



Haut Comité Juridique
de la Place financière de Paris

**PROPOSITIONS
D'AMÉLIORATION DE
LA RÉDACTION DES
DISPOSITIONS RÉGISSANT
LE DROIT COMMUN DES
CONTRATS**

*Haut Comité Juridique
de la Place financière de Paris*

Le 10 mai 2017



PROPOSITIONS D'AMÉLIORATION DE LA RÉDACTION DES DISPOSITIONS RÉGISSANT LE DROIT COMMUN DES CONTRATS

Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris

10 mai 2017

Saisi par les praticiens du droit des sociétés et du droit financier, de certaines difficultés d'interprétation et d'application de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (« l'Ordonnance »), dont la levée pourrait contribuer à l'attractivité du droit français, le Haut Comité juridique de la Place financière de Paris (« HCJP ») a décidé, le 2 décembre 2016, de mettre en place un groupe de travail afin d'identifier les principaux points difficiles et d'y apporter des réponses appropriées¹.

Sous la présidence de Monsieur Guy Canivet, le groupe a travaillé à partir d'un document rédigé par le Professeur Alain Pietrancosta, membre du HCJP, et Madame Diane Sénéchal, avocat du cabinet Jones Day. Les propositions contenues dans cette note et les commentaires qui les soutiennent ont été enrichis par diverses contributions des membres du groupe, dont la liste des membres est jointe en Annexe I. Le présent document, rédigé par Alain Pietrancosta et Diane Sénéchal, s'efforce de faire la synthèse des travaux entrepris et de présenter les propositions d'interprétation ou de modifications des textes, dont il convient de dire qu'elles ont réuni un large consensus.

On rappellera à titre préliminaire que le rapport au Président de la République joint à l'Ordonnance prend soin de rappeler les deux objectifs poursuivis par la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Il s'agit, d'une part, de garantir la sécurité juridique, laquelle nécessite notamment un renforcement de la lisibilité et de l'accessibilité des règles de droit français en la matière ; et, d'autre part, de renforcer l'attractivité du droit français, laquelle dépendra nécessairement de la sécurité juridique conférée à notre droit des obligations.

Si – dans l'ensemble – la réforme va clairement en ce sens, il s'avère que certaines dispositions soulèvent d'importantes difficultés dans la pratique des affaires, et ce notamment parce qu'elles font l'objet d'interprétations les plus diverses. Ces divergences doctrinales créent des situations d'insécurité juridique qui ont contraint les praticiens à adopter des positions prudentes et à modifier leur pratique en se fondant, parfois, sur la doctrine minoritaire. Ces nouvelles pratiques rendent le processus de formation des contrats

¹ Pour des propositions de réformes débordant ce cadre, v. *Revue des contrats*, 2017, n° 1.



plus complexe qu'auparavant – y compris pour des contrats où sont parties des sociétés étrangères. Il en résulte que le droit français donne, sur les points concernés, l'impression d'être incertain même pour des actes courants de la vie économique et s'avère, par conséquent, peu attractif.

Aux fins de clarification et de sécurisation juridique, le HCJP propose ci-après, selon le cas :

- soit une interprétation des dispositions considérées qui permette de renouer avec l'intention initiale des auteurs de la réforme et d'apporter en conséquence aux utilisateurs un certain confort doctrinal ;
- soit, lorsqu'une telle approche interprétative ne paraît pas suffisante, des suggestions aux autorités compétentes de réviser la lettre de la loi. Cette double démarche n'exclut évidemment pas la possibilité de recourir à d'autres instruments interprétatifs ou pédagogiques, sous forme notamment de réponses ministérielles ou de saisines pour avis de la Cour de cassation.



1. Interprétations

Plusieurs dispositions de l'Ordonnance appellent des interprétations.

1. Dispositions transitoires de l'Ordonnance du 10 février 2016

Texte (Article 9)

« Les dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1er octobre 2016.

Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne.

Toutefois, les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.

Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation. »

Commentaire

Le critère retenu par l'Ordonnance, consistant à n'appliquer le droit nouveau qu'aux contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2016, présente sans conteste des avantages en termes de simplicité et de sécurité juridique. Il n'en reste pas moins, en pratique, source de difficultés de compréhension et d'application.

Sur le premier point, on se gardera de surestimer l'apparente simplicité de la distinction chronologique consacrée par le texte. Outre les quelques dispositions de l'Ordonnance déclarées applicables immédiatement (art. 1123, al. 3 et 4, art. 1158 et 1183), la loi nouvelle ne se trouve pas entièrement dénuée d'application aux contrats en cours au 1^{er} octobre 2016. Nonobstant le respect affirmé du principe de survie de la loi contractuelle ancienne, laquelle a vocation à régir non seulement les conditions de formation mais également les effets passés et en cours du contrat au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle², celle-ci est exceptionnellement appelée à saisir les contrats en cours dans les circonstances particulières définies par les règles ordinaires du droit transitoire³.

² V. Com., 15 juin 1962, Bull. 1962, III, n° 313 ; Com., 11 oct. 1988, pourvoi n° 87-11.884, Bull. 1988, IV, n° 274 ; Com., 26 févr. 1991, pourvoi n° 89-12.497, Bull. 1991, IV, n° 86 ; Com., 10 mai 2005, pourvoi n° 03-17.618, Bull. 2005, IV, n° 100 ; Civ. 2e, 24 févr. 2005, pourvoi n° 03-19.802 ; Civ. 3e, 3 juill. 1979, pourvoi n° 77-15.552, Bull. 1979, III, n° 149 ; Civ. 3e, 17 févr. 1993, pourvoi n° 91-10.942, Bull. 1993, III, n° 19 ; « Le temps », Étude in Cour de cassation, Rapport annuel 2014, p. 329.

³ V. P. Roubier, *Le droit transitoire - Conflits des lois dans le temps* : Dalloz, Sirey, 2e éd., 1960, réimp. Dalloz, 2008, n° 82 et s., p. 411 et s. ; S. Gaudemet, *Application de la loi dans le temps. Le juge et l'article 2*, Juris Classeur Civil, Fasc. 20 ; « Le temps », Étude in Cour de cassation, Rapport annuel 2014, p. 98 et s. ; Cour de cassation, Avis n° 15002 du 16 février 2015 (Demande n° 14-70.011) ; L. Bach, « Conflits de lois dans le temps », Rép. civ. Dalloz ; S. Gaudemet, « Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 », JCP éd. Générale, n° 19, 9 mai 2016, 559 ; L. Manna, « L'application dans le temps de la réforme du droit des obligations », Lexbase Hebdo, juin 2016, n° 661 du 30 juin 2016



Ainsi a-t-on rappelé que la survie de la loi ancienne n'était pas de nature à empêcher le droit nouveau de saisir les effets légaux des situations juridiques nées antérieurement et non entièrement réalisées⁴, d'imposer ses dispositions répondant à des exigences impérieuses d'ordre public⁵ ou à consacrer au profit des parties un droit acquis à une solution prétorienne antérieure⁶. On retiendra, néanmoins, le soulignement exprès par l'Ordonnance du principe de survie de la loi ancienne, fondé sur l'impératif de sécurité juridique invoqué par le rapport au Président de la République, qui devrait militer en faveur d'une limitation des cas d'application des dispositions nouvelles, satisfieraient-elles à des exigences impérieuses d'ordre public, aux effets en cours des contrats antérieurs⁷, ainsi que l'ont confirmé les représentants de la direction des affaires civiles et du Sceau (« DACS ») ayant participé au groupe de travail⁸. Ce cantonnement chronologique direct des dispositions nouvelles ne constitue pas, pour autant, une garantie contre toute influence du droit nouveau sur les contrats antérieurs. Par définition évolutive, la jurisprudence pourra naturellement être portée à interpréter, le cas échéant, les dispositions anciennes à la lumière du droit nouveau⁹, la Cour de cassation ayant pris soin de rappeler que la sécurité juridique ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée¹⁰.

(N° Lexbase : L4857KYK) ; G. Chantepie, « L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats », *AJ Contrat*, 2016 p. 412 ; G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 46 ; O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, p. 17 et s. ; B. Mercadal, « Réforme du droit des contrats : quels effets sur les contrats antérieurs ? », *BRDA* 4/17, p. 18.

⁴ Seuls les effets « légaux » sont concernés, ce qui revient pour les juges à déterminer si « les effets examinés résultent de la seule volonté des parties au contrat, ils échapperont à l'application de cette loi » ou s'ils « ressortissent à un cadre ou à un statut légal, fruit de la volonté du législateur, dans lequel s'est inscrite la situation particulière créée par le contrat » auquel cas « en vertu du principe souvent rappelé par la Cour de cassation selon lequel les effets du contrat sont régis par la loi en vigueur au moment où ils se produisent, on appliquera la loi nouvelle aux effets du contrat en cours », « Le temps », *Étude in Cour de cassation, Rapport annuel 2014*, p. 331 ; *Cour de cassation, Avis n° 15002 du 16 février 2015 (Demande n° 14-70.011)* ; L. Bach, « Conflits de lois dans le temps », *Rép. civ. Dalloz*, n° 570 ; S. Gaudemet, *Application de la loi dans le temps. Le juge et l'article 2*, *JurisClasseur Civil*, Fasc. 20, n° 49. V. *rec. Cass. 3e civ. 17 nov. 2016, n° 15-24552 F-PB* ; *Rép. Dubié : AN 31 mai 2016, p. 4684, n° 93154* ; *Cass. Civ. 3ème, 9 févr. 2017, n° 16-10.350*.

⁵ V. L. Bach, « Conflits de lois dans le temps », *Rép. civ. Dalloz*, n° 581 ; S. Gaudemet, *Application de la loi dans le temps. Le juge et l'article 2*, *JurisClasseur Civil*, Fasc. 20, n° 48 ; « Le temps », *Étude in Cour de cassation, Rapport annuel 2014*, p. 332 et s. ; *Cour de cassation, Avis n° 15002 du 16 février 2015 (Demande n° 14-70.011)* ; v. *Civ. 1re, 4 déc. 2001, n° 98-18.411* ; *Ass. plén., 23 janvier 2004, pourvoi n° 03-13.617, Bull. 2004, Ass. plén., n° 2. Sur le refus d'appliquer les nouvelles dispositions sur l'imprévision à un contrat (de bail) conclu avant le 1er octobre 2016 : Cour d'Aix-en-Provence, 21 juin 2016 n° 15/100156*.

⁶ B. Mercadal, « Réforme du droit des contrats : quels effets sur les contrats antérieurs ? », *BRDA* 4/17, p. 18.

⁷ V. en ce sens, G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 46 ; O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, p. 19-20. Les propositions invitant à donner un effet maximal aux dispositions nouvelles à l'égard des contrats en cours demeurent isolées en doctrine : v. D. Mainguy, *Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles nouvelles du droit des contrats*, *Recueil Dalloz - 15 sept. 2016 - n° 30*.

⁸ Cf. Annexe II.

⁹ La jurisprudence prend même parfois les devants, en appliquant le droit nouveau par anticipation. V. *Com. 22 mars 2016, n° 14-14.218, à propos de la nullité relative d'un contrat conclu à prix dérisoire, D. 2016.704, et 1037, chron. S. Tréard ; RTD civ. 2016. 343, obs. H. Barbier ; RTD com. 2016. 317, obs. B. Bouloc*.

¹⁰ V. not. *Civ. 1re, 21 mars 2000, D. 2000, n° 28, jur. p. 593, note Atias ; RTDCiv., 2000.666, obs. N. Molfessis ; Civ. 1re, 11 juin 2009, n° 07-14932 et 08-16914, D. 2009, AJ 1757, obs. I. Gallmeister ; N. Molfessis, La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence (à propos des arrêts de la 1re Chambre civile du 11 juin 2009), D. 2009 Chronique p. 2567 ; Soc., 22 sept. 2010, n° 09-40968 ; 18 mai 2011, n° 09-72959 ; 10 avr. 2013, n° 12-16225 ; 10 octobre 2013, n° 12-21167 ; 8 avril 2014, n° 13-11133*.



Une telle influence se donne à voir dans un arrêt de la Cour de cassation rendu en chambre mixte le 24 février 2017, dans lequel la réforme du droit des obligations, pris en ses dispositions consacrant la distinction entre nullité absolue et nullité relative fondée sur l'intérêt à protéger et en celles portant sur la représentation conventionnelle, est expressément invoquée pour expliquer une évolution de la position de la Haute juridiction quant à la nature de la nullité du mandat d'agent immobilier¹¹.

Sur le second point, c'est le caractère relativement fruste du critère retenu par l'Ordonnance, qui s'est révélé d'application délicate pratiquement dans un certain nombre de situations complexes. La question peut notamment se poser de l'application concrète du critère en présence : d'une négociation d'un contrat entamée avant le 1^{er} octobre et continuée (avec succès ou non) après cette date ; d'un contrat conclu avant le 1^{er} octobre 2016 mais prorogé ensuite ; d'une promesse de contrat consentie avant le 1^{er} octobre et rétractée ou levée après cette date ; d'un contrat conclu avant le 1^{er} octobre et faisant l'objet d'un avenant après cette date ; d'un contrat-cadre conclu avant le 1^{er} octobre et suivi d'un contrat d'application conclu après cette date ; du traitement d'une cession post-réforme d'une créance, dette ou contrat antérieurs etc. L'article 9 se référant exclusivement aux « *contrats conclus* », une incertitude existe également quant au droit transitoire applicable aux quasi-contrats.

Propositions

Il pourrait être envisagé de préciser dans la loi le régime de ces situations intermédiaires. Une telle proposition présenterait cependant l'inconvénient non négligeable de nécessiter l'établissement d'un droit transitoire secondaire, qui risquerait d'aggraver la complexité de la situation, même si la piste d'une loi interprétative pourrait alors être explorée. Aussi, en l'état actuel des réflexions, et sauf remontées de situations particulièrement embarrassantes, paraît-il préférable de laisser la résolution des problèmes recensés s'opérer par application des règles transitoires de droit commun telles qu'elles résultent notamment de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Le HCJP est d'avis en conséquence que l'article 9 de l'Ordonnance doit être compris en ce sens que :

- les dispositions issues de l'Ordonnance s'appliquent non seulement aux contrats nouveaux conclus à partir du 1^{er} octobre 2016 mais également aux contrats « renouvelés », y compris par tacite reconduction, à compter de cette date, puisqu'il ressort des termes de l'Ordonnance qu'un tel renouvellement donne naissance à un contrat nouveau¹². Il en va différemment du contrat « prorogé », qui demeure régi par le droit sous l'empire duquel il a été conclu puisqu'il s'agit du même contrat, dont la durée a simplement été étendue.

¹¹ Cass., ch. mixte, 24 févr. 2017, n° de pourvoi : 15-20411, publié au bulletin ; Revue Construction-Urbanisme n° 4, avril 2017, repère 4, obs. H. Périnet-Marquet. Adde, Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 4 avr. 2017.

¹² La jurisprudence antérieure est en ce sens : v. not., Civ. 3e, 10 juin 1998, n° 96-15.626, Bull. civ. III, n° 119 ; D. 1998. 188 ; RDI 1998. 696, obs. F. Collart-Dutilleul ; RTD civ. 1999.93, obs. J. Mestre ; Civ. 1re, 15 nov. 2005, n° 02-21.366. V. F. Buy, « La subtilité du droit transitoire dans la réforme du droit des contrats. Le cas des contrats modifiés, prolongés ou cédés », RLDC 6295.



- une offre ou une promesse de contrat antérieure au 1^{er} octobre 2016 doit être régie par le droit en vigueur au moment de son émission ou de sa conclusion, quand bien même elle déboucherait sur un contrat conclu après cette date, lequel serait alors saisi par le droit nouveau¹³.

- la rétractation d'une promesse unilatérale conclue avant le 1^{er} octobre 2016 ne permet pas au bénéficiaire de l'option de se prévaloir des dispositions du nouvel article 1124 al. 2 autorisant la formation du contrat promis en dépit de cette révocation, sous réserve naturellement d'un revirement jurisprudentiel inspiré par les dispositions nouvelles.

- les contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2016 en application de contrats-cadres antérieurs doivent, en tant qu'ils constituent des contrats nouveaux, se trouver en principe régis par le droit issu de l'Ordonnance¹⁴. Il devrait être fait exception à ce principe distributif au cas où l'application du droit nouveau serait de nature à emporter un bouleversement de l'économie du contrat-cadre¹⁵.

- si les avenants conclus à compter du 1^{er} octobre 2016 sont soumis au droit nouveau, les contrats qu'ils modifient demeurent régis par le droit antérieur, sauf cas de novation (modification, extinction ou création d'une obligation essentielle du contrat)¹⁶.

- une cession de contrat conclue à compter du 1^{er} octobre 2016 est saisie par le droit nouveau. Le contrat cédé doit, en revanche, continuer de relever en principe du droit sous l'empire duquel il a été conclu¹⁷.

- les faits juridiques (not. le paiement, la négociation, la gestion d'affaires) doivent être régis par le droit en vigueur au moment de leur commission (voire omission)¹⁸, tout au moins pour ce qui concerne les

¹³ V. en ce sens, les observations des représentants de la DACS, *infra* Annexe II.

¹⁴ V. en ce sens, S. Gaudemet, « Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP éd. Générale*, n° 19, 9 mai 2016, 559 ; L. Manna, « L'application dans le temps de la réforme du droit des obligations », *Lexbase Hebdo*, juin 2016, n° 661 du 30 juin 2016 (N° Lexbase : L4857KYK) ; G. Chantepie, « L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats », *AJ Contrat*, 2016 p. 412 ; O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, p. 22. *Contra* B. Mercadal, « Réforme du droit des contrats : quels effets sur les contrats antérieurs ? », *BRDA* 4/17, p. 18.

Pour une application aux contrats de crédit, v. S. Agbayissah, *Les ouvertures de crédit à l'épreuve de l'application dans le temps de la réforme du Code civil*, *Rev. de droit bancaire et financier*, nov.-déc. 2016, p. 35.

¹⁵ En ce sens, *Rép. Dubié* : AN 31 mai 2016, p. 4684, n° 93154 ; B. Mercadal, « Réforme du droit des contrats : quels effets sur les contrats antérieurs ? », *BRDA* 4/17, p. 18.

¹⁶ V. J.-L. Aubert, « Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil », Sirey, 11^{ème} éd., n° 106 ; S. Pellet, « L'avenant au contrat », *IRJS Édition*, 2010, n° 477 et s. ; G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 45 ; O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, p. 22 ; V. F. Buy, « La subtilité du droit transitoire dans la réforme du droit des contrats. Le cas des contrats modifiés, prolongés ou cédés », *RLDC* 6295.

¹⁷ V. S. Gaudemet, « Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP éd. Générale*, n° 19, 9 mai 2016, 559 ; O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, p. 23. V. en ce sens, les observations des représentants de la DACS, *infra* Annexe II ; V. F. Buy, « La subtilité du droit transitoire dans la réforme du droit des contrats. Le cas des contrats modifiés, prolongés ou cédés », *RLDC* 6295.

¹⁸ V. not. G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 45. V. en ce sens, les observations des représentants de la DACS, *infra* Annexe II.



conditions de leur constitution et leurs effets passés¹⁹. Ainsi les fautes commises au cours d'une négociation doivent s'apprécier au regard de la loi en vigueur au moment du fait causal et non de celle applicable au contrat qui a pu être conclu.

¹⁹ O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, p. 23. Sur la jurisprudence, v. « Le temps », *Étude in Cour de cassation, Rapport annuel 2014*, p. 328 et s.



2. Article 1324 alinéa 1 : cession de créance

Texte

« La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte. »

Commentaire

Cet alinéa précise les modalités d'opposabilité au débiteur d'une cession de créance. Si le débiteur n'a pas déjà consenti à la cession, celle-ci lui est opposable dès lors qu'elle lui est notifiée ou « *s'il en a pris acte* », sans autre précision.

Certains praticiens ont été amenés à s'interroger sur le sens de l'expression « *s'il en a pris acte* » qui ne serait pas suffisamment définie juridiquement. Pourtant, la notion de « donner acte » ou « prendre acte » est bien connue de notre droit. Ainsi, pour une partie, « donner acte » signifie « reconnaître formellement le fait ou la déclaration de l'autre ». De même, « prendre acte » signifie « constater ou faire légalement consigner un fait (agissement, défaillance, refus) ou une déclaration (offre, acquiescement, reconnaissance) (Dictionnaire Cornu). De manière générale, l'« acte » correspond à toute manifestation de la volonté ayant pour objet ou pour effet de produire une conséquence juridique.

Propositions

Le HCJP n'estime donc pas indispensable de modifier cet article, les termes « *s'il en a pris acte* » ayant été délibérément retenus, ainsi que l'ont confirmé les représentants de la DACS ayant participé aux débats du groupe de travail²⁰, afin de conférer toute liberté d'apporter la preuve de la connaissance de la cession par le débiteur, selon les règles de preuve applicables. À titre d'exemple, un commencement d'exécution peut le cas échéant permettre de rapporter cette preuve.

²⁰ Cf. Annexe II.



3. Articulations dispositions supplétives/impératives, générales/spéciales

S'agissant de la première articulation, le rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance a souhaité faire œuvre pédagogique en se prononçant fermement en faveur d'un principe de supplétivité. Il y est indiqué que : « *Dans la tradition du code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception. La subsistance dans certains articles de la mention « sauf clause contraire » n'autorise par conséquent aucune interprétation a contrario et ne remet nullement en cause le principe général du caractère supplétif des textes : ce rappel résulte seulement d'un pur souci didactique prenant en compte les souhaits exprimés par les professionnels au sujet de certains textes particuliers (en particulier sur le régime des obligations)* ». L'expression d'une telle supplétivité, en elle-même bienvenue²¹, souffre cependant d'une double fragilité, qui tient, sur le fond, à ce qu'elle se présente comme une consécration d'« *une tradition du code civil* », alors que notre jurisprudence a depuis longtemps fait une place, aux côtés de l'ordre public textuel, à un ordre public virtuel, et sur la forme, à ce que l'expression de ce principe trouve son siège dans un rapport au Président de la République qui, s'il n'est pas dénué d'importance quant à l'interprétation des dispositions de la loi demeure *per se* dénué de force contraignante²².

Compte tenu des difficultés d'interprétation qui en résultent²³, de l'enjeu essentiel que constitue en pratique la faculté de déterminer ce qui relève de l'ordre public et ce qui est laissé à la main des parties contractantes, ainsi que de la difficulté d'apporter les nécessaires clarifications par voie de dispositions générales, il pourrait être recouru utilement aux instruments interprétatifs et pédagogiques évoqués en introduction de cette note. Il serait en effet particulièrement opportun d'identifier les dispositions devant être considérées comme d'ordre public alors même que la loi ne les désigne pas expressément comme telles (par exemple, les règles de validité ou encore les règles relatives à la nullité des contrats).

²¹ V. Le droit des contrats réformé. Sous la dir. d'A. Pietrancosta, éd. Fauves, 2016.

²² V. L. Leveneur, « Présentation générale de la réforme du droit des contrats... », CCC mai 2016, Dossier 2, n° 11 ; G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil », Dalloz, 2016, n° 34 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », Lexis Nexis, 2016, p. 13 ; M. Mekki, « 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. 2016. 494 ; F. Chénéde, « Le nouveau droit des obligations et des contrats », Dalloz, coll. « À savoir », 2016, n° 62.11 ; C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », JC P 2016. 454 ; P. Puig, « L'autorité des rapports relatifs aux ordonnances (à propos du Rapport au président de la République relatif à l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations) », RTD Civ., 2017, p. 84.

²³ V. « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », Libres propos par Cécile Pérès, JCP éd. G n° 16, 18 avril 2016, 454.



Mutatis mutandis, une observation analogue nous semble être devoir formulée s'agissant de l'articulation à opérer entre les « dispositions générales » du nouveau droit des contrats et les « dispositions spéciales », issues en particulier du droit des affaires (not. droit des sociétés et droit financier). La doctrine et la jurisprudence nous ont instruits en effet de la difficulté de procéder à cette séparation des champs en toute sécurité juridique. Il convient par conséquent, dans la mesure où certaines dispositions contractuelles générales, notamment celles renfermant des mesures impératives à visée protectrice, ne réservent pas expressément l'application intégrale de dispositions spéciales, alors qu'une telle distinction correspond à l'intention du législateur, d'apporter le confort nécessaire aux parties contractantes. Il importe en effet d'exclure l'application des solutions protectrices générales du droit commun des contrats aux situations déjà prises en compte par des dispositions spéciales, afin de prévenir les inconvénients résultant d'une application cumulée et insécurisante de textes. Là où une intervention par voie interprétative ne paraît pas de nature à apporter aux parties contractant sous droit français la sécurité juridique dont elles devraient pouvoir bénéficier, il sera proposé de procéder à une révision de la lettre des textes.



2. Propositions de modification

1. Article 1145 al. 2 : capacité des personnes morales

Texte

« La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles. »

Commentaire

Cet article a été ajouté dans le projet d'Ordonnance après la consultation publique pour répondre aux interrogations – dont certaines fondamentales – qu'avait soulevées le projet de la Chancellerie, en ce que celui-ci prévoyait de ne disposer qu'au sujet de la capacité des seules personnes physiques²⁴. Il est cependant source d'incertitude à plusieurs titres.

1. Incertitude quant au critère de l'utilité :

On s'interroge sur la portée de ce conditionnement exprès de la validité de tout acte accompli par une personne morale à son utilité quant à la réalisation de l'objet statutaire du groupement. Le critère d'utilité se réduit-il simplement à vérifier le rattachement de l'acte à l'objet (ce qui est le critère habituel en droit des sociétés) ou conduit-il à porter un véritable jugement sur l'opportunité de l'acte ? Cette dernière interprétation tendrait à consacrer positivement l'intérêt de la personne morale comme condition autonome de la validité des actes d'une personne morale, allant ainsi plus loin que la seule non-contrariété à l'intérêt social, retenue en jurisprudence en matière de sociétés.

2. Incertitude quant à l'articulation avec le droit des sociétés :

On s'interroge également sur l'articulation de ce texte général avec les dispositions spéciales du droit des sociétés, l'article 1145 réservant expressément « *le respect des règles applicables* » aux différentes catégories de personnes morales. La mesure de la neutralisation des règles régissant la capacité des personnes morales par celles régissant les pouvoirs de leurs représentants légaux demeure assez obscure, comme en témoigne la diversité des opinions des premiers commentateurs :

²⁴ Cf. Annexe II.



- **Première interprétation**²⁵, l'ensemble du droit des sociétés dérogerait à l'article 1145 alinéa 2. Le critère de l'utilité de l'acte à la réalisation de l'objet statutaire ne s'appliquerait donc pas aux sociétés.

- **Deuxième interprétation**²⁶, le droit des sociétés ne dérogerait pas à l'article 1145 alinéa 2. Le critère de l'utilité de l'acte à la réalisation de l'objet social s'appliquerait donc à toutes les sociétés.

- **Troisième interprétation**²⁷, l'article 1145 alinéa 2 ne pourrait s'appliquer qu'aux sociétés civiles, sociétés en nom collectif et sociétés en commandite simple. Les termes de l'article 10 § 1 de la directive 2009/101/CE²⁸ ne permettraient pas de remettre en cause vis-à-vis des tiers les actes accomplis par les dirigeants des sociétés par actions et par ceux des SARL, même si ces actes ne relèvent pas de l'objet social. Cependant, ne pourrait-on pas objecter à ces commentateurs que la nouvelle règle de capacité des personnes morales entre dans le cadre de l'exception prévue à l'article 10 §1 de la directive européenne ? La directive prévoit en effet que la société pourrait ne pas être engagée à l'égard des tiers si l'acte excède les pouvoirs que la loi attribue ou permet d'attribuer à ces organes. Un acte du dirigeant pris au nom de la société mais au-delà de sa capacité (parce que inutile à la réalisation de l'objet social), n'excéderait-il pas les pouvoirs que la loi lui attribue ? La capacité légale de la société n'est-elle pas une limite inhérente aux pouvoirs du dirigeant ?

Dans la mesure où le défaut de capacité est sanctionné par la nullité (voir 3. ci-dessous), une telle incertitude quant à l'articulation de la nouvelle règle de capacité des personnes morales avec le droit des sociétés, est source d'insécurité juridique et de contentieux.

3. Incertitude quant à la qualification de la limitation de capacité et quant à la sanction :

Une autre incertitude réside dans la qualification qu'il convient de donner à la limitation de capacité des personnes morales. Cette limitation de capacité doit-elle être qualifiée d'incapacité ? La question se pose dans la mesure où la notion d'incapacité à laquelle le législateur n'a pas fait expressément référence pour les personnes morales, pourrait sembler plus appropriée aux personnes physiques qu'aux personnes morales.

²⁵ En ce sens, D. Poracchia, « Capacité et représentation légale en droit des sociétés à la lumière du code civil », RTDF 2016/3, p. 90 ; ANSA, « La modification des dispositions du code civil sur la capacité et la représentation a-t-elle un effet en droit des sociétés ? », n° 16-039

²⁶ En ce sens, P. Mousseron, « Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social », Dalloz 2016, p. 906 ; S. Roy et M. Gabiano, « L'objet social seul gardien de la validité des actes conclus par des sociétés ? », Option finance, n° 1383, 03.10.2016, p. 40.

²⁷ En ce sens, Sociétés commerciales, Memento pratique Francis Lefebvre 2017, n° 4018 s. ; D. Gallois-Cochet, « Réforme du droit des contrats et capacité des sociétés », Droit des sociétés n°8-9, août 2016, comm. 12 ; BRDA 11/16, paru le 15.06.2016.

²⁸ Selon l'article 10, §1 de la directive 2009/101/CE tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, « La société est engagée vis-à-vis des tiers par les actes accomplis par ses organes, même si ces actes ne relèvent pas de l'objet social de cette société, à moins que lesdits actes n'excèdent les pouvoirs que la loi attribue ou permet d'attribuer à ces organes ».



Si la limitation de capacité des personnes morales devait être qualifiée d'incapacité, les articles 1147 (« *L'incapacité de contracter est une cause de nullité relative.* ») et 1148 du code civil (« *Toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales.* ») seraient applicables aux personnes morales. La sanction du défaut de capacité serait la nullité relative de l'acte conclu, invocable par la seule société concernée (qui pourrait être de mauvaise foi), à l'exclusion de son cocontractant.

En revanche, un ouvrage qui est très suivi par les praticiens – le Memento pratique Francis Lefebvre *Sociétés commerciales*²⁹ - considère qu'aucune disposition du code civil ne précise que l'acte passé en violation de la limite de capacité est celui d'un incapable. Si la limitation de capacité des personnes morales ne pouvait pas être qualifiée d' « incapacité », les articles 1147 et 1148 du code civil ne s'appliqueraient pas aux personnes morales (mais seulement aux personnes physiques). Selon cet ouvrage, l'acte accompli serait alors atteint d'une nullité absolue qui pourrait donc être invoquée par toute personne intéressée. Si tel était le cas, il en résulterait une insécurité juridique majeure pour les contrats soumis au droit français dont la nullité pourrait être invoquée par toute personne y ayant intérêt.

Propositions

Compte tenu de la perturbation engendrée par le nouvel article 1145 alinéa 2, une modification législative apparaît nécessaire pour apaiser les craintes des praticiens. Celle-ci pourrait emprunter trois voies :

1. la suppression de la nouvelle règle de capacité des personnes morales ;
2. le renvoi aux dispositions régissant les différentes catégories de personnes morales ;
3. la modification du critère de capacité des personnes morales.

Après réflexions, et tenant compte de l'absence de prétention des auteurs de la réforme à remettre en cause le droit positif, le HCJP marque une préférence en faveur de la deuxième solution. Celle-ci permet de réaliser un compromis entre l'utilité de disposer au sein du code civil d'un texte général envisageant la capacité des personnes morales et la nécessité, compte tenu de la diversité de celle-ci, de la définir par renvoi aux dispositions qui leur sont spécialement applicables³⁰. L'affirmation du principe permettrait également aux personnes morales de bénéficier du régime des nullités relatives prévu en cas d'incapacité (art. 1147 du Code civil) et de clore le débat soulevé par une partie de la doctrine. D'un point de vue international, elle présente également l'avantage de conforter le renvoi à la *lex societatis* pour déterminer la capacité de la personne morale.

²⁹ *Sociétés commerciales, Mémento Pratique, Francis Lefebvre 2017, n° 4018.*

³⁰ *V. également en ce sens les observations des représentants de la DACS, Annexe II.*



Certains ont cependant considéré que cette proposition pourrait poser des difficultés en droit des sociétés dans la mesure où celui-ci ne prévoit pas de dispositions spécifiques applicables à la capacité des sociétés. Ils proposent en conséquence d'exclure purement et simplement l'application de cette disposition pour les sociétés.

S'il est vrai que le droit des sociétés raisonne souvent en termes de pouvoirs des dirigeants et d'opposabilité aux tiers, l'on peut néanmoins tenir les règles définissant la spécialité légale et statutaire des sociétés comme des règles de capacité.

Formulation possible :

« Les personnes morales sont capables dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles. ».



2. Article 1161 : représentation

Texte

« Un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié. »

Commentaire

La nouvelle règle prévue à l'article 1161 qui tend à appréhender certaines situations de conflits d'intérêts³¹, présente trois sources de difficultés :

1. L'article s'applique aux contrats conclus par un représentant « *pour le compte des deux parties au contrat* » :

(i) Il ne semble donc pas tenir compte du fait qu'il existe des contrats qui ne comptent pas uniquement deux parties ;

(ii) Il ne semble également pas tenir compte des situations dans lesquelles un contrat est conclu par plus de deux parties, dont certaines – celles qui ont des intérêts communs – sont représentées par une même personne (cas fréquent en pratique). À titre d'exemple, dans le cadre d'un contrat de crédit syndiqué où interviennent plusieurs banques agissant ensemble comme prêteurs, ces dernières donnent systématiquement pouvoir à un représentant unique (un agent) pour signer le contrat. Cette situation se présente également fréquemment en cas de pluralité de vendeurs ou d'acheteurs dans un contrat de cession. Dans une telle situation, une personne représente bien plusieurs parties au contrat, mais ces parties ne se trouvent pas en situation de conflit d'intérêts. Afin de prendre en compte ces hypothèses, il faudrait limiter le champ d'application du texte aux contrats dans lesquels les parties se trouvent en situation de conflit d'intérêts³².

³¹ Si la notion de « conflit d'intérêts » n'est pas mentionnée à l'article 1161, elle est évoquée dans le rapport au Président de la République. V. N. Rontchevsky, « Brèves observations sur le conflit d'intérêts dans le projet de réforme de droit des contrats », *Bull. Joly Bourse*, 1er déc. 2008, n° spécial, p. 610.

³² P.-F. Cuiif, « À quelles procurations le nouvel article 1161 du Code civil, interdisant les « doubles mandats » doit-il s'appliquer ? », *Flash CRIDON*, 24 octobre 2016 ; B. Dondero, « Capacité et représentation des sociétés », *Bull. Joly Sociétés*, 2016, n° 9, p. 510, n° 44 s. ; H. Le Nabasque, « La multi-représentation à l'épreuve du nouvel article 1161 du Code civil », *RDBF*, nov.-déc. 2016, n° 6.



2. Là encore, l'articulation avec le droit des sociétés, en particulier le régime des conventions réglementées, pose problème car plusieurs interprétations sont possibles :

- **Première interprétation** : certains auteurs³³ estiment, ce qui nous semble raisonnable, que l'article 1161 ne devrait pas avoir vocation à s'appliquer aux SARL ou aux sociétés par actions (SA, SCA et SAS), pour lesquelles le droit des sociétés prévoit déjà un régime des conventions réglementées.

S'agissant des sociétés de personnes (SNC et SCS), pour lesquelles il n'existe pas de dispositions relatives aux conventions réglementées, seule l'ANSA³⁴ estime clairement que le nouvel article 1161 ne s'applique pas à ces dernières (cf. infra les autres interprétations).

- **Deuxième interprétation** : d'autres auteurs³⁵ considèrent, comme pourrait le suggérer le rapport au Président de la République³⁶, que l'article 1161 doit s'appliquer chaque fois que le droit des sociétés ne soumet pas à une procédure spéciale la convention.

S'agissant des sociétés par actions et des SARL, cette interprétation aboutirait à une solution paradoxale puisqu'elle reviendrait à soumettre à l'article 1161 des conventions que le droit des sociétés a volontairement exclues du champ d'application des conventions réglementées, comme les conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales (C. com. art. L. 223-20, L. 225-39 et L. 225-87) ou les conventions conclues avec une filiale à 100% (C. com. art. L. 225-39 et L. 225-87).

S'agissant des sociétés de personnes (SNC et SCS), pour lesquelles il n'existe pas de dispositions relatives aux conventions réglementées, la majorité des auteurs s'accorde pour considérer que les

³³ H. Le Nabasque, « Conventions libres et conventions réglementées : faut-il avoir peur de l'article 1161 du Code civil ? », *Bull. Joly Sociétés* 2016, n° 11, p. 681 ; *Sociétés commerciales, Mémento Pratique Francis Lefebvre*, 2017, n° 64 (Général), n° 22395 (SNC), n° 27015 (SCS), n° 32002 (SARL), n° 52672 (SA) ; D. Poracchia, « Capacité et représentation légale en droit des sociétés à la lumière du code civil », *RTDF* 2016/3, p. 90 ; G. Wicker, « Le nouveau droit de la représentation dans le code civil », *Dalloz*, 2016, p. 1942, n°33 ; B. Dondero, « Capacité et représentation des sociétés », *Bull. Joly Sociétés* 2016, n° 9, p. 510, n° 45 s.

³⁴ Comité juridique ANSA n°16-039.

³⁵ R. Mortier, « Conflits d'intérêts : pourquoi et comment appliquer aux sociétés le nouvel article 1161 du Code civil », *Droit des sociétés*, août-septembre 2016, p. 7 ; A Charveriat, « Gestion des conflits d'intérêts : le paradoxe des conventions réputées libres », *BRDA* 9/16, paru le 15 mai 2016.

³⁶ 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 : « Le troisième alinéa [de l'article 1105] introduit en revanche une nouveauté importante et attendue des praticiens, puisqu'il rappelle que les règles générales s'appliquent sous réserve des règles spéciales. Ainsi, les règles générales seront notamment écartées **lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels que le code de commerce ou le code de la consommation.** »



nouvelles dispositions du code civil sur les conflits d'intérêts s'appliqueraient. Il en résulterait que la gestion des conflits d'intérêts serait plus stricte dans ces sociétés que dans les SARL et les sociétés par actions puisque la sanction du non-respect de l'article 1161 est la nullité de toute convention, ce qui n'est pas forcément le cas pour les conventions réglementées.

En effet, dans les SA et les SCA, les conventions réglementées conclues sans autorisation préalable du conseil encourent la nullité uniquement si la société a subi un préjudice (C. com. art. L. 225-42, al. 1, art. L. 225-90, al. 1 et art. L. 226-10) et, de surcroît, cette nullité peut être couverte par un vote de ratification de l'assemblée générale. Dans les SAS et les SARL, les conventions non approuvées ne peuvent pas être annulées du seul fait de leur absence d'approbation, à charge pour la personne intéressée d'en supporter les conséquences dommageables pour la société (C. com. art. L. 227-10, al. 3, art. L. 223-19, al. 4).

- **Troisième interprétation** : certains auteurs³⁷ (minoritaires) considèrent qu'il n'y a aucune raison de texte pour considérer que les procédures des conventions réglementées « dérogent » au nouveau principe de l'article 1161 et l'évincent. La volonté d'interdiction générale du législateur s'ajouterait et primerait, en principe, sur les solutions particulières anciennes.

Ce raisonnement présente cependant l'inconvénient de ne raisonner qu'à l'intérieur du cadre national, sans considération des difficultés particulières soulevées au cas d'application de l'article 1161 à une société de droit étranger partie à un contrat de droit français.

Pour éviter le risque de nullité, certains auteurs³⁸ et praticiens recommandent de faire autoriser préalablement les contrats visés par l'article 1161 ou de les faire ratifier *a posteriori* par la société. Se pose alors la question de l'organe compétent en la matière. Dans l'incertitude, doctrine et praticiens s'accordent sur le fait que l'autorisation ou la ratification doit provenir de la collectivité des associés afin d'éviter tout litige ce qui a pour effet d'alourdir considérablement les processus d'autorisation des contrats au sein des sociétés. Pour simplifier ce processus, d'autres auteurs³⁹ et praticiens préconisent de faire voter annuellement par l'assemblée générale une autorisation générale (voire même de l'introduire dans les statuts) précisant que les représentants légaux sont autorisés à agir pour le compte de deux parties au contrat, voire même à conclure pour leur compte des contrats avec la société. Cette solution pourrait être contraire à l'esprit de protection de la réforme qui en visant « *l'acte accompli* » avait probablement envisagé que l'autorisation ou la ratification se ferait au cas par cas, et non par le biais d'une autorisation générale donnée à l'avance.

³⁷ L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, 1ère édition 2016-2017, Gualino, spéc. n° 421 et 422.

³⁸ O. Deshayes, T. Genicon et YM Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Lexis Nexis p. 259 ; *Sociétés commerciales, Mémento Pratique Francis Lefebvre 2017*, n° 64 (général), n° 22395 (SNC), n°2 7015 (SCS), n° 32002 (SARL, concernant les conventions libres), n° 52672 (SA, concernant les conventions libres).

³⁹ O. Deshayes, T. Genicon et Y.M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis p. 259.



Pour mettre fin à cette insécurité juridique et réorienter au plus vite la pratique de place (avant qu'elle ne s'installe durablement) vers des solutions raisonnables, conformes à l'esprit de la réforme et qui ne nuisent pas à l'attractivité du droit français, il conviendrait à tout le moins de préciser que l'article 1161 ne s'applique qu'en situation de divergence ou de conflit d'intérêts et de réserver l'application des dispositions appréhendant spécialement de telles situations, comme c'est le cas en droit des sociétés au travers du régime des conventions réglementées.

3. L'article 1161 alinéa 2 prévoit qu'un acte accompli en violation de la nouvelle règle « *est nul* ». La sanction serait donc la nullité obligatoire de l'acte, ce qui pourrait se révéler d'une extrême sévérité en pratique. En effet, le nouveau texte ne laisse aucune latitude au juge. Ce dernier serait obligé d'annuler l'acte accompli en violation de l'article 1161 alors même que les intérêts du demandeur à l'action en nullité n'ont pas été lésés par le représentant commun. Il est alors à craindre que l'automatisme de cette sanction encourage certains contractants à se prévaloir de la nullité de l'article 1161 uniquement pour mettre fin au contrat, alors même que le représentant a été loyal à leur égard. L'automatisme de la nullité ne pourrait-il pas alors constituer une sorte de « prime » à la mauvaise foi de certains contractants ?

Afin d'éviter que la sanction de l'article 1161 ne soit détournée, il faudrait :

- remplacer la nullité obligatoire de l'acte par une nullité facultative, et
- limiter cette nullité aux situations qui le méritent, notamment parce que lesdits actes ont emporté ou sont susceptibles d'emporter des conséquences dommageables pour le représenté.

Par ailleurs, la sanction pourrait également s'avérer d'une grande sévérité quant à son étendue. En prévoyant que l'acte sera nul, l'article 1161 semble viser toutes les obligations contenues au contrat, et non pas seulement celles des parties qui étaient représentées. Un contrat conclu entre dix personnes serait donc nul à l'égard de tous, alors même que seulement deux parties n'auraient pas respecté l'article 1161, et que les huit autres personnes auraient souhaité continuer à être liées contractuellement. Afin d'éviter ce type de « dommage collatéral », le terme « engagement » pourrait être substitué au terme « acte ».

Propositions

Comme pour la capacité des personnes morales, les problèmes soulevés par le nouveau texte sont tels qu'une clarification législative paraît s'imposer. Celle-ci aurait pour objet, conformément aux intentions des rédacteurs de la réforme, de soustraire du champ d'application du texte la représentation des personnes morales. La proposition, un temps considérée, de limiter l'application du texte au cas de représentation conventionnelle – par opposition à la représentation légale ou judiciaire – des personnes morales n'aurait qu'insuffisamment répondu à l'objectif de sécurisation recherché compte tenu de la combinaison des formes de représentation que l'on rencontre fréquemment en pratique⁴⁰.

⁴⁰ V., à propos de l'applicabilité de l'article 1161 du code civil aux délégations de pouvoirs au sein des sociétés, l'avis ANSA CJ du 9/11/2016 n°16-041.



Il serait également souhaitable d'amender le sort réservé à l'acte accompli en violation de l'interdiction posée.

Formulation possible :

« Un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties en situation de conflit d'intérêts au moment de la conclusion du contrat, ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'engagement conclu peut être annulé à la demande du représenté, à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié.

Le présent article ne s'applique pas à la représentation des personnes morales. »



3. Articles 1110 et 1171 : contrat d'adhésion et clauses abusives

Texte

Article 1110 - « *Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties.*

Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties. »

Article 1171 - « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »*

Commentaire

1. Il serait utile de clarifier l'articulation de l'article 1171, disposition générale, avec les dispositions spéciales existant en d'autres branches du droit, notamment, au regard du domaine couvert par ce rapport, en droit des sociétés ou financier. En toute hypothèse, afin de pallier l'insécurité juridique engendrée par la redondance ou la combinaison incertaine et inappropriée de dispositions générales et spéciales, il conviendrait de restreindre expressément le champ d'application de l'interdiction des clauses abusives afin de conférer à l'article 1171 un champ d'application de caractère résiduel, conformément à l'intention initiale du législateur. Une telle restriction répondrait à l'essentiel des préoccupations dont nous avons été saisies jusque-là.

2. Par ailleurs, pour éviter tout débordement de l'article 1171 au-delà de son champ naturel d'application, il importerait de clarifier la définition du contrat de gré à gré et celle du contrat d'adhésion formulées à l'article 1110.

En effet, il existe actuellement une incertitude quant à la qualification de contrats d'adhésion de certains contrats et donc quant à l'application à ces contrats du nouvel article 1171. Des difficultés se posent dans deux types principaux de situation :

- **1^{er} type de situation** : il s'agit des hypothèses dans lesquelles l'une des parties a proposé un projet de contrat à l'autre partie, laquelle a accepté ce projet en l'état. Il n'y aura alors pas eu de négociation entre les parties, alors même que le contrat était librement négociable. Si on applique à la lettre les définitions de l'article 1110, ce type de contrat ne pourrait être qualifié ni de contrat de gré à gré (absence de négociation), ni de contrat d'adhésion (pas de soustraction à la négociation). Afin d'éviter ce type de situation, le terme « *négociables* » pourrait être substitué au terme « *négociées* » dans la définition du contrat de gré à gré. Par contraste, le contrat d'adhésion se définirait comme celui dont la plupart des clauses ont été soustraites à toute négociation⁴¹.

⁴¹ V. T. Revet, « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du code civil », *Rec. Dalloz*, 15 sept. 2016, n° 30, spéc. n° 8 et 9.



- **2nd type de situation** : il s'agit des hypothèses dans lesquelles une nouvelle partie viendrait s'adjoindre en cours d'exécution du contrat, sans pouvoir négocier les termes du contrat conclu antérieurement. Il s'agirait également des cas de cession de contrat, dans lesquels par hypothèse le cessionnaire prend la place de l'une des parties au contrat sans avoir pu négocier ce contrat. Certains auteurs⁴² ont ainsi remarqué – non sans stupeur – que des statuts de sociétés ou certains pactes d'actionnaires risqueraient d'être qualifiés de contrats d'adhésion en cas de cession de droits sociaux. En pratique, il est en effet fréquent que les pactes d'actionnaires prévoient qu'en cas de cession par l'une des parties de ses droits sociaux, cette partie s'engage à ce que le cessionnaire adhère au pacte d'actionnaires. Dans ce cas, le nouvel actionnaire « adhérera » au pacte d'actionnaires conclu antérieurement, et ce généralement sans pouvoir le négocier. Certains auteurs relèvent alors que la qualification de contrat d'adhésion pourrait être retenue alors même que le pacte avait été négocié à l'origine. Pourtant, une telle interprétation semble dépasser l'objectif poursuivi par la réforme.

En outre, si ces contrats étaient qualifiés de contrats d'adhésion à l'égard des nouvelles parties, cela conduirait à des situations contractuelles très complexes où une même clause d'un contrat pourrait à la fois (i) être valide entre les parties ayant initialement négocié le contrat et (ii) être réputée non écrite uniquement à l'égard de la partie ayant adhéré au contrat en cours d'exécution. Une application littérale de ce texte pourrait ainsi conduire à retenir une qualification distributive pour un même contrat, qui serait de gré à gré pour les uns, et d'adhésion pour les autres, ce qui apparaît pour le moins choquant.

Propositions

Il apparaît ici aussi que les difficultés d'interprétation et d'application ne se résorberont qu'au prix d'une modification de texte. Si l'on conçoit bien que certaines de ces difficultés sont nées de commentaires qui peuvent avoir éloigné la compréhension du texte des intentions de ses auteurs voire de sa lettre, ce qui pourrait militer en faveur du maintien en l'état que proposent les représentants de la DACS⁴³, le HCJP considère, y compris dans ces cas qui n'épuisent pas le sujet, ces modifications nécessaires afin de répondre rapidement, et sans attendre les clarifications de la jurisprudence, aux attentes de la pratique exprimées à l'occasion des travaux du groupe. Il est cependant pris note des interprétations adressées par les représentants de la DACS, qui ne manqueront pas d'apporter aux praticiens un premier confort.

⁴² F. Buy, J. Heinich, « Droit des sociétés : la menace des clauses abusives ? », *Revue de jurisprudence commerciale*, sept.-oct. 2016, n° 5, p. 458 ; L. Pons, « Déséquilibre significatif, abus de dépendance et private equity », *Journal des sociétés*, sept. 2016, n° 144, p. 21 ; J.-F. Hamelin, « Le contrat de société », in « Dossier « Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats », *Actes Pratiques & Ingénierie Sociétaire*, mai-juin 2016, n° 147, p. 7, spéc. N°18 ; B. Dondero, C. Rougier-Brierre, « Les inattendus de la réforme du droit des contrats : les pactes d'actionnaires, des contrats d'adhésion ? », *Le magazine des affaires*, n° 114, p. 22 ; M. Mekki, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? », *Revue des sociétés* 2016, p. 563, spec. n° 23 à 25.

⁴³ Cf. Annexe II.



Afin de procéder à ces modifications indispensables, deux voies sont susceptibles d'être empruntées, le cas échéant cumulativement :

1. Exclure la qualification de contrat d'adhésion pour les statuts de sociétés (ou, au-delà, de tous les groupements de personnes), ainsi que pour les cessions de contrats et les adjonctions de parties à un contrat négocié de gré à gré.
2. Modifier la définition du contrat de gré à gré et celle du contrat d'adhésion de l'article 1110.

Les problèmes que soulève l'asymétrie des termes employés pour définir le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion, ainsi que le trouble introduit par la référence aux « conditions générales », de connotation consumériste, ou l'emploi du terme « négociées »⁴⁴, pourraient être traités au moyen d'une révision du texte.

Formulation possible :

Article 1110 :

« Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociables entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations générales, soustraites à toute négociation, sont fixées à l'avance et unilatéralement par l'une des parties. L'adjonction ou la substitution de partie à un contrat de gré à gré préexistant n'importe pas du point de vue de cette partie qualification de contrat d'adhésion. L'acquisition de la qualité de membre d'un groupement n'importe pas en elle-même qualification de contrat d'adhésion. ».

S'agissant du champ d'application de l'interdiction des clauses abusives, le HCJP estime qu'une double restriction mériterait d'être opérée.

La première concerne les contrats ou statuts de groupements, dont l'application des dispositions protectrices ne doit pas se trouver déstabilisée par ce texte de droit commun ; ainsi que l'adjonction ou la substitution de partie à un contrat de gré à gré préexistant, au cas où cette situation n'aurait pas été exclue de la définition même des contrats d'adhésion. Elle trouverait son siège à l'article 1171 C. civ.

Formulation possible :

Article 1171 :

« Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux contrats ou statuts de groupements. Elles ne trouvent pas non plus à s'appliquer au cas d'adjonction ou de substitution de partie à un contrat de gré à gré préexistant. ».

⁴⁴ V. T. Revet, « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du code civil », Rec. Dalloz, 15 sept. 2016, n° 30.



La seconde restriction, qui mérite une réflexion complémentaire menée à bref délai, concernerait les contrats financiers, notamment ceux portant sur des instruments financiers. Elle serait inscrite au sein du code monétaire et financier, laquelle réserverait naturellement l'application des dispositions protectrices des consommateurs.



4. Article 1195 : imprévision

Texte

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

Commentaire

Il existe une hésitation sur la place de Paris quant à la manière de neutraliser contractuellement le jeu de l'article 1195⁴⁵. Le tenant pour supplétif, certains se contentent de recourir à une clause d'exclusion spéciale⁴⁶. D'autres se fondent sur la réserve d'application prévue par le texte lui-même, pour stipuler que les parties acceptent le risque d'imprévision. Afin d'assoir l'exclusion de l'article 1195 du code civil, il semble ainsi prudent à certains de constater contractuellement au préalable que les parties assument le risque d'une exécution excessivement onéreuse à raison d'un changement de circonstances imprévisibles. Mais cette seconde solution soulève une double difficulté. En semblant indiquer, conformément à ce que soutient un auteur⁴⁷, que l'article 1195 revêt une

⁴⁵ V. A. Pietrancosta, « Introduction of the hardship doctrine ("théorie de l'imprévision") into French contract law: A mere revolution on the books? », *RTDF*, 2016/3, p. 1.

⁴⁶ C-E Bucher, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *Contrats Concurrence Consommation* n° 5, Mai 2016 ; B. Dondéro, « La réforme du droit des contrats – Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », *JCP E* n° 19, 12 mai 2016, 1283 ; C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G* n° 16, 18 avril 2016, 454 ; A. Pietrancosta, « Introduction of the hardship doctrine ("théorie de l'imprévision") into French contract law: A mere revolution on the books? », *RTDF* 2016/3, p. 84 ; *Le droit des contrats réformé. Sous la dir. d'A. Pietrancosta*, éd. Fauves, 2016 ; M. Boccara, E. Jouffin, M. Roussille, « Réforme du droit des contrats et du régime des obligations – quelle incidence pour les banques ? », *Banque & Droit*, n° 166, mars-avril 2016 ; S. Robineau, « La réforme du droit des contrats », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2016 ; D. Houtcieff, « Chronique de jurisprudence de droit des contrats », *Gazette du Palais*, 26 avril 2016 n° 16, p. 27 ; J-S Borghetti, « La force obligatoire des contrats », *Droit et Patrimoine*, 2016, n° 258 ; P. Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *Revue des contrats*, 1^{er} avril 2016, n° Hors-Série, p. 30 ; M. Mekki, « De l'imprévisible changement de circonstances à l'imprévisible immixtion du juge ? Analyse du nouvel article 1195 du Code civil », *BRDA*, 10/16.

⁴⁷ B. Mercadal considère qu'« une clause ne saurait [...] être conçue de telle sorte qu'elle aboutirait à priver une partie de son droit de demander le rajustement du contrat lorsque les conditions de l'article 1195 sont remplies » (*Dossier Pratique – Réforme du droit des contrats*, Ed. Francis Lefebvre, n° 606, pp. 169-170). Il estime que l'article 1195 serait d'ordre public et que le rapport au Président de la République en aurait fait une mauvaise interprétation en affirmant son caractère supplétif. La position de cet auteur est tout à fait isolée, mais il n'en demeure pas moins que son opinion est soutenable et a été publiée. Une clarification serait donc bienvenue.



portée impérative, elle rend malcommode dans ce cas l'inscription dans le contrat de clauses de « *hardship* ». Qu'en est-il dans ce cas des clauses de type « *Increased Cost* » ou de type renégociation des ratios financiers à raison d'un changement de normes comptables et de leur articulation avec cette exclusion de l'article 1195 du code civil ?

Par ailleurs, cette seconde solution autorise-t-elle des exclusions partielles : exclusion limitée à l'une des parties (le texte semble l'autoriser) ou à certains changements de circonstances imprévisibles (le texte est moins clair sur ce point) ? Et permet-elle l'aménagement de l'application de l'article 1195, en limitant cette application à certaines de ses dispositions ou en l'encadrant ?⁴⁸

Il est en outre souligné que les exigences de prévisibilité et de sécurité juridique sont inhérentes aux opérations sur instruments financiers, qu'il s'agisse de titres ou de contrats et, pour ces raisons, sont indispensables à l'attractivité de la place financière française.

Or, il apparaît que la perspective d'une possible application de l'article 1195 du code civil aux instruments financiers (tels que définis par l'article L. 211-1 du code monétaire et financier) est de nature à nuire grandement à ces deux impératifs.

Cette possible application du régime de l'imprévision a été identifiée par les praticiens ainsi que par la doctrine, sur l'ensemble des familles d'instruments, y compris ceux pour lesquels on s'y attendrait le moins, de par leur nature fondamentalement aléatoire.

Ainsi, le risque de mise en œuvre du régime de l'imprévision a été identifié en ce qui concerne :

- (i) les titres de capital, notamment à l'occasion de certaines cessions de droits sociaux, au-delà d'ailleurs des droits constituant des titres financiers⁴⁹;
- (ii) les titres de créance, notamment les émissions obligataires, l'insertion systématique de clauses écartant l'imprévision laissant planer des doutes sur une possible mise en œuvre de ce régime par des émetteurs souhaitant restructurer leur dette. Cela pose la question d'une éventuelle fragilisation des émissions obligataires en cours de vie (le « stock ») non pourvues de telles clauses ;
- (iii) Les instruments financiers à terme, et ce malgré leur nature fondamentalement aléatoire, qui devrait écarter le risque de mise en œuvre de ce régime.

⁴⁸ Alors que la majorité de la doctrine considère que l'article 1195 peut non seulement être exclu, mais également aménagé, un auteur, plus prudent, estime que « tant que la jurisprudence n'aura pas tranché le point, il demeurera cependant une incertitude » (Ph. Stoffel-Munck « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *Revue des contrats*, 1er avril 2016, n° Hors-Série, p. 30).

⁴⁹ V. H. Le Nabasque, « L'imprévision et la cession de droits sociaux », *Bull. Joly Sociétés*, Septembre 2016, p. 538 ; A. Gaudemet, « Cession de droits sociaux : faut-il avoir peur de l'article 1195 du Code civil ? », *éditorial, Bulletin Joly Sociétés*, décembre 2016, p. 685.



Il apparaît pourtant que tel pourrait être le cas et qu'une des parties serait en droit d'invoquer l'article 1195 pour se soustraire à ses obligations dès lors que l'évènement imprévu n'a pas été inscrit dans le champ contractuel.

L'insertion d'une clause écartant l'application de ce régime pourrait certes constituer une solution pour l'avenir mais serait de nature à fragiliser l'ensemble des opérations sur produits dérivés en cours. De plus, la doctrine apparaît divisée concernant les opérations nouvelles, conclues sous l'empire d'un contrat-cadre négocié antérieurement à la réforme :

- Une partie de la doctrine, minoritaire, considère que ces opérations restent soumises au régime antérieur à l'entrée en vigueur de la réforme.
- Une autre partie de la doctrine, majoritaire, considère que ces opérations sont soumises au nouveau régime tel qu'issu de la réforme. Dans ce cadre, l'insertion d'une clause écartant l'application du régime de l'imprévision dans les contrats nouvellement conclus serait là encore de nature à fragiliser ces opérations.

Pour l'ensemble de ces raisons, une disposition législative écartant le régime de l'imprévision pour l'ensemble des opérations sur instruments financiers, à l'instar de ce qui fut introduit jadis pour les contrats financiers s'agissant de l'exception de jeu (article 1965 du code civil) apparaît opportune.

Propositions

Les difficultés recensées provenant essentiellement d'interprétations doctrinales isolées, le HCJP estime qu'une modification du texte prévoyant son caractère intégralement supplétif ne paraît pas nécessairement opportune, et qu'une prise de position forte en vue de réitérer la nature profonde de ce texte, susceptible d'être conventionnellement écarté ou aménagé, devrait suffire à apaiser les esprits. Les observations rassurantes adressées par les représentants de la DACS au groupe de travail du HCJP y concourent à cet égard d'une manière particulièrement utile⁵⁰.

En revanche, un consensus s'est dégagé quant à la nécessité de prévoir expressément et à bref délai l'inapplication du texte à certains types de contrats financiers, en particulier aux obligations résultant d'opérations sur instruments financiers. Une réflexion devrait être menée à bref délai avec la Direction générale du trésor. Suivant la démarche adoptée en matière de clauses abusives, une telle exclusion devrait trouver son siège dans le code monétaire et financier.

⁵⁰ Cf. Annexe II.



5. Articles 1213 à 1215 : durée des contrats

Texte

Art. 1213 : « *Le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration. La prorogation ne peut porter atteinte aux droits des tiers.* »

Art. 1214 : « *Le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties. Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée.* »

Art. 1215 : « *Lorsqu'à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction. Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat.* »

Propositions

Le groupe de travail est d'avis que les doutes qui pourraient naître à la lecture de ces dispositions, pour l'essentiel supplétives, pourraient être levés par voie d'interprétation.

Ainsi pourraient être confirmées : la faculté de réserver les sûretés en cas de renouvellement ou de reconduction, notamment celles consenties par les tiers, avec leur accord ; ou encore, au cas de renouvellement d'un contrat à durée déterminée, la possibilité de modifier le contenu et la durée du contrat. Les observations adressées par les représentants de la DACS au groupe de travail constituent de ce point de vue un premier apport utile⁵¹.

En revanche, la possibilité pour les parties de procéder à une prorogation rétroactive, pour le cas où elles auraient laissé passer la date d'expiration par simple inadvertance ou parce qu'une période de discussion s'est engagée ou continue après terme, pourrait se heurter à un obstacle conceptuel dans la mesure où l'on pourrait hésiter à qualifier de prorogation une telle « résurrection » contractuelle. Pourtant, une telle situation se rencontre en pratique, notamment dans le contexte d'un contrat de prêt (on pourrait aussi songer à un contrat de vente avec paiement d'une partie du prix à terme) non remboursé au terme convenu. Dans cette situation, il n'est pas rare que s'ouvre alors une période de discussion, destinée à passer en revue les solutions possibles. Afin d'éviter que le débiteur ne soit en défaut, on lui accorde un « *standstill* ». La solution trouvée va généralement inclure une nouvelle maturité et sera documentée par un avenant. Une modification textuelle rassurerait ainsi les praticiens concernés sur la possibilité de procéder à une telle prorogation, dont l'avantage est d'éviter de déclencher la cascade d'effets juridiques attachés à la conclusion d'un contrat nouveau.

Formulation possible :

Art. 1213 : « *Le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration, ou avec effet rétroactif si celle-ci est intervenue. La prorogation ne peut porter atteinte aux droits des tiers.* »

⁵¹ Cf. Annexe II.



6. Article 1216-1 : cession de contrat

Texte

« Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir. À défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat. »

Commentaire

La question de la libération du cédant en cas de cession de contrat fait l'objet de lectures divergentes. Le fait qu'il ne soit pas clairement précisé à l'article 1216-1 du code civil que cette libération peut intervenir par avance dans le contrat cédé pour tout cédant futur pourrait constituer un frein à la compétitivité du droit français, s'agissant de cession de droits et obligations au titre d'un contrat de crédit par un prêteur, pour lequel l'absence de libération au titre du contrat cédé, à défaut d'accord du débiteur cédé au moment de la cession, comporte un enjeu bilanciel.

Propositions

Sensible aux difficultés d'interprétation que peut faire naître l'asymétrie existant entre l'article 1216, qui prévoit la possibilité de consentir à l'avance à la cession de la qualité de partie à un contrat, et l'article 1216-1, silencieux quant à la possibilité de consentir à l'avance à la libération du cédant en cas de cession de contrat, le HCJP se déclare favorable à une révision de l'article 1216-1. Si rien ne s'y oppose, comme le font justement et utilement remarquer les représentants de la DACS dans leurs observations⁵², l'établissement exprès d'une telle symétrie, outre la satisfaction apportée pour l'esprit, serait de nature à lever immédiatement toute incertitude dans la pratique de ces opérations.

Formulation possible :

« Le cédé peut expressément consentir à ce que la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir. Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé. À défaut d'accord, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat ».

⁵² Cf. Annexe II.



7. Articles 1216 et 1216-3 : cession de contrat ; article 1328-1 : cession de dettes

Texte

Art. 1216 : « *Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé.*

Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte.

La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité. »

Art. 1216-3 : « *Si le cédant n'est pas libéré par le cédé, les sûretés qui ont pu être consenties subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord. Si le cédant est libéré, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette. »*

Art. 1328-1 : « *Lorsque le débiteur originaire n'est pas déchargé par le créancier, les sûretés subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord. »*

Commentaire

La formulation ambiguë, le caractère incomplet et l'asymétrie des situations visées par la seconde phrase du 1^{er} alinéa de l'article 1216-3 du code civil rend son interprétation particulièrement délicate. Celle-ci est actuellement débattue par les praticiens. Le lien établi par cet article entre libération du cédant et maintien des sûretés semble induire que cet alinéa a pour objet les sûretés consenties en garantie des obligations du cédant et qu'en conséquence il n'a pas vocation à s'appliquer à une cession de contrat relative à un contrat de crédit où les sûretés garantissent les obligations des débiteurs cédés. D'autres praticiens, notant que la théorie de l'accessoire rappelée par l'article 1321 en matière de cession de créances n'est aucunement mentionnée dans les articles 1216 à 1216-3 du code civil, soutiennent que l'alinéa susvisé a vocation à s'appliquer aux sûretés consenties en garantie des obligations des débiteurs cédés.

La doctrine se montre également divisée quant aux conséquences, non explicitement traitées, de la libération du cédant sur le sort des sûretés consenties par ce dernier.

Propositions

Pour le HCJP, l'objet de ce texte qui vise la libération du cédant ne fait pas débat. Il ne peut concerner que le sort des sûretés consenties par le cédant ou des tiers pour garantir les obligations du cédant⁵³. S'agissant du sort

⁵³ Cf. en ce sens les observations des représentants de la DACS, Annexe II.



des sûretés garantissant les obligations du cédé, il convient donc de se fonder sur la théorie de l'accessoire, même si l'application de celle-ci n'est pas rappelée en matière de cession de contrat, contrairement à ce qui est disposé pour la cession de créance. Le HCJP estimerait néanmoins utile, d'une part, de mentionner expressément l'application de la théorie de l'accessoire, afin de mieux asseoir la symétrie de solutions qui s'impose, d'autre part, de préciser le sort des sûretés garantissant les obligations nées antérieurement à la cession, et enfin, de viser expressément les « privilèges », lesquels ne sont pas à proprement parler des sûretés « consenties » par le cédant ou des tiers. Si ces solutions sont approuvées par les représentants de la DACS comme découlant implicitement des dispositions actuelles⁵⁴, le HCJP estime utile, par souci de cohérence et de sécurité juridique, de procéder aux modifications proposées. Les représentants de la DACS se montrent ouverts, en revanche, à une révision des dispositions du texte relatives aux conséquences de la libération du cédant sur le sort des sûretés consenties par ce dernier.

Formulation possible d'un dernier alinéa ajouté à l'article 1216 :

« Elle s'étend aux accessoires des obligations nées du contrat ».

Formulation possible du premier alinéa de l'article 1216-3 :

« Si le cédant n'est pas libéré par le cédé, les privilèges et les sûretés qui ont pu être consenties subsistent. Dans le cas contraire, les privilèges et les sûretés consenties par le cédant ou des tiers subsistent pour garantir les obligations nées antérieurement à la cession. Elles ne subsistent pour l'avenir qu'avec l'accord du cédant ou des tiers garants ».

L'article 1328-1 pourrait être reformulé de façon identique s'agissant du sort des sûretés en matière de cession de dettes.

Formulation possible :

« Lorsque le débiteur originaire n'est pas déchargé par le créancier, les sûretés subsistent. Dans le cas contraire, les privilèges et les sûretés consenties par le cédant ou des tiers subsistent pour garantir les obligations nées antérieurement à la cession. Les sûretés ne subsistent pour l'avenir qu'avec l'accord du cédant ou des tiers garants. »

⁵⁴ Cf. Annexe II.



8. Article 1323 alinéas 1 et 3 : cession de créance

Texte

« Entre les parties, le transfert de la créance s'opère à la date de l'acte. »

« Toutefois, le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers. »

Commentaire

Le troisième alinéa de l'article 1323 suscite des interrogations à plus d'un titre.

Il conviendrait, tout d'abord, de sécuriser le transfert d'une créance future. L'Ordonnance fait en effet exception à la règle selon laquelle le transfert de la créance cédée s'opère entre les parties et est opposable aux tiers à la date de l'acte de cession, en énonçant que le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers. S'il va sans dire que le transfert d'une créance ne peut opérer avant qu'une créance ne vienne à exister, le fait de subordonner à la naissance de la créance l'opposabilité aux tiers de la cession elle-même engendre des conséquences fâcheuses, soulignées par la doctrine, notamment au cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant⁵⁵, et handicaperait ainsi gravement la cession de créances futures de droit commun face à la « cession Dailly » du code monétaire et financier, dont la jurisprudence a reconnu à cet égard une pleine efficacité⁵⁶. Le texte nouveau pourrait même conduire à rouvrir, sur le terrain des créances professionnelles, un débat, qu'on croyait pourtant heureusement clos après tant d'années d'hésitation jurisprudentielle, sur la date à laquelle les créances nées de contrats à exécution successive sortent du patrimoine du cédant⁵⁷. Notons, à cet égard, que ce texte ne vise que les créances « futures » alors que la jurisprudence distingue entre les créances futures, qui sont à naître, et les créances nées

⁵⁵ V. not. O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, p. 645-646 ; F. Danos, « Proposition de modification de l'article 1323 du Code civil : l'opposabilité aux tiers de la cession d'une créance future », *Revue des contrats*, 2017, n° 1, p. 200.

⁵⁶ V. not. Cour de cassation, chambre commerciale, 7 décembre 2004 (pourvoi n° 02-20.732), cassation de cour d'appel de Bordeaux, 1er octobre 2002 (renvoi devant cour d'appel d'Agen) ; « Effet translatif d'une cession Dailly de créances futures et procédure collective ultérieure du cédant : fin du suspens ! » - *Actualité des procédures collective*, 2005, n° 2, 30 janvier, § 17 ; « L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant d'une créance professionnelle, après la date apposée sur le bordereau Dailly, ne fait pas obstacle au paiement du banquier cessionnaire » - *JCP entreprise*, 2005, n° 6, 10 février, jurisprudence, § 236, p. 231, note S. Raby ; « Cession de créance et procédure collective du cédant : revirement de jurisprudence », *Recueil Dalloz, cahier droit des affaires*, 2005, n° 1, 6 janvier, actualité jurisprudentielle, p. 77, note A. Lienhard ; « La cession de créance et la procédure collective ouverte contre le cédant », *Recueil Dalloz, cahier droit des affaires*, 2005, n° 3, 20 janvier, jurisprudence, p. 230, note C. Larroumet ; « Cession Dailly et procédure collective du cédant : un revirement de jurisprudence », *Revue Lamy droit des affaires*, 2005, n° 80, mars, jurisprudence, § 5000, p. 31, note D. Chemin.

⁵⁷ V. *Le droit des contrats réformé. Sous la dir. d'A. Pietrancosta*, éd. Fauves, 2016.



de contrats à exécution successive, dont seule l'exigibilité est différée. Or, la loi Dailly appréhende à l'identique les créances à naître et les créances nées mais non encore exigibles. Aussi, paraît-il opportun d'aligner la formulation de l'article 1323 du code civil sur celle adoptée dans l'article L. 313-27 du code monétaire et financier concernant « la cession Dailly », ce qui serait parfaitement cohérent avec les évolutions récentes du droit des procédures collectives tendant à rééquilibrer les droits du débiteur et ceux de ses créanciers. Enfin, certains praticiens semblent hésiter sur le caractère supplétif de la date de l'acte en l'absence de volonté contraire des parties.

Propositions

Le HCJP est d'avis que la référence faite à « *la date de l'acte* » est clairement supplétive de la volonté des parties, comme l'ont clairement confirmé les observations adressées par les représentants de la DACS⁵⁸. Il est toutefois sensible à l'importance de ne pas porter atteinte à la solution de principe jurisprudentielle reconnaissant l'efficacité d'une cession de créance née d'un contrat à exécution successive en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du cédant. Dans un souci de cohérence rédactionnelle, le HCJP juge utile de synthétiser les deux alinéas existants dans une formule transposée de la loi « Dailly » :

Formulation possible :

« La cession prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date convenue par les parties ou dans le silence de l'acte de cession, à la date de l'acte, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité de la créance. »

⁵⁸ Cf. Annexe II.



9. Article 1334 alinéa 2 : novation

Texte

« Par exception, les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants. »

Commentaire

Ce second alinéa a le mérite d'étendre la possibilité de « réserver » les sûretés en cas de novation de l'obligation garantie. Toutefois certains des termes employés pourraient induire une interprétation restrictive sur plusieurs points. Là encore, même si de telles restrictions paraissent contraires à la bonne intelligence du texte, comme indiqué par les représentants de la DACS⁵⁹, les incertitudes engendrées en pratique militent en faveur d'une levée immédiate.

Propositions

Le HCJP estime opportun de modifier ce texte d'ordre technique afin d'en asseoir la vocation à caractère général.

Formulation possible :

« Par exception, les sûretés garantissant l'obligation ancienne consenties par le débiteur de cette obligation ou par des tiers garants peuvent être réservées pour la garantie de l'obligation nouvelle avec le consentement du débiteur ou des tiers garants. Ce consentement peut être donné par avance dans les limites prévues par la loi. »

⁵⁹ Cf. Annexe II.



10. Article 1343-3 : paiement en devises

Texte

« Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros. Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre devise si l'obligation ainsi libellée procède d'un contrat international ou d'un jugement étranger. »

Commentaire

La réforme semble emporter une restriction du domaine du paiement en devises, en substituant au critère jurisprudentiel du « *paiement international* » celui du « *contrat international* ». Le critère antérieur permettait en effet aux parties de déterminer la monnaie de compte ou de paiement de leurs obligations même si le paiement devait être réalisé sur le sol français dès lors qu'il pouvait être qualifié d'international⁶⁰. Le nouveau texte pourrait ainsi remettre en cause la possibilité d'effectuer des paiements en devises en exécution de contrats internes, ainsi que la pratique des crédits en devises et des opérations de marché OTC (*over-the-counter* ou de gré à gré) relatives à des devises, bien que lesdits contrats emportent paiement international au sens largement entendu par la jurisprudence. On notera au surplus que la jurisprudence récente tend à se référer parfois à une notion plus souple qui est celle d'opération de commerce international. Ainsi la Cour de cassation a décidé, s'agissant d'un contrat de prêt, que les juges du fond devaient rechercher si celui-ci « devait donner lieu à un paiement international, ou, à tout le moins, s'il était destiné à financer une opération de commerce international »⁶¹.

La réforme ne correspond pas non plus à l'évolution du droit positif dans le domaine pourtant très protégé du crédit immobilier aux particuliers qui autorise les remboursements en devises.

À cet égard, il convient de rappeler que l'article 1343-3 du code civil vise deux concepts distincts : celui de « monnaie de paiement » (à savoir l'utilisation d'une monnaie étrangère dans une opération de paiement) et celui de « monnaie de compte » (à savoir la stipulation d'une obligation en monnaie étrangère) ; la première phrase de cet article vise la « monnaie de paiement » (cf. « *Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent [...]* ») et la seconde phrase consacre une exception au principe du paiement en euros lorsqu'une monnaie étrangère est la « monnaie de compte » de l'obligation (cf. « *Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre devise si l'obligation ainsi libellée [...]* »).

S'agissant des contrats donnant lieu à un paiement international, il est de jurisprudence bien établie que tant la « monnaie de compte » que la « monnaie de paiement » relèvent de la liberté contractuelle.

⁶⁰ V. not. Civ. 1re, 15 juin 1983, n° 82-11.882.

⁶¹ Civ. 1re, 11 oct. 1989, D. 1990. 167.



Pour les opérations purement internes, en revanche, l'utilisation d'une monnaie étrangère en tant que « monnaie de compte » n'a semble-t-il été « admise » par la jurisprudence que dans les cas où la monnaie étrangère est considérée comme un indice pour déterminer le quantum d'une obligation qui a été ou qui est réputée avoir été stipulée en euros sur le plan juridique (tel est notamment le cas pour les crédits en devises susvisés) ou lorsque le débiteur de l'obligation conserve la faculté de se libérer en euros (par exemple en matière de crédit immobilier aux particuliers). Autrement dit, l'utilisation d'une monnaie étrangère en tant que « monnaie de compte » ne semble pas avoir été véritablement admise par la jurisprudence. Par ailleurs, l'utilisation d'une monnaie étrangère en tant que « monnaie de paiement » est prohibée par la jurisprudence⁶². Enfin, le terme « *devise* » désignant *stricto sensu* une monnaie étrangère, il a été fait remarquer que parler d'« *autre devise* » que l'euro ne serait pas techniquement correct. L'observation est exacte si l'on prend comme point de référence le lieu du paiement, le texte disposant à propos du « *paiement en France* ». Elle l'est moins si l'on adopte le point de vue du débiteur, aux yeux de qui l'euro peut aussi constituer une devise.

Ainsi, sur le fond, la rédaction actuelle de l'article 1343-3 du code civil restreint à notre sens le droit jurisprudentiel antérieur et devrait donc être corrigée pour ne pas remettre en cause le droit positif. À cet égard, nous préconisons (i) de revenir à la notion de « paiement international » voire de prendre acte de la jurisprudence aux termes de laquelle il convient de s'attacher à la finalité du paiement moins qu'à sa nature intrinsèque et (ii) d'ajouter le cas où le débiteur conserve la faculté de se libérer en euros dans la seconde phrase de l'article 1343-3 du code civil, étant entendu que cet ajout aurait pour effet d'étendre l'utilisation de monnaies étrangères en tant que « monnaie de compte » à tous les contrats dès lors que le débiteur de l'obligation conserve la faculté de se libérer en euros.

Une extension de la possibilité d'utiliser des monnaies étrangères en tant que « monnaie de compte » et de « monnaie de paiement » dans certaines circonstances pourrait par ailleurs être envisagée après réalisation d'une étude d'impact, en concertation avec le Ministère de l'Économie et des Finances.

S'agissant, enfin, des remarques concernant l'emploi des termes « *autre devise* », il importe de conserver une rédaction qui ne paraisse pas affaiblir le statut international de l'euro en tant que devise. Une solution de compromis consisterait à substituer au terme « *devise* » celui de « *monnaie* ».

Propositions

Compte tenu, là aussi, de l'importance du sujet et des enjeux représentés, notamment en termes d'attractivité de notre territoire, une révision du texte paraît indispensable. Une telle révision serait, selon la compréhension du HCJP, conforme à l'intention des auteurs de la réforme, confirmée par les représentants de la DACS au groupe de travail⁶³, lesquels n'envisageaient pas de revenir sur le droit positif en restreignant les hypothèses de paiement en devises en France. Le HCJP estime en conséquence nécessaire d'écarter toute incertitude à cet égard, voire d'ouvrir de nouvelles possibilités dans la mesure où elles seraient en ligne avec la politique monétaire du pays, ce qui devrait être vérifié auprès du Ministère de l'Économie et des Finances.

⁶² V. e.g. Cass. Civ. 3, 18 oct. 2005, n° 04-13.390.

⁶³ Cf. Annexe II.



Formulation possible à droit constant (première proposition) :

« Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros. Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre monnaie s'il s'agit d'un paiement international, si l'obligation ainsi libellée procède d'un jugement étranger ou si le débiteur conserve la faculté de se libérer en euros ».

Formulation possible à droit constant (deuxième proposition) :

« Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros. Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre monnaie s'il s'agit d'un paiement international, ou si celui-ci est en relation directe avec l'exécution d'un contrat international, si l'obligation ainsi libellée procède d'un jugement étranger ou si le débiteur conserve la faculté de se libérer en euros ».

Parallèlement à la codification du droit positif, il serait souhaitable de s'interroger sur l'opportunité d'autoriser les paiements dans une monnaie autre que l'euro dans d'autres circonstances que celles susvisées. Deux pistes de réflexion ont été évoquées : (i) autoriser le paiement dans une monnaie autre que l'euro si le paiement est en relation directe avec une opération dans laquelle l'une des parties exerce une activité bancaire ou financière ; (ii) autoriser le paiement dans une monnaie autre que l'euro des obligations contractées par un débiteur dans l'exercice de son activité professionnelle.



ANNEXE 1

Liste des membres du groupe de travail



LISTE DES MEMBRES DU GROUPE DE TRAVAIL

• HCJP

Guy Canivet, Président du HCJP et du groupe de travail
Gérard Gardella, Secrétaire Général du HCJP

• Chancellerie

Guillaume Meunier (sous-directeur du Droit civil, DACS)
Clotilde Bellino (Bureau du droit des obligations, DACS)

• Direction Générale du Trésor

Alice Navarro (Conseillère juridique de la Directrice Générale du Trésor)

• AMF

Anne Maréchal (Directrice des Affaires Juridiques)
Delphine Charrier Blestel (Adjointe à la Directrice des Affaires Juridiques)
Marija Dimitrijevic (Chargée de mission, Direction des Affaires Juridiques)

• ACPR

Barbara Souverain-Dez (Adjointe au Directeur des Affaires Juridiques)
Hélène Arveiller (Responsable du service du droit des affaires et du droit privé)

• Professeurs

Philippe Dupichot, Professeur, Paris I
Alain Pietrancosta, Professeur, Paris II

• Avocats

Alban Caillemer du Ferrage (Avocat associé, Jones Day)
Clothilde Beau (Avocate, Gide)
Dominique Borde (Avocat associé, Paul Hastings)
Jean-Pierre Mattout (Avocat associé, Kramer Levin)
Didier Martin (Avocat associé, Bredin Prat)
Hubert Merveilleux du Vignaux (Avocat associé, Gide)
Aline Poncelet (Avocate associée, Paul Hastings)
Diane Sénéchal (Avocate associée, Jones Day)

• FBF

Alain Gourio (Directeur Juridique)

• ANSA

Isabelle Trémeau (Secrétaire Générale)



ANNEXE 2

*Observations du Ministère de la Justice -
Direction des affaires civiles et du Sceau*



OBSERVATIONS DU MINISTERE DE LA JUSTICE – DIRECTION DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU

Observations générales

D'une façon générale, il convient de rappeler l'esprit dans lequel l'Ordonnance a été rédigée : il s'agissait de moderniser les textes actuels du code civil et de codifier pour une large part la jurisprudence, notamment lorsqu'elle a complété les silences du code Napoléon. En revanche, il n'est pas paru opportun de revenir sur la conception traditionnelle française du code civil, et en particulier sur le caractère général et concis de ses textes, qui ont largement contribué à leur souplesse indispensable à leur adaptation au cas par cas, et à leur pérennité. Aussi est-il inévitable que certaines questions très techniques ne soient pas explicitement résolues dans l'Ordonnance.

Sur un certain nombre de questions posées par le HCJP, des éléments de réponse souvent convergents peuvent être trouvés dans les nombreux commentaires parus sur la réforme, qui sont de nature à anticiper les décisions que pourra rendre la Cour de cassation.

Par ailleurs, la Cour de cassation sera amenée à prendre position sur les éventuelles difficultés d'application du texte, et pourra à cette fin être saisie pour avis.

La DACS est par ailleurs disposée, afin de garantir un maximum de sécurité juridique aux opérateurs, à répondre à bref délai aux questions écrites qui lui seraient posées quant à l'interprétation de certains textes de l'Ordonnance.

Pour l'essentiel, il apparaît en effet que les questions posées par le HCJP relèvent de l'interprétation des textes. Dès lors que sur la plupart des textes examinés, la DACS partage la lecture du HCJP, qui correspond en général à celle de la doctrine majoritaire, une interprétation proposée par le HCJP serait de nature à rassurer les praticiens sans avoir à modifier des textes déjà entrés en vigueur, ce qui risquerait à n'en pas douter d'être à nouveau source de difficultés.

Sur quelques textes circonscrits néanmoins, la DACS ne serait pas opposée à ce que des clarifications textuelles soient apportées. Ces dernières ne pourront toutefois intervenir, à tout le moins s'agissant des modifications à apporter dans le code civil, que dans le cadre de la ratification de l'Ordonnance, dont la DACS ne maîtrise pas le calendrier à ce jour.



I/ Interprétations

1. Droit transitoire

Il n'était pas envisageable de préciser dans l'Ordonnance les dispositions de droit transitoire applicables à l'ensemble des hypothèses visées, une telle énumération ne pouvant en tout état de cause être exhaustive.

Seules les conditions d'application dans le temps de l'Ordonnance **aux contrats** ont été précisées, en se limitant à quelques règles de principe : entrée en vigueur au 1er octobre 2016 et application aux seuls contrats conclus après cette date. Dès lors qu'une règle expresse de droit transitoire est prévue pour les contrats, aucune disposition, même d'ordre public, ne peut être appliquée aux contrats en cours au 1er octobre 2016 puisque l'Ordonnance ne l'a pas prévu. Il nous semble en effet que l'application de la loi nouvelle aux effets légaux des situations juridiques nées antérieurement et non entièrement réalisées ou pour les dispositions répondant à des exigences impérieuses d'ordre public, ne vaut que lorsque la loi nouvelle n'a pas prévu de disposition transitoire et serait contraire en l'espèce à ce que prévoit expressément l'Ordonnance.

Les autres situations nous semblent pouvoir être réglées par l'application des principes habituels de droit transitoire dégagés par la jurisprudence, étant observé à cet égard que la plupart des textes législatifs et réglementaires ne prévoient aucune disposition de droit transitoire. Les différents articles et ouvrages doctrinaux parus depuis la publication de l'Ordonnance apportent d'ailleurs le plus souvent des solutions à l'ensemble des situations évoquées (voir notamment « Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'Ordonnance du 10 février 2016 », Libres propos par Sophie Gaudemet, La Semaine Juridique Edition Générale n°19, 9 Mai 2016, 559 ; G. Chantepie et M. Latina, « La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil », Éditions Dalloz, 2016, n°44 et suivants).

Ainsi pour les **faits juridiques**, il nous semble que les règles applicables aux contrats sont transposables : ainsi pour déterminer la loi applicable en matière de quasi-contrats, il faudra prendre en compte la date du fait juridique qui en est à la source (pour la gestion d'affaires, on prendra en compte la date de l'acte juridique ou matériel accompli, pour la restitution de l'indu la date du paiement indu et pour l'enrichissement sans cause le jour de la dépense).

S'agissant des **promesses de contrats**, les règles applicables à la promesse seront celles applicables au jour de sa conclusion, cette promesse étant elle-même un contrat, quelle que soit la date à laquelle l'option est levée.

De même pour la **cession de contrat**, dès lors que la cession constitue en elle-même une convention entre cédant et cessionnaire, elle sera soumise au droit nouveau dès lors qu'elle sera conclue à compter du 1^{er} octobre 2016, mais en revanche le contrat cédé lui-même, qui se poursuit en dépit de la cession par l'une des parties de sa qualité de partie à un tiers, restera régi par le droit sous l'empire duquel il a été conclu. Un raisonnement analogue nous semble devoir être adopté pour la cession de dette et la cession de créance, dès lors que le rapport initial d'obligation



se poursuit : la cession elle-même (qui est un contrat) sera soumise au droit applicable au jour où elle intervient, tandis que l'obligation objet de la transmission restera soumise au droit applicable au jour de sa naissance.

Aucune modification du texte n'est donc envisagée.

2. Article 1234 alinéa 1 : cession de créance

Dès lors que le consentement du débiteur n'est pas nécessaire pour la validité de la cession de créance (article 1321 *in fine*), le présent texte vise à préciser qu'elle ne lui devient néanmoins opposable qu'au jour où elle lui est notifiée ou lorsqu'il en prend acte. Il s'agit en effet de s'assurer que le débiteur soit bien informé de la cession intervenue et qu'il ne s'expose pas au risque de devoir payer deux fois. Cette information pourra résulter d'une notification (condition assouplie par rapport à l'ancien article 1690 du code civil : une lettre suffit, plus besoin d'une signification) ou d'une « prise d'acte » par le débiteur cédé, c'est-à-dire une manifestation de sa part qu'il a connaissance de la cession. Aucune forme n'est exigée pour la prise d'acte. Un écrit n'est pas nécessaire. Ainsi par exemple le fait que le débiteur exécute l'obligation auprès du créancier cessionnaire pourra constituer une « prise d'acte » de la cession. **Cette formule permet effectivement la plus grande souplesse, ce qui devrait donc plutôt susciter l'adhésion des praticiens.**

3. Articulations dispositions supplétives/impératives, généralistes/spéciales

La question du caractère supplétif ou impératif des dispositions de l'Ordonnance et la manière de l'exprimer, s'est posée lors de la rédaction de l'Ordonnance. Des universitaires ont été consultés mais aucune solution pleinement satisfaisante n'a été proposée à la Chancellerie.

Il faut rappeler que le titre III du livre III du code civil ne contenait pas de disposition sur le caractère impératif ou supplétif des textes. Prenant appui sur l'article 6 du code civil, la doctrine et la jurisprudence ont toujours considéré que la loi était par principe supplétive de volonté, la liberté des parties étant le principe. La réforme du droit des contrats s'est donc inscrite dans cette tradition. C'est pourquoi le rapport au Président de la République précise que le caractère par principe supplétif des dispositions de l'Ordonnance s'infère de l'article 6 et des nouveaux articles 1102 et 1103 du code civil. D'un point de vue pratique, il n'était d'ailleurs pas envisageable de préciser dans chaque texte qu'il était supplétif par une mention du type « sauf clause contraire ».

Il a donc été fait le choix de se limiter à indiquer expressément le caractère d'ordre public d'un certain nombre de textes (selon des formules variables), ce caractère impératif, sans être exprès, découlant parfois de la formulation même de l'interdiction. Force est de constater par ailleurs que certains textes, comme par exemple ceux relatifs aux conditions de validité du contrat et à leur sanction, sont par essence d'ordre public. De même les textes qui reconnaissent des droits à des tiers ne peuvent être écartés par les parties. Il nous semble également que s'agissant des textes porteurs de définitions ou de classifications, une clause contraire serait un non-sens.



Le choix initial du gouvernement était de supprimer toute mention du type « sauf clause contraire », toutefois il faut reconnaître que pour rassurer les praticiens de telles mentions ont été conservées voire ajoutées dans certains textes, notamment dans le régime général des obligations. Comme indiqué dans le rapport au PR, ce rappel résultait d'un pur souci didactique et il ne doit en être tiré aucune interprétation *a contrario*.

Il est vrai néanmoins que nonobstant les termes du rapport, la jurisprudence pourra dans le cadre de sa mission d'interprétation de la loi, qualifier d'impératifs certains textes (ordre public virtuel).

La question de l'articulation entre « dispositions générales » et « dispositions spéciales » a également fait l'objet de discussions lors de l'élaboration du texte et donné lieu à plusieurs échanges avec des universitaires. La règle posée à l'article 1105 nous semble de nature à régler l'essentiel des situations dans lesquelles le droit commun et le droit spécial sont concurremment applicables.

Seuls certains textes ciblés nous semblent réellement poser une question d'articulation avec le droit spécial (notamment l'article 1171 sur les clauses abusives et l'article 1156 sur la représentation) justifiant qu'ils soient précisés dans le cadre de la ratification de l'Ordonnance.



II/ Propositions de modification

1. Article 1145 al.2 : capacité des personnes morales

Le projet de la Chancellerie qui avait été soumis à la consultation publique ne consacrait pas de texte relatif à la capacité des personnes morales, comme le projet Terré et à la différence du projet Catala.

Néanmoins lors de la consultation publique sur le projet, le fait que l'article 1145 ne vise que la capacité des personnes physiques, alors que l'ancien article 1123 était considéré comme posant le principe de la capacité de contracter des personnes physiques et morales (puisqu'il visait « toute personne » sans distinction), a été questionné par plusieurs contributeurs.

L'absence de texte sur les personnes morales avait notamment été regrettée par la Cour de cassation dans sa contribution de mai 2015 mais également par les professionnels (GEMA, AFEP).

Par ailleurs certains commentateurs avaient souligné le risque d'une lecture *a contrario* de l'article 1145 alinéa 1 qui ne visait que les personnes physiques, l'absence d'un principe général de capacité des personnes morales pouvant être interprété comme un abandon de la théorie de la réalité des personnes morales (voir N. Dissaux et C. Jamin dans leur « Commentaire article par article » du projet de réforme publié le 25 février 2015, éditions Dalloz).

Le texte sur la capacité des personnes morales a donc été réintroduit à la suite de la consultation publique. Aucune rédaction n'ayant été proposée par les contributeurs, la Chancellerie s'est inspirée de la définition proposée dans le projet Catala (« Les personnes morales sont dotées d'une capacité de jouissance spéciale.

Celle-ci recouvre les actes utiles à la réalisation de leur objet, tel qu'il est défini par les statuts, dans le respect des règles applicables à la personne morale considérée, ainsi que les actes qui sont les accessoires des précédents »). Cette définition a ultérieurement été modifiée devant le Conseil d'État, qui a notamment supprimé la référence à la capacité de jouissance.

La DACS n'est pas opposée à une modification de ce texte à l'occasion de la ratification de l'Ordonnance, afin de mettre fin aux inquiétudes exprimées par les professionnels puisque l'intention des rédacteurs n'était pas de modifier le droit positif. Le maintien d'un texte faisant expressément apparaître le principe de la capacité des personnes morales semble néanmoins opportun, pour les raisons précédemment indiquées.



2. Article 1161 : représentation

La volonté du gouvernement n'était pas d'interférer sur les règles de droit des sociétés: il avait en effet été considéré qu'en application de l'article 1105 du code civil, dès lors que des règles spéciales existent, notamment en droit des sociétés, pour régir ces situations de conflits d'intérêts, ce sont ces règles qui continuent à s'appliquer, à l'exclusion de l'article 1161. Toutefois force est de constater qu'il n'existe parfois pas de texte exprès en droit des sociétés (par exemple pour les SNC et les sociétés civiles) et que l'application de l'article 1161 à ces sociétés remettrait en cause la cohérence du dispositif prévu en droit des sociétés.

Par ailleurs le texte ne visait aucunement à remettre en cause la représentation de multiples parties ayant des intérêts convergents (dans les contrats syndiqués par exemple).

La DACS n'est donc pas opposée à ce qu'à l'occasion de la ratification, le champ d'application de l'article 1161 soit circonscrit même si elle reste réservée sur la rédaction proposée.

3. Articles 1110 et 1171 : contrat d'adhésion et clauses abusives

La DACS n'est pas favorable à une modification de la définition du contrat d'adhésion retenue à l'article 1110, les interprétations proposées par certains commentateurs nous semblant relever d'une dénaturation du texte.

Le contrat d'adhésion que l'article 1110 alinéa 2 entend viser est celui dont les conditions générales sont établies à l'avance et qui est ensuite offert à l'adhésion du plus grand nombre. L'absence de négociation effective entre les parties ne suffit pas à qualifier le contrat de contrat d'adhésion : comme l'explique le professeur François Chénéde (« Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil », JCP édition générale, 4 juillet 2016, 776), dont les travaux ont inspiré la définition retenue dans le projet, l'élément caractéristique du contrat d'adhésion réside dans la détermination unilatérale et définitive des conditions générales du contrat que l'adhérent ne peut refuser sans renoncer à la conclusion du contrat. Le critère n'est donc pas l'insuffisance ou l'absence de négociation effective mais l'impossibilité de cette négociation des conditions générales, le contrat étant rédigé de manière invariable, ce qu'exprime la notion de « soustraction » à la négociation. Le fait qu'une partie ait accepté le contrat sans le négocier est donc insuffisant à appliquer le régime du contrat d'adhésion si la négociation était possible.

De même, les clauses des statuts d'une société ou d'une association ne sont pas visés dès lors que leurs clauses ne sont pas des « conditions générales » déterminées à l'avance par une des parties, et qu'elles sont négociées par les parties initiales. Considérer que ces statuts sont assimilables à un contrat d'adhésion pour le cessionnaire de parts auquel ils s'imposent revient là encore à détourner l'esprit du texte.



La DACS n'est pas opposée en revanche à ce que le champ d'application de l'article 1171 relatif aux clauses abusives soit précisé (notamment son articulation avec les textes du code de la consommation et du code de commerce sur les clauses abusives).

Toutefois les exclusions proposées relatives aux cessions ou adjonctions de parties nous semblent inutiles car elles ne relèvent pas du champ d'application des contrats d'adhésion : en effet ces situations ne correspondent aucunement à l'esprit du texte, et ne peuvent à notre sens être assimilées à des contrats d'adhésion. De même, comme indiqué précédemment, **les statuts de groupements ne relèvent pas de la définition des contrats d'adhésion** et l'exclusion proposée semble là encore inutile. En tout état de cause si une telle exclusion devait être retenue pour ces contrats, elle devrait figurer dans les textes propres à chacun d'eux et non dans le texte général relatif aux clauses abusives.

Les exclusions tenant aux contrats portant sur des instruments financiers devraient figurer dans le code monétaire et financier. Elles devraient procéder en outre à une différenciation minutieuse selon la nature des contrats considérés, qui sont très variés, ainsi que selon la qualité des parties contractantes, qui peuvent être des investisseurs qualifiés ou non, au sens du droit de l'Union. Le regard de l'Autorité des marchés financiers serait indispensable à cet égard.

4. Articles 1195 : imprévision

Les termes même de l'article 1195 alinéa 1^{er} impliquent que les parties peuvent toujours exclure contractuellement toute révision du contrat même en cas de changement de circonstances imprévisibles, puisque l'une des conditions d'application du texte est que la partie lésée n'ait pas accepté contractuellement d'assumer le risque d'imprévision.

Même si le texte de l'article 1195 ne le rappelle pas expressément, les parties peuvent également librement, sans exclure totalement la révision du contrat en cas d'imprévision, aménager contractuellement les conséquences du changement de circonstances tout comme elles peuvent limiter leur acceptation à certains risques « imprévisibles ». En effet comme le rappelle le rapport au Président de la République, en application du principe général de liberté contractuelle rappelé par l'article 1102, les dispositions relatives au droit des contrats présentent en principe un caractère supplétif de volonté. En ne prévoyant pas de mention sur son caractère d'ordre public, les rédacteurs ont donc clairement entendu faire de l'article 1195 un texte supplétif de la volonté des parties, comme cela est d'ailleurs indiqué dans le rapport.

Les diverses clauses d'adaptation resteront donc valables et feront obstacle à l'application de l'article 1195.

Une interprétation contraire nous semble peu envisageable : il apparaîtrait en effet peu cohérent de permettre aux parties d'écarter complètement l'article 1195 en acceptant d'assumer le risque d'imprévision, et de considérer qu'elles ne peuvent en revanche aménager son application. Elle serait en outre peu cohérente avec



l'esprit du texte, qui donne la priorité à l'accord des parties.

Il apparait donc effectivement inutile de modifier l'article 1195. La lecture des multiples commentaires et ouvrages publiés sur ce thème fait d'ailleurs apparaître qu'il n'existe pas de réel doute dans l'esprit des commentateurs sur le caractère entièrement supplétif du texte et que la mise en doute de ce caractère supplétif ne relève que de quelques auteurs isolés.

5. Articles 1213 à 1215 : durée des contrats

L'article 1213 ne fait que définir la **prorogation**, en reprenant la définition qui lui est classiquement donnée. La prorogation doit être convenue avant la fin du contrat car il n'est pas en principe juridiquement possible pour les parties de faire « renaître » un contrat expiré (par l'arrivée de son terme). Les parties peuvent en revanche conclure un nouveau contrat, qui peut le cas échéant couvrir la période écoulée depuis l'extinction du précédent contrat, sous réserve des droits des tiers.

S'agissant du **maintien des sûretés consenties par les tiers** en cas de prorogation ou de renouvellement du contrat, il est effectivement possible dès lors que ces derniers y donnent leur accord, conformément au principe de liberté contractuelle.

Enfin s'agissant du **renouvellement du contrat**, là encore, la Chancellerie n'a fait que reprendre sa définition classique. Comme l'indique l'article 1214 du code civil, son contenu sera en principe identique au précédent mais les parties peuvent bien entendu, conformément au principe de liberté contractuelle, modifier le contenu de ce nouveau contrat (mais la question se pose alors de savoir s'il s'agira toujours à proprement parler du renouvellement du contrat initial au sens de l'article 1214, bien que la question soit en réalité dénuée d'incidence pratique puisqu'en tout état de cause il s'agira juridiquement d'un nouveau contrat). De même la durée du nouveau contrat sera en principe indéterminée, toutefois là encore une clause contraire peut être prévue.

Il n'y a donc pas lieu à modification de ces textes.

6. Article 1216-1 : cession de contrat

La DACS estime que la modification rédactionnelle proposée est inutile.

En effet l'article 1216-1, qui soumet la libération du cédant pour l'avenir au consentement exprès du cédé (solution conforme à la jurisprudence), n'exige aucunement que ce consentement intervienne lors de la cession. **Rien ne s'oppose donc à ce qu'il intervienne par avance, en même temps que l'accord à la cession, y compris dans le contrat cédé lui-même** : le futur cédé peut en effet, conformément au principe de liberté contractuelle, consentir dans le contrat à la fois à sa cession ultérieure et à la libération de son cocontractant



(futur cédant) lorsqu'il cèdera le contrat. Cette lecture nous semble découler du texte : dès lors qu'il n'est pas exigé de condition particulière pour le consentement à la libération du cédant, en dehors de son caractère « exprès », ce consentement peut intervenir à tout moment, ce qui est conforme au principe de liberté contractuelle, même si un tel consentement anticipé à la libération du cédant n'est pas sans risque pour le cédé puisqu'il ne connaît pas encore l'identité du cessionnaire.

7. Articles 1216 et 1216-3 : cession de contrat ; article 1328-1 : cession de dettes

Article 1216-3 première phrase :

- **Sur le premier point, une modification du texte est inutile.** L'article 1216-3, dès lors qu'il vise la libération, ou non, du cédant, est effectivement relatif aux seules sûretés consenties **par le cédant** et non à celles consenties le cas échéant par le cédé.

- **S'agissant des sûretés éventuellement consenties par le cédé, la solution ne nous semble pas poser de difficulté :** en effet le cédé reste débiteur de ses obligations et les sûretés qu'il a consenties en garantie de ses obligations subsistent, nonobstant la cession du contrat. Elles suivent le sort des obligations dont elles sont les accessoires et sont donc transmises au profit du cessionnaire. Cette solution découle du caractère accessoire des sûretés. **L'ajout proposé à l'article 1216 nous semble donc inutile.**

- Il est vrai **que l'article 1216-3 ne vise que les sûretés « consenties », toutefois le texte peut être appliqué par analogie aux privilèges légaux** qui sont également des sûretés même s'il ne s'agit pas de sûretés conventionnelles. Là encore une modification nous semble inutile. En tout état de cause si le texte devait être modifié, il semble préférable de ne viser que les sûretés, à l'instar de la rédaction de l'article 1328-1 sur la cession de dette puisque les privilèges sont des sûretés (Art. 1216-3 : « Si le cédant n'est pas libéré par le cédé, les sûretés subsistent »).

Article 1216-3 deuxième phrase :

Il est exact que l'article 1216-3 évoque, en cas de libération du cédant, que le sort des sûretés consenties par les tiers, qui ne subsistent qu'avec leur accord. On doit toutefois considérer que les sûretés consenties par le cédant disparaissent puisqu'elles sont les accessoires de son obligation, à tout le moins pour les dettes nées postérieurement à la cession (elles subsisteraient pour les dettes nées antérieurement à la cession). La doctrine apparaissant toutefois divisée dans ses commentaires du texte, **la DACS n'est pas opposée à ce que l'article 1216-3 soit explicité dans le cadre de la ratification pour évoquer le sort des sûretés consenties par le cédant lorsqu'il est libéré de son obligation**, même si elle reste réservée sur la rédaction proposée. La DACS n'est pas non plus opposée à ce qu'une clarification du même type soit apportée au sujet des sûretés consenties par le débiteur originaire à l'article 1328-1 sur la cession de dette, mais là encore la rédaction resterait à expertiser.



8. Article 1323 alinéas 1 et 3 : cession de créance

- **La date de transfert de l'acte, entre les parties, peut en effet être librement convenue**, l'alinéa 1^{er} de l'article 1323 étant effectivement supplétif de volonté, comme l'essentiel des dispositions relatives au régime des obligations et n'ayant donc vocation à s'appliquer que dans le silence du contrat de cession. En revanche un tel aménagement conventionnel de la date du transfert serait sans effet sur l'opposabilité aux tiers de ce transfert. Là encore une modification du texte est donc inutile.

- **S'agissant du transfert d'une créance future**, ce sont des considérations liées aux procédures collectives qui ont conduit la Chancellerie à faire le choix de retarder la date de la cession au jour de la naissance de l'obligation. En effet en cas de procédure collective, prévoir que la cession de créances futures serait opposable à tous dès la date de l'acte ferait échapper les paiements dus par le tiers cédé à cette procédure collective, remettant ainsi en cause le principe d'égalité des créanciers.

La DACS reste donc à ce stade réservée sur une modification de cet alinéa relatif à la date de transfert de la cession de créance future entre les parties et à sa date d'opposabilité aux tiers (qui sont deux questions au demeurant distinctes).

9. Article 1334 alinéa 2 : novation

Là encore il nous semble qu'il s'agit d'une question d'interprétation et que la modification du texte est inutile :

- **Les sûretés « d'origine » visent bien toutes les sûretés garantissant l'obligation ancienne novée**, même si effectivement ces sûretés peuvent avoir été constituées après la naissance de l'obligation. Une interprétation différente nous semble dénuée de sens : rien ne justifierait en effet qu'un sort différent soit appliqué aux sûretés garantissant l'obligation ancienne selon qu'elles ont été constituées lors la création de l'obligation ou ultérieurement.

- **Le fait que les sûretés consenties par le débiteur en garantie de l'obligation ancienne puissent être « réservées » dès lors qu'il en est d'accord, ne nous semble pas davantage poser question**. Si l'extinction des sûretés s'applique en principe aux sûretés consenties par le débiteur de l'obligation éteinte, toutefois conformément au principe de liberté contractuelle, le débiteur peut accepter le « maintien » des sûretés qu'il avait consenties et leur affectation à la garantie de l'obligation nouvelle : cela relève de la liberté des parties (cette solution est d'ailleurs déjà admise en droit positif, l'intérêt étant que les sûretés réelles ainsi « réservées » conservent leur rang).

- **Enfin l'ajout tenant à la possibilité d'un consentement donné par avance au maintien des sûretés nous semble inopportun** : à condition qu'aucun texte spécial n'y fasse obstacle (et en particulier les textes régissant



les règles de constitution de la sûreté), là encore en l'état du texte, un tel consentement par avance semble possible (toujours en vertu du principe de liberté contractuelle).

10. Article 1343-3 : paiement en devises

L'intention du gouvernement était effectivement de consacrer le droit positif et non de le restreindre.

Il est vrai que la jurisprudence moderne se réfère à une notion plus souple : l'opération de commerce international (ex : Civ. 1^{re}, 11 oct. 1989, D. 1990. 167 : les juges du fond doivent rechercher si le contrat (en l'occurrence, un prêt) « devait donner lieu à un paiement international, ou, à tout le moins, s'il était destiné à financer une opération de commerce international ») et que la référence à un contrat international pourrait s'avérer plus restrictive. Toutefois telle n'était pas l'intention des rédacteurs de l'Ordonnance. Certains commentateurs considèrent d'ailleurs que l'expression « contrat international » est suffisamment souple pour permettre le maintien des solutions actuelles.

La DACS n'est pas opposée à ce que la portée du texte soit précisée, à l'occasion de la ratification. Toutefois s'il s'agit d'élargir les solutions actuellement admises par la jurisprudence, comme suggéré dans la rédaction proposée, cela relève d'un choix de politique monétaire de la compétence du Ministère de l'économie et des finances.