Jacques Mestre
Professeur agrégé des
Facultés de droit

Julia Heinich
Professeur agrégée des
Facultés de droit

Forum contractuel

Pour défendre l'attractivité du nouveau droit français des contrats

N° 1, février 2017

L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 fête cette semaine son premier anniversaire ! Et déjà que de chemin parcouru… Une entrée en vigueur le 1er octobre dernier, un accueil globalement très positif, y compris dans les pays étrangers, où a été saluée, parfois même avec enthousiasme, cette réforme de notre droit commun des contrats, de nombreux commentaires qui ont mis en avant une réelle cohérence d'ensemble du texte, et aussi de gros efforts accomplis par toute la communauté des juristes pour faire connaître et partager cette incontestable avancée.

Mais naturellement aussi, en présence d'une réforme de cette ampleur, d'assez nombreuses interrogations qui ont déjà surgi, et pour lesquelles les réponses ne sont pas toujours aisées à apporter. D'où, sinon des inquiétudes (le mot serait assurément trop fort), du moins des préoccupations que, comme vous sans doute, nous avons pu percevoir à diverses reprises, en participant à des colloques ou encore en suivant ou assurant des formations organisées au sein de services juridiques d'entreprises ou de structures professionnelles.

Or les décisions de justice qui permettront de clarifier ces difficultés ne sont pas encore pour demain… Et par ailleurs, l'interprète ne dispose malheureusement pas d'action interrogatoire auprès du législateur ! Certes, l'ordonnance est bien précédée du traditionnel rapport au président de la République qui, au cas d'espèce, présente d'incontestables mérites explicatifs. Mais la valeur normative de ce document reste, en revanche, des plus limitées, de sorte que si on peut naturellement le citer, il paraît bien difficile de s'en tenir à lui pour arrêter une position sûre.

Aussi, avons-nous choisi d'ouvrir ce forum électronique pour, tout à la fois, recenser les difficultés, faciliter les débats et enfin aider, dans la mesure du possible, à faire émerger des solutions. Car là est bien l'essentiel : s'il y a, assurément, place pour des questions et, parfois, pour le doute, les praticiens de la vie contractuelle ont aussi la nécessité d'avancer, en trouvant ou construisant des solutions d'avenir pour celles et ceux qui leur font confiance.

Sans doute cette démarche est-elle assez inhabituelle, mais en même temps elle se veut surtout simple, conviviale et délibérément interactive. De nos lecteurs, nous espérons en effet une participation en retour, à travers des questions, des argumentations, des solutions… de sorte que l'avenir de cette petite lettre dépendra au final, très largement de vous qui en prenez aujourd'hui connaissance.

Un dernier point sur l'esprit dans lequel nous concevons les orientations générales de ce forum et essaierons donc de formuler nos réponses. Sans surprise, celui-ci s'efforcera de respecter, autant que faire se peut, les grands axes de la réforme, à savoir un objectif de visibilité de notre droit et un souci d'efficacité économique concilié avec une préoccupation de justice contractuelle. Mais au-delà, et sans doute surtout, notre secrète ambition sera de protéger l'attractivité internationale du nouveau droit français des contrats. A l'heure où de très nombreux accords, notamment dans la vie des affaires, revêtent cette dimension internationale et où, par ailleurs, grâce à l'ordonnance du 10 février 2016, le droit français fait vraiment son retour sur la scène mondiale, il est en effet à nos yeux très important de dégager en lui les meilleures voies qui permettront, demain, d'en suggérer la compétence aux multiples opérateurs du commerce international !

Et maintenant, place au forum, c'est-à-dire aux interrogations, aux tentatives de réponses… et aux réactions en retour.

Contractuellement vôtres,

« Quelques réflexions introductives consacrées au droit transitoire »

Pour ouvrir ce forum, et avant d'en venir au plan traditionnel qui ventilera les questions en quatre points (I. Formation ; II. Contenu ; III. Exécution ; IV. Articulation avec les droits spéciaux), quelques réflexions introductives consacrées au droit transitoire parce que beaucoup d'interrogations ont déjà été formulées à ce propos.

Rappelons d'abord les termes de l'article 9 de l'ordonnance :

« 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 ».

Les règles posées se veulent donc claires, et classiques : survie de la loi ancienne pour les contrats conclus avant le 1er octobre 2016, y compris lorsqu'une instance les concernant était en cours à cette date, fût-ce devant la Cour de cassation (sous la seule réserve des trois actions interrogatoires nouvelles, d'application immédiate) ; application du droit nouveau aux contrats conclus à compter du 1er octobre 2016.

Ainsi, la date de conclusion du contrat se trouve-t-elle dotée, sous l'angle du droit transitoire, d'une portée capitale : tout va dépendre ici du point de savoir si, à la date du 30 septembre 2016, veille de l'entrée en vigueur de la réforme, l'accord sur les éléments essentiels du contrat s'était, ou non, produit (si oui, le droit ancien survit), si l'acceptation avait, ou non, déjà rejoint l'offre à cette date, si le mode de prolongement du contrat intervenu après cette date a été, ou non, générateur d'un nouveau contrat (oui pour un renouvellement ou une tacite reconduction, avec dès lors soumission du contrat renouvelé ou reconduit au droit nouveau ; non, en revanche, pour une simple prorogation qui, dès lors, même intervenue après le 1er octobre 2016, n'emportera pas basculement vers le droit nouveau).

Cela étant, certaines hypothèses, finalement assez nombreuses, risquent de faire problème car reposant sur une pluralité de contrats ou, à tout le moins, sur une dissociation du processus de formation. Ainsi, et en vrac :

• des contrats d'application passés à partir du 1er octobre 2016 sur la base d'un contrat-cadre antérieur ;

• la cession, postérieure, d'un contrat antérieur ;

• la levée d'option, postérieure, d'une promesse antérieure ;

• l'avenant, postérieur, d'un contrat antérieur ;

• la promesse d'un contrat, postérieure, ouvrant un droit de préemption prévu dans un pacte d'actionnaires antérieur ;

Spontanément, la lecture de l'article 9 de l'ordonnance suggérerait ici une application distributive des dispositions anciennes et nouvelles. Ce qui, soyons clairs, nous paraît la plus mauvaise des solutions ! Il suffit en effet de songer, par exemple, à l'hypothèse du contrat-cadre et des contrats d'application pour deviner combien un tel patchwork serait de nature à conduire à la plus grande des insécurités et, au final, à affaiblir un droit français dont on a pourtant clairement voulu assurer la promotion internationale.

Aussi, il nous semble que nos juges, dont le travail créateur a été dans le passé fondamental en matière contractuelle, ne devront pas hésiter à jouer ici la carte de la cohérence normative, et à dire que le rattachement d'un élément contractuel au droit nouveau doit emporter, par cohérence, le rattachement normatif de l'ensemble.

A cet égard d'ailleurs, un tout récent arrêt de la CJUE (gr.ch., 18 octobre 2016, aff.C-135/15, Republik Griechenland c/Grigorios Nikiforidis) leur ouvre d'une certaine façon la voie puisque, confronté à la question de l'applicabilité du règlement de Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles à un contrat de travail conclu vingt-deux ans plus tôt mais modifié après la date fatidique du 17 décembre 2009, la Cour a opté pour une solution originale et

d'équilibre, à travers deux considérants que nous nous permettons de reproduire :

« 36. Il serait contraire au principe de sécurité juridique et, plus particulièrement, défavorable à la prévisibilité de l'issue des litiges et à la sécurité quant au droit applicable, qui constituent, selon le considérant 6 du règlement de Rome I, un objectif de celui-ci, de considérer que toute modification apportée au contrat initial d'un commun accord, à compter du 17 décembre 2009, fasse relever ce contrat du champ d'application de ce règlement et, en fin de compte, de soumettre ledit contrat à d'autres règles de conflit de lois que celles applicables au moment de la conclusion initiale de celui-ci.

37. En revanche, il n'est pas exclu, comme l'a relevé la Commission dans ses observations écrites, qu'un contrat, conclu avant le 17 décembre 2009, fasse l'objet, à compter de cette date, d'une modification, convenue entre les parties contractantes, d'une telle ampleur que celle-ci se traduirait, non pas par une simple actualisation ou adaptation dudit contrat, mais par la création d'un nouveau rapport juridique entre ces parties contractantes, de sorte que le contrat initial devrait être considéré comme ayant été remplacé par un nouveau contrat, conclu à compter de ladite date, au sens de l'article 28 du règlement Rome I ».

Une position de la CJUE qui pourrait donc, sinon servir de modèle, du moins introduire la voie de la souplesse de manière fort opportune. Car, à défaut de solliciter ici une exigence d'unité et de cohérence, et à s'en tenir donc aux emplâtres traditionnellement apportés à la survie de la loi ancienne (à savoir, si on s'en tient à la jurisprudence passée, l'application immédiate des dispositions de la loi nouvelle qui répondraient à des exigences impérieuses d'ordre public), le résultat risque bien d'être catastrophique pour l'image de notre droit !

En outre, la solution de la cohérence aurait, nous semble-t-il, le mérite supplémentaire d'accélérer le passage au droit nouveau. Car, à défaut de mesures un peu fortes en faveur de celui-ci, un autre risque surgit tout aussi clairement que le précédent : c'est celui de voir le droit ancien demeurer, si l'on ose dire, quantitativement majoritaire pendant dix, vingt, voire trente ans ! Combien, en effet, y avait-il, au 30 septembre 2016, de contrats déjà conclus dans notre pays qui vont avoir vocation, pendant toute leur période d'exécution, à demeurer soumis, pêle-mêle, à l'exigence de cause, à l'absence de révision ou encore aux termes de l'ancien article 1142 du Code civil privilégiant, de manière tout à fait dépassée, la voie indemnitaire à l'exécution forcée ?

« Accélérer le passage au droit nouveau »

Cela étant, et parce que rien ne remplace, en matière contractuelle, la prise en main des solutions par les parties elles-mêmes, une dernière voie, que nous sommes tentés de préconiser, est celle de la soumission volontaire au droit nouveau. A cet égard, on peut regretter que l'ordonnance n'ait pas elle-même mis sur pied un mécanisme permettant aux contrats « anciens » de basculer sous l'empire du droit nouveau. Certes, on nous rétorquera que cette soumission ne devrait pas être trop problématique car, issue de la liberté contractuelle, elle devrait se mouler dans la forme d'un avenant normatif, accepté par les deux parties. Soit, mais on peut cependant pressentir qu'en pratique, si une partie propose à l'autre ce basculement, en invoquant un souci de simplicité ou de clarté, l'autre sera parfois encline à suspecter quelque piège voulant lui retirer quelques droits contractuels acquis ! D'où l'intérêt qu'il y aurait eu à instituer un procédé officiel de conversion. A défaut, comment le concevoir ? A travers une formule telle que : « Par dérogation à l'article 9, alinéa 2 de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, les parties conviennent expressément de se soumettre au nouveau droit des contrats et obligations issu de cette ordonnance, en sa totalité (ou, variante, sous réserve des dispositions anciennes réputées d'ordre public) ». Sur ce point, il nous semble cependant intéressant d'ouvrir un premier débat avec nos lecteurs, en leur demandant très simplement leur sentiment... ou leurs conseils. C'est aussi cela l'intérêt d'un Forum !

Passons maintenant aux questions de fond.

« Une optique très nette de renforcement de l'efficacité des promesses unilatérales de contrat »

Pour assurer une certaine réactivité dans nos échanges, nous nous en tiendrons dans chaque lettre à l'examen de quatre points : l'un relatif à la formation du contrat (I), un autre concernant son contenu (II), un troisième portant sur son exécution (III) et un dernier envisageant les questions, toujours délicates, d'articulation entre le nouveau droit commun et les droits spéciaux (IV).

I. FORMATION

Sur ce premier terrain, beaucoup de questions posées par la pratique concernent la promesse unilatérale.

L'ordonnance consacre un article à cette figure contractuelle des plus importantes : le nouvel article 1124 du Code civil, qui se compose de trois alinéas.

Le premier en livre la définition : « le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ».

Le deuxième et le troisième alinéa donnent le régime de la violation de la promesse unilatérale, dans une optique très nette de renforcement de l'efficacité de ce contrat.

Le second alinéa est le plus spectaculaire car il rompt avec la fameuse jurisprudence Consorts Cruz de la Cour de cassation (Cass. civ. 3e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199), qui excluait tout recours à l'exécution forcée en cas de rétractation de la promesse avant la levée d'option. Désormais, l'article 1124, al. 2 prévoit que « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ». Trois remarques peuvent être faites ici.

D'abord, le texte ne prévoit pas réellement une sanction de la révocation intempestive de la promesse, mais, de manière peut-être encore plus efficace, l'absence d'effet juridique d'une telle révocation. Cependant, si la révocation n'empêche pas la formation du contrat, encore faut-il que le bénéficiaire lève bien l'option dans le délai. En cas de révocation fautive, il ne faut donc surtout pas omettre de lever l'option selon les termes de la promesse et dans le délai pour faire valoir ensuite la formation du contrat.

Ensuite, la rédaction du texte comporte une malfaçon à laquelle, notamment, les spécialistes de droit des sociétés doivent porter une attention particulière. Il énonce que la révocation « pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter » est sans effet. Or l'on sait qu'en matière de promesse de cession de droits sociaux, la faculté d'option est souvent enfermée dans une fenêtre temporelle, qui ne correspond pas toujours à la durée du contrat de promesse. Par exemple, pour une promesse conclue le 1er janvier, le bénéficiaire pourra lever l'option du 1er septembre au 1er octobre. Quid dès lors dans l'hypothèse d'une révocation intervenue après la conclusion de la promesse, mais avant que le bénéficiaire ne puisse opter ? L'intention du législateur n'était sans doute pas de permettre au promettant de révoquer impunément la promesse durant cette période, et on peut espérer que les juges pourront rapidement remédier à cette maladresse de rédaction. Cependant il est plus prudent d'ici là de prévoir une clause étendant la portée du deuxième alinéa de l'article 1124 à l'hypothèse d'une révocation intervenue avant que le bénéficiaire n'ait la possibilité de lever l'option.

Enfin, on peut se demander si les parties peuvent décider qu'une révocation de la promesse avant la levée d'option par le bénéficiaire se résoudrait uniquement en dommages et intérêts. Sans indication du caractère d'ordre public de l'article, rien ne paraît s'opposer à une telle solution, les parties ayant toujours été libres d'aménager les conséquences d'une inexécution contractuelle. Plusieurs clauses peuvent alors être envisagées : clause de renonciation à l'exécution forcée, clause de renonciation à option en cas de rétractation du promettant, ou encore clause de dédit (H. Barbier, Pourparlers et avant-contrats dans les cessions de titres sociaux, Rapport au Colloque de la Faculté de droit de Dijon, 14 octobre 2016, à paraître dans la RJCom.2017). Cette dernière solution est sans doute à privilégier, avec la prévision d'une indemnité en échange de la faculté de dédit offerte au promettant, dans la mesure où la validité comme l'efficacité de ces clauses ont largement été consacrées par la jurisprudence (Cass. civ. 1re, 17 juin 2009, n° 08-15.156).

Par ailleurs, le troisième alinéa envisage l'hypothèse de la violation de la promesse par la conclusion du contrat promis avec un tiers. La sanction est la nullité de ce contrat lorsque, du moins, le tiers connaissait

l'existence de la promesse. On remarquera que cette nullité est plus facile à obtenir que la substitution prévue pour le pacte de préférence, laquelle suppose la preuve de la connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. On formulera par ailleurs le même conseil que pour la violation de la promesse par le biais d'une révocation. La conclusion du contrat avec un tiers en violation de la promesse ne doit surtout pas dissuader le bénéficiaire de lever l'option dans le délai. Dans le cas contraire, le contrat pourrait difficilement être considéré comme conclu malgré l'annulation de celui passé avec le tiers.

Un dernier point doit être mentionné, en rapport avec l'application dans le temps de la loi nouvelle. Si, en principe, une promesse conclue avant le 1er février 2016 ne devrait pas être soumise aux sanctions que l'on vient de décrire en cas de rétractation ou de conclusion du contrat définitif avec un tiers, rien n'empêche la jurisprudence d'en décider autrement. Par une technique que l'on désigne sous l'expression de revirement par anticipation, les juges pourraient revenir sur la jurisprudence Consorts Cruz sans viser le nouvel article 1124, non applicable à la cause, et imposer une exécution forcée malgré une rétractation antérieure à la levée d'option. Le régime des promesses conclues avant et après l'entrée en vigueur de l'ordonnance serait alors pleinement unifié pour davantage de sécurité, et donc d'attractivité ! (v*. supra* nos observations sur le droit transitoire).

II. CONTENU

Parmi les dispositions introduites par l'ordonnance sur le terrain du contenu contractuel, le nouvel article 1214 du Code civil n'est assurément pas celle qui a été le plus remarquée. Pourtant, après un alinéa premier précisant de manière fort classique que « le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties », son alinéa 2 pourrait s'avérer assez redoutable pour la pratique, en ce qu'il ajoute que « le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique est précédent mais dont la durée est indéterminée ». Est-ce à dire, en effet, qu'il sera désormais impossible à une entreprise de prévoir que la relation qu'elle souhaite bâtir avec un partenaire sera constituée d'une succession de contrats à durée déterminée ?

« La durée nous paraît être une modalité du contrat »

Certes, on conçoit que, dans certaines hypothèses, dont la relation contractuelle de travail salarié est assurément le prototype, il y ait lieu de réduire la précarité de la situation contractuelle d'une personne, serait-elle professionnelle, en lui accordant au bout d'un certain temps le bénéfice d'un contrat à durée indéterminée. Mais dans bien d'autres cas, l'équilibre de la relation contractuelle peut, nous semble-t-il, justifier sans problème qu'un contrat, par exemple, de deux ou de cinq ans soit suivi d'un contrat de même durée. Au demeurant, la protection assurée par l'article L.442-6-I, 5° du Code de commerce, *via* la qualification de rupture d'une relation commerciale établie, constitue d'ores et déjà une solide assurance et, par ailleurs, il nous semble possible de voir dans les règlements européens d'exemption relatifs aux accords de distribution l'admission implicite, au niveau communautaire, d'une telle pratique.

Dès lors, on ne peut que souhaiter que l'alinéa 2 de l'article 1214 ne soit pas, demain, considéré comme une disposition d'ordre public. A cet égard, le rapport au président de la République qui introduit l'ordonnance est manifestement rassurant en ce qu'il n'hésite pas à affirmer « le principe général du caractère supplétif des textes », applicable dès lors que ces derniers ne renferment pas une formule d'impérativité telle que « nonobstant toute clause contraire ». Cela étant, sa valeur normative est limitée, et nous compterons donc sur la sagesse de nos juges pour écarter ici une qualification d'ordre public. Sur leur sagesse mais aussi sur leur raison car autant il nous paraît impossible pour des parties de jouer sur les notions de renouvellement ou de prorogation pour contourner l'alinéa 2 de l'article 1214 dès lors qu'il en va de la définition même de concepts contractuels, autant la durée nous paraît être une modalité du contrat dont les parties doivent avoir la maîtrise, sous la seule réserve d'une fraude prouvée de leur part.

Ajoutons que, à l'évidence, ce cas est emblématique de l'enjeu qu'il y aura rapidement demain à protéger l'attractivité internationale de notre nouveau droit des contrats !

III. EXECUTION

L'introduction en droit privé de la révision pour imprévision est sans doute, sur le terrain de l'exécution du contrat, l'innovation la plus remarquable opérée par l'ordonnance du 10 février 2016. Une innovation qui, on le voit notamment dans les formations professionnelles organisées pour présenter la réforme, suscite de réelles inquiétudes chez de nombreux praticiens. Pourtant, il faut, nous semble-t-il, raison garder : le nouvel article 1195 du Code civil est certes novateur, mais il ne devrait pas, pour autant, être déstabilisateur…

D'abord parce que son champ d'application n'est pas sans limites. La réunion de trois conditions cumulatives, particulièrement restrictives, est en effet nécessaire pour invoquer l'article. Le demandeur devra d'abord apporter la preuve d'un changement de circonstances, ce qui suppose d'emblée que le déséquilibre ne soit pas structurel. Il faudra ensuite que ce changement de circonstances ait été imprévisible lors de la formation du contrat. Or même si la jurisprudence apprécie l'imprévisibilité de manière raisonnable, l'étude des arrêts rendus à propos de la force majeure, qui exige aussi ce critère, montre que la preuve de cette condition n'est pas aisée à apporter (v. J. Heinich, Le droit face à l'imprévisibilité du fait, PUAM, 2015). Enfin, et surtout, il faudra que ce changement de circonstances rende l'exécution du contrat excessivement onéreuse. De sorte que les hypothèses d'imprévisibilité positive – c'est-à-dire celles d'un gain inattendu au bénéfice de l'un des contractants – sont exclues à travers ce critère d'onérosité. L'étendue de ce dernier devra néanmoins être rapidement précisé par les juges : la baisse de la valeur de la contre-prestation entre-t-elle dans le champ d'application de l'article ? Ou l'onérosité ne concerne-t-elle qu'une augmentation excessive du coût direct d'exécution de sa propre prestation ? En toute hypothèse, le critère de l'excès est témoin de la rigueur souhaitée par le législateur concernant l'application de l'article 1195, et constituera sans doute une barrière infranchissable pour un grand nombre de demandes.

Ensuite, il est essentiel de se rappeler que l'article 1195 est supplétif et non impératif. Autrement dit, les parties peuvent tout à fait l'écarter en acceptant le risque d'imprévision. C'est le texte lui-même qui le suggère : le changement de circonstances ne peut être invoqué que par « une partie qui n'en a pas accepté le risque ». Ce caractère supplétif est expressément confirmé par le rapport au président de la République. La solution est d'ailleurs logique : déjà, la jurisprudence antérieure admettait la validité des clauses permettant à une partie de prendre à sa charge le risque de survenance d'un cas de force majeure, alors que ce dernier fait obstacle à l'exécution même du contrat (v. nouvel art. 1328 C. civ. : « l'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure »). Plus encore, la non-admission antérieure de l'imprévision en droit privé était elle-même supplétive, les parties pouvant l'écarter par des clauses de renégociation ou de *hardship*. Attention cependant à un risque pour les parties qui décideraient ainsi d'exclure toute possibilité d'invoquer l'article 1195. Si l'exclusion est opposable à une seule partie, ou si une seule des parties est matériellement concernée, et que le contrat peut être qualifié de contrat d'adhésion, la clause pourrait tomber sous le coup de la prohibition du nouvel article 1171 du Code civil, qui sanctionne en effet, en les réputant non écrites, les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (sur cet article v. Lettre n° 2).

Concernant cette fois-ci non pas l'exclusion mais l'aménagement des dispositions de l'article 1195, on peut raisonnablement penser que si cet article peut être écarté, sa définition comme ses effets sont susceptibles, *a fortiori*, d'être simplement aménagés (v. déjà en matière de force majeure Cass. com., 8 juill. 1981, n° 79-15.626). Il reste que, très concrètement, la meilleure des prudences est peut-être ici d'écarter totalement l'application de l'article 1195 par une clause spécifique et d'introduire en parallèle dans le contrat une clause de *hardship*. Cette dernière devra décrire précisément les effets qu'entendent faire produire les parties à la survenance de certains événements bouleversant l'équilibre de leur contrat, mais aussi définir soigneusement ces événements.

« Il est essentiel de se rappeler que l'article 1195 est supplétif et non impératif »

Plus encore, en l'absence de clause excluant l'application de l'article 1195, les parties peuvent aussi échapper à l'intervention du juge en renégociant elles-mêmes leur contrat en cas d'imprévision non contestée. La tentative de renégociation est d'ailleurs une obligation à la charge de la victime prétendue de l'imprévision avant de saisir le juge : une obligation dont on peut penser que l'irrespect constituera une fin de non-recevoir.

Enfin, si une fois tous ces obstacles franchis le contrat bouleversé est tout de même soumis à un juge, nous pensons qu'il faut faire confiance à celui-ci pour utiliser à bon escient les pouvoirs qui ont été donnés par le législateur. Car cette intervention peut être positive. Elle peut être salvatrice du contrat si c'est une révision qui est opérée ; elle peut aussi parfois sacrifier un contrat devenu particulièrement intenable et ruineux pour la société considérée. Dans ce dernier cas, mieux vaut sans doute faire disparaître ce contrat, fût-ce en décevant le cocontractant qui comptait sur son exécution, que de risquer une intervention ultérieure bien plus préjudiciable du juge des procédures collectives, qui affecterait alors l'ensemble des contrats et des créanciers de l'entreprise. Par ailleurs, les larges pouvoirs du juge peuvent servir aussi bien le créancier que le débiteur. On en prendra un seul exemple : le juge peut mettre fin au contrat à la date qu'il fixe, c'est-à-dire qu'il a le pouvoir de prononcer une résiliation du contrat à terme, en laissant au créancier un temps suffisant pour se retourner. Comptons en particulier sur la sagesse des juges commerciaux pour multiplier ces exemples d'utilisation appropriée de leur pouvoir de révision et de résiliation.

IV. ARTICULATION DU NOUVEAU DROIT COMMUN AVEC LES DROITS SPECIAUX

A l'évidence, cette articulation représente l'une des principales difficultés soulevées par la réforme, mais en même temps, pour les praticiens du droit des contrats, elle va constituer un superbe challenge. Un challenge à relever avec compétence, finesse d'analyse et aussi parfois - disons-le très simplement même si le terme n'est pas très souvent utilisé en droit - bon sens pour éviter que des solutions bien acquises et donnant satisfaction à tous ne soient susceptibles, demain, d'être trop aisément remises en cause !

« La formation de ces transactions obéit entièrement au nouveau droit commun du Code civil »

Les points d'intersection entre le nouveau droit commun et les droits spéciaux sont très divers et fort nombreux : on songe par exemple à ceux que constituent les pactes d'actionnaires, le bail commercial, l'ouverture de crédit, le contrat d'association, le contrat d'assurance, les multiples accords de distribution… et encore toutes ces conventions, en plein essor, qui s'efforcent de prévenir ou de régler au mieux les différends d'ordre économique (conciliation, médiation, arbitrage…).

C'est dire que ce point IV ne devrait pas être trop difficile à alimenter ! Commençons aujourd'hui en douceur avec le contrat de transaction… Un contrat qui, quelques semaines après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, a lui-même fait l'objet d'un important toilettage avec la suppression, par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, de toute une série d'articles du Code civil (art. 2047 et art. 2053 à 2058) qui, depuis 1804, soumettaient la transaction à un régime spécifique au plan de sa formation. Comment donc désormais voir les choses, pour les transactions conclues à compter de l'entrée en vigueur de cette loi spéciale ? Avec tout bonnement… une plus grande simplicité puisque, désormais, la formation de ces transactions obéit entièrement au nouveau droit commun du Code civil. C'est dire, par exemple, que sur le terrain d'une éventuelle erreur commise par l'une des parties, il convient de s'en tenir à leur propos au nouvel article 1132 (« L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant ») et que sur celui de la violence, il y a lieu de prendre en compte non seulement celle, traditionnelle, du nouvel article 1142 mais encore la violence nouvelle de l'article 1143 (« Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle crainte et en tire un avantage manifestement excessif »).

Reste toutefois à envisager le cas des transactions qui auraient été conclues entre le 1er octobre et le 18 novembre 2016. A notre avis, les anciens articles spécifiques à la transaction s'appliquent à elles, mais peut-être que l'esprit des nouvelles dispositions du droit commun pourra déjà souffler un peu sur leur éventuelle interprétation judiciaire dès lors que la jurisprudence passée révélait que les magistrats n'étaient pas ici tout à fait insensibles au droit commun…

***

Voilà, le premier numéro de ce Forum contractuel s'achève ainsi, et nous espérons qu'il vous aura intéressé. Juste un point en attendant le suivant : n'hésitez surtout pas à réagir, à nous faire part de vos observations, à transmettre vos interrogations, et aussi vos propres réponses… C'est une expérience originale d'échanges électroniques que nous tentons, pour faire vivre ce nouveau droit français des contrats dont nous sommes fiers et espérons le rayonnement international, mais son succès dépend, avant tout, de vous ! Alors nous comptons sur votre cordiale réactivité…

Jacques Mestre
(jacquesmestre81@gmail.com)

Julia Heinich
(juliaheinich@yahoo.fr)