge (article 1192 nouveau du Code civil).

### La cession de dette et la cession de contrat font leur entrée dans le Code civil

Elles ont fait couler beaucoup d'encre pendant des années, les voici officiellement consacrées : la cession de dettes et la cession de contrat ont désormais une place dans le Code civil.

La cession de dettes est régie par les articles 1327 et suivants. Pour l'essentiel, l'on retiendra que l'accord préalable du créancier cédé est imposé comme condition de validité de la cession. C'est là une différence majeure avec la cession de créances – qui s'explique aisément par les conséquences que l'on imagine bien de changer de débiteur... La cession ainsi autorisée ne libère pas pour autant le débiteur : pour ce faire, un consentement exprès du créancier doit également être recueilli ; à défaut l'on serait en présence d'une cession imparfaite, dans laquelle le créancier disposerait de deux débiteurs solidaires. En pratique, l'accord portant sur la cession et le consentement à libé-

rer le débiteur pourront parfaitement être octroyés au même moment ; il faudra prendre soin de les caractériser pour éviter tout contentieux à ce sujet. Étrangement, l'écrit n'est pas imposé, à la différence de la cession de créance et alors même que les conditions de validité et d'opposabilité sont plus strictes... il pourrait bien s'agir d'un oubli (pouvant être réparé à l'occasion de la loi de ratification). Enfin, assez classiquement, les sûretés seront maintenues avec l'accord des tiers qui les ont consenties (en ce compris le débiteur initial, devenu tiers par l'effet de la cession).

Quant à la cession de contrat, l'on soulignera qu'elle a été placée dans le titre consacré au contrat (articles 1216 à 1216-3) et non dans celui relatif aux cessions : l'idée est de suivre la vie du contrat, donc sa cession. Mais son régime est très largement inspiré de celui qui a été défini pour la cession de dettes, qui vient d'être décrit.