Julia Heinich
Professeur agrégée des Facultés de droit

Jacques Mestre
Professeur agrégé des Facultés de droit

Forum contractuel

Pour défendre l'attractivité du nouveau droit français des contrats

N° 2, mars 2017

Le premier numéro de notre forum contractuel, qui a fêté comme il se doit le premier anniversaire de l'ordonnance du 10 février 2016, a été, nous semble-t-il, bien reçu et nous a valu de nombreuses réflexions en retour et aussi pas mal d'interrogations, toujours très pertinentes. Aussi avons-nous décidé de continuer cette petite aventure, en vous proposant aujourd'hui un deuxième numéro, qui porte son regard sur de nouvelles questions - ou espérances - suscitées par la réforme de notre droit des contrats.

Comme le précédent, ce numéro est largement diffusable autour de vous, l'important étant, à nos yeux, que la communauté des juristes s'approprie vraiment ce texte et s'efforce, par le biais d'échanges communs toujours enrichissants, d'en dégager le meilleur…

Alors, cap à nouveau sur la formation du contrat (I), son contenu (II), son exécution (III) et enfin sur l'articulation du nouveau droit commun avec les droits spéciaux (IV).

I. FORMATION DU CONTRAT

1. Autour du devoir d'information

Le devoir précontractuel d'information prévu par l'article 1112-1 du Code civil constitue sans doute l'une des dispositions les plus discutées de l'ordonnance. Trop large, trop flou, d'ordre public, les critiques à l'encontre de ce devoir sont légion… qui mettent même parfois en cause l'objectif d'attractivité du droit français affiché par les auteurs de la réforme.

Disons-le d'emblée, certaines de ces critiques peuvent paraître justifiées. Entre les devoirs d'information spéciaux, l'exigence de respect de la bonne foi et les vices du consentement, l'ajout de ce devoir général ne facilite assurément pas la tâche des futurs contractants ! Cependant l'heure n'est plus à une discussion sur la légitimité de ce devoir, mais bien à son décryptage et à son application. Et lorsque l'on s'y penche, certains éléments sont précisément de nature à rassurer les contractants sur la portée de ce devoir. Voyons donc sans plus attendre ce que renferme l'article.

O Champ d'application

Le champ d'application du devoir d'information est large : toute personne, physique ou morale, professionnel ou non, est concernée, quel que soit le type de contrat conclu. Par ailleurs, la place de la partie dans le contrat est indifférente : l'information peut être due aussi bien par le cédant que par le cessionnaire, par le bailleur que par le locataire, par l'actionnaire minoritaire que par le majoritaire ou le dirigeant, etc… Et ce devoir concerne toute information « *dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre* ».

« Face au devoir d'information d'une partie, s'élève un véritable devoir de se renseigner à la charge de l'autre »

Pourtant, plusieurs éléments tendent à limiter la portée du devoir d'information.

D'abord, pour devoir une information, encore faut-il la connaître. Et ici, pas question de présomption comme c'est le cas pour certains devoirs spéciaux d'information : le texte dispose que seule celle des parties qui « *connaît* » l'information doit la divulguer à l'autre partie. Il est intéressant de préciser que le projet d'ordonnance adoptait une formulation bien plus large, visant la partie qui « *connaît ou aurait dû connaître* » l'information. L'évolution du texte démontre donc bien que la connaissance exigée par l'article est une connaissance objective. Plus encore, cette connaissance est à la fois celle de l'information elle-même et celle de son caractère déterminant pour l'autre partie. Autrement dit, une information qui n'est pas entrée dans le champ contractuel n'intégrera pas le champ du devoir d'information.

Ensuite, celui qui connaît l'information ne doit en informer l'autre partie que si cette dernière l'ignore légitimement. De sorte que face au devoir d'information d'une partie, s'élève un véritable devoir de se renseigner à la charge de l'autre. Si l'information était facilement accessible, si elle était à la connaissance de tous ou même du seul cocontractant, à raison notamment de ses compétences ou de son expérience, il ne pourra pas se plaindre de ce que cette information ne lui a pas été divulguée par l'autre partie, même si cette dernière la connaissait. Il doit donc faire preuve d'une certaine diligence, au risque sinon d'être considéré comme illégitime à ignorer l'information. Seule exception à ce devoir de se renseigner : l'hypothèse dans laquelle le bénéficiaire du devoir d'information fait une confiance légitime à son cocontractant, ce qui, en quelque sorte, justifie son manque de diligence à se renseigner. Encore faudra-t-il prouver ici les raisons de l'existence et de la légitimité de la confiance ainsi accordée.

Enfin, une limite importante est apportée par le deuxième alinéa de l'article : « *ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation* ». Le refus d'admettre la lésion, exprimé à travers l'article 1168, trouve ici son écho en matière d'information. Non seulement il est toujours possible de conclure un contrat dont les prestations ne sont pas équivalentes du point de vue de leur valeur, mais en plus on n'est pas tenu d'informer son cocontractant de cette valeur avant de conclure ce contrat.

On le voit, le contractant à qui sera reproché un manquement au devoir d'information aura des armes à sa disposition pour se défendre. Et ce d'autant que si la preuve de la délivrance de l'information pèse bien sur le défendeur, la preuve de l'existence du devoir pèse sur le demandeur. Ce dernier devra prouver à la fois la connaissance objective de l'information et de son caractère déterminant par le défendeur, mais également le caractère légitime de sa propre ignorance.

O Sanctions

Le manquement au devoir d'information est sanctionné par l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de son auteur. Naturellement, les dommages et intérêts seront à proportion du préjudice subi par le demandeur, préjudice qui devra être prouvé. L'article précise que cette sanction n'est pas exclusive d'une autre, plus grave : l'annulation du contrat. En effet, si ce manquement au devoir d'information a engendré une erreur chez le cocontractant ou si, volontaire, il a été constitutif d'un dol, la victime pourra mobiliser la théorie des vices du consentement et ses sanctions.

A ce titre, une difficulté d'articulation pourrait se poser entre les articles 1112-1 et 1139 du Code civil. L'article 1112-1 exclut en effet l'estimation de la valeur de la prestation du champ d'application du devoir d'information. En revanche, l'article 1139 semble admettre l'erreur résultant d'un dol en tant que cause de nullité y compris lorsqu'elle porte sur « *la valeur de la prestation* ». Dans la mesure où l'article 1137, al. 2 assimile au dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractant d'une information qu'il sait déterminante pour l'autre, on peut en déduire que celui qui garde volontairement le silence sur la valeur de la prestation peut se rendre coupable de dol. Autrement dit, il pourrait être sanctionné sur le

fondement du dol pour avoir tu une information qu'il n'était pourtant pas tenu de divulguer sur le fondement du devoir d'information ! Ce paradoxe pourrait être résolu de différentes manières. La première serait de considérer que l'estimation de la valeur, visée dans l'article 1112-1, est une notion subjective, différente de la valeur, visée à l'article 1139, notion objective. Une autre serait d'admettre qu'il ne peut être admis, en toute logique, que la non-communication d'une information qui n'est pas légalement due puisse être sanctionnée. L'on pourrait ainsi comprendre l'article 1139 comme s'appliquant seulement aux manœuvres dolosives, et non à la simple réticence. L'articulation entre les deux textes retrouverait alors toute sa cohérence.

O Aménagements contractuels

Une dernière question, essentielle en pratique, est celle de la possibilité d'aménager contractuellement le devoir d'information. Certes, l'article 1112-1, al. 5 précise que les parties ne peuvent « *ni limiter, ni exclure ce devoir* ». On peut donc en déduire que le devoir ne serait aménageable qu'à la hausse ! A l'inverse, une clause limitative de responsabilité ou de réparation relative à une violation du devoir d'information serait manifestement condamnée par cette disposition. Mais qu'en serait-il de clauses aménageant indirectement le contenu du devoir d'information ? Par exemple, d'une clause qui énoncerait ce qui, pour les parties, constitue une information déterminante dans le cadre du présent contrat ? Une telle clause ne devrait pas, à notre avis, être remise en cause, dans la mesure où les parties devraient pouvoir déterminer ce qui pour elles constitue une information déterminante au sens du présent article ; la détermination du champ contractuel doit demeurer entre les mains des parties. Le juge devrait néanmoins conserver un certain pouvoir de contrôle pour vérifier que la clause ne limite pas de manière excessive le champ des informations dues, réduisant à néant ce devoir d'information.

« Qu'en serait-il de clauses aménageant indirectement le contenu du devoir d'information ?»

Plus délicate serait la clause par laquelle l'un des contractants renoncerait au bénéfice du devoir d'information pour des raisons de célérité liée à la conclusion du contrat. Le cas peut se retrouver notamment dans des opérations de cession de contrôle qui doivent être menées dans des délais très brefs. Une telle clause pourrait être vue comme excluant le devoir d'information, ce qui remettrait en cause sa validité. Pour autant si la clause a été librement acceptée par le créancier du devoir d'information et qu'elle était justifiée au regard des circonstances, il devrait être possible d'admettre l'acceptation d'un tel aléa. Avec toute fois une limite : cette clause ne doit pas permettre pas au contractant de mauvaise foi d'échapper à toute responsabilité et même à l'annulation du contrat pour réticence dolosive s'il profite de cette occasion pour volontairement garder sous silence une information essentielle au consentement de l'autre.

2. Capacité et représentation des personnes morales

Nul n'imaginait sans doute que la réforme du droit commun des contrats soulève autant de difficultés… en droit des sociétés ! Mais, en même temps, celui-ci s'était tellement contractualisé depuis qu'il y a trente ans, la Cour de cassation avait pris l'heureuse initiative de viser directement l'article 1134 du Code civil pour valider les conventions de portage ou encore des accords passés entre les deux mères d'une filiale commune qu'un tel boomerang juridique était inévitable !

Or, à l'évidence, l'enjeu est de taille. Car à s'en tenir précisément au constat de la contractualisation, encore accentué par le législateur lui-même, *via* notamment la création puis l'élargissement progressif de la société par actions simplifiée, on devine aisément que les sociétés ou leurs acteurs pourraient finalement perdre demain une partie de la souplesse qu'ils avaient hier patiemment, et souvent habilement, conquise. D'un droit des contrats ordonné et précis comme l'est désormais le nôtre, il y a en effet plus à craindre, au moins sur certains terrains (violence économique, clauses abusives, révision pour imprévision…) que d'un droit souple et parfois même silencieux comme l'était

celui gouvernant jusqu'à présent les relations contractuelles entre professionnels.

Au demeurant, ce n'est pas seulement dans cette dimension contractuelle (sur laquelle nous reviendrons tout à l'heure dans notre point IV) que les sociétés risquent, demain, d'être mises en difficulté juridique, mais aussi, de façon plus classique, sur le terrain de leur personnalité morale, c'est-à-dire de leur aptitude même à contracter. Car, innovant là encore, le nouveau droit commun des contrats a fait le choix, aux fins, *dixit* le rapport au président de la République, « *de répondre aux demandes des milieux économiques* », d'aborder la question de la capacité des personnes morales et de bâtir, en outre, tout un régime général de la représentation.

Ainsi, chacun connaît désormais, pour la capacité, l'alinéa 2 du nouvel article 1145 : « *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'elles* ».

Et parallèlement, les nouveaux articles 1153 à 1161, composant le paragraphe sur la représentation, sont eux-mêmes aujourd'hui bien entrés dans le cerveau de tous les juristes d'affaires, avec une attention toute particulière accordée au *last but not the least,* l'article 1161, qui, voulant traiter la délicate question des conflits d'intérêts, précise qu' « *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* ».

Comment donc appréhender ces nouvelles dispositions dans la sphère des sociétés ?

« La délicate question des conflits d'intérêts »

Une première approche est de contester purement et simplement leur applicabilité en ce domaine, en s'appuyant sur le nouvel article 1105 dont on rappellera l'architecture en trois temps :

« Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.

Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.

Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ».

Approche d'exclusion qui se trouve confortée, au moins pour la capacité, par les derniers mots de l'article 1145, qui évoquent « *le respect des règles applicables à chacune d'entre elles* (personnes morales) ». Ainsi par exemple, pour la capacité, la référence nouvelle à l'utilité de l'acte accompli devrait s'effacer devant la prévalence de la conformité à l'objet social et, ce faisant, ne pas s'opposer au maintien des solutions anciennes.

Mais, à la vérité, cette première méthode de solution fondée sur une hiérarchie normative nous paraît quand même difficile à retenir ici :

- en l'absence d'une limitation légale expresse à la capacité des sociétés,

- en présence d'un principe de spécialité statutaire qui a été essentiellement dégagé par la jurisprudence, et dont les contours ne sont pas, au demeurant, toujours d'une grande clarté (voir ainsi Com., 18 juillet 1989, *Rev.sociétés* 1989, p.598, note Y.Chaput, précisant qu'une activité commerciale peut être exercée par une société même si elle n'est pas comprise dans son objet social dès lors qu'elle n'est ni soumise à autorisation préalable, ni interdite, illégale ou immorale, de sorte qu'au cas d'espèce, une société *d'ameublement* a pu vendre des fleurs en dépit des protestations d'un syndicat d'horticulteurs...) ;

• en considération, aussi, de plusieurs dispositions légales qui visent, pour leur part, et en plein accord avec les préoccupations européennes, à protéger les tiers contre un éventuel dépassement d'objet social accompli par le dirigeant social ;

• et en contemplation, enfin, de quelques décisions assez récentes (Com., 13 novembre 2007, n°06-15.826 ; 9 juin 2009, n°08-15.270, *RJDA* 2009, n°928 ; 23 septembre 2014, n°13-17.347, *Bull.civ*.IV, n°142) qui n'ont pas n'hésité, pour ajouter à la confusion, à rajouter parfois une exigence de conformité à l'intérêt social (position cependant ensuite condamnée par Com., 12 mai 2015, n°13-28.504, statuant sur une garantie hypothécaire consentie pour conforter le prêt accordé à une société mère du groupe et qui vise les dispositions de l'article L. 233-18 du code de commerce, telles que mises en œuvre à la lumière de celles de l'article 10 de la directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009).

En d'autres termes, notre sentiment est que, sur le terrain de la capacité, l'application du nouvel article 1145, alinéa 2 aux sociétés est sans doute, tout compte fait, la solution la plus logique et aussi la plus sécurisante tant pour les tiers que pour la société elle-même si, du moins, on prend ensuite la peine de donner aux termes qu'il utilise un sens raisonnable, conforme à la finalité économique de cette entreprise qu'est la société. Ainsi :

• l'utilité qui doit assortir l'acte accompli doit à notre avis être perçue d'une manière large, prenant en compte aussi bien l'utilité directe, immédiate pour l'objet social, que l'utilité indirecte, médiate, qui peut par exemple caractériser une opération de publicité, de parrainage, de formation, bref une opération qui, dans un premier temps, sera probablement déficitaire mais qui, à terme, sera susceptible de porter des fruits ;

• de même, comme la jurisprudence l'a jusqu'à présent décidé dans le domaine de la gestion d'affaires (cf. Civ.1ère, 25 novembre 2003, n°02-14.545), l'utilité doit à notre sens s'apprécier au moment de l'accomplissement même de l'acte, et non au vu de ses résultats, parfois nécessairement incertains ;

• quant à l'expression, factuelle, de la réalisation de l'objet qu'emploie l'article 1145, elle autorise elle-même, nous semble-t-il, un certain pragmatisme dans l'appréhension de la capacité contractuelle des sociétés.

Au demeurant, on ne doit pas oublier que l'article 1145 inclut aussi positivement dans le giron de cette capacité les actes « *accessoires* ». Toutefois, si on lit attentivement le texte, ce ne sont pas là les actes accessoires à la réalisation de l'objet statutaire, comme la jurisprudence passée avait tendance à les appréhender, mais bien les actes accessoires aux actes utiles à la réalisation de l'objet, ce qui, à l'évidence, ne devrait pas toujours faciliter la tâche des juges, mais en tout cas renforce clairement l'importance de bien cerner le critère nouveau de l'utilité.

Quant au nouvel article 1148, précisant que « *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* », il pourrait lui-même jouer un certain rôle positif en droit des sociétés, en bénéficiant par exemple ponctuellement à des sociétés non encore immatriculées ou encore à des sociétés en participation, c'est-à-dire à des personnes qui sont véritablement, au sens qu'il convient selon nous de donner au texte, incapables de contracter en général et non pas simplement incapables de contracter dans un cas déterminé.

Reste l'ensemble des dispositions nouvelles relatives au régime général de la représentation. Là encore, les problèmes d'application en droit des sociétés risquent d'être assez nombreux, dès lors qu'un principe d'exclusion générale en ce domaine nous paraît inconcevable à poser. Nombre de solutions précédemment dégagées en ce domaine l'ont été en effet de façon purement prétorienne, sur la base par exemple de la théorie de l'apparence, et leur prévalence systématique sur des articles nouveaux visant aussi bien la représentation légale que la représentation conventionnelle ou judiciaire nous paraît donc difficile à admettre.

Au demeurant, sachons rester optimistes, et voir ce que la réforme peut apporter de positif ! Ainsi par exemple du nouvel article 1158 qui dispose : « *Le tiers*

qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte ».

Certes, le texte parle uniquement de représentation conventionnelle, et n'évoque donc pas la représentation légale. Mais il nous semble que dans la vie des sociétés, de nombreuses hypothèses correspondent à des représentations mixtes, de nature tant conventionnelle que légale, et qu'il serait dès lors vraiment très regrettable de se priver en ce domaine du secours de ce texte qui, au travers d'une action de type interrogatoire, va permettre à un tiers qui contractant avec une société et ayant un doute sur les effectifs pouvoirs du représentant social d'acquérir une situation juridique sécurisée. Nous conseillons donc en pratique aux tiers qui contractent avec des sociétés de ne pas hésiter, s'ils en perçoivent l'utilité, à solliciter le bénéfice de l'article 1158 du code civil, en prenant alors bien soin de se caler formellement dans le sillage du texte.

Enfin vient l'article 1161 ! L'une des vedettes incontestées de la post-réforme... En précisant de manière très générale qu' « *un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté »,* et en ajoutant que la sanction ici encourue est la nullité de l'acte accompli, sauf autorisation ou ratification par le représenté (ou autorisation de la loi elle-même), ce texte offre en effet aux conflits d'intérêts un traitement particulièrement énergique et ne pouvait donc passer inaperçu...

Disons-le cependant très nettement : sa place nous paraît être en dehors du droit des sociétés. Car en ce dernier domaine, le principe formulé par l'article 1105 du Code civil doit conduire directement à son exclusion. C'est certain lorsque le Code de commerce organise, à travers un régime spécifique de contrôle et parfois même d'interdiction, ce que l'on appelle couramment les conventions règlementées, c'est-à-dire des conventions où, précisément, l'intérêt personnel du dirigeant ou d'un associé est susceptible d'entrer en conflit avec l'intérêt de la SARL, de la SA ou de la SAS (ainsi, par ex., les articles L.223-19, L.225-38, L.225-86 du Code de commerce ; rappr.l'art.L.612-5 C.com. pour les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique et certaines associations). Mais c'est également vrai, dans ces mêmes sociétés, pour les conventions dites, par opposition, libres, c'est-à-dire pour celles où le législateur spécial a, là encore, organisé un régime spécifique, cette fois-ci de liberté expresse, en considérant que le risque pour l'intérêt social était trop faible pour qu'une procédure de contrôle soit mise en place (ainsi, par ex., les articles L.223-20, L.225-39, L.225-87 du Code de commerce visant des opérations courantes et conclues à des conditions normales). Et cela l'est encore pour les sociétés (SNC et sociétés en commandite simple) où le législateur spécial a opté, cette fois-ci pour toutes les conventions, pour un régime de liberté. Car cet apparent silence du législateur ne doit pas être interprété comme une absence de règlementation particulière. La liberté contractuelle est aussi un régime, et lorsque le Code de commerce fait ce choix pour certains types sociétaires, il le fait de manière consciente et délibérée, pour contrebalancer par cet espace de liberté le sentiment de rigueur qui prévaut, en revanche, par exemple dans l'observation de la condition faite aux associés. Bref, il y a de sa part une grande cohérence dans l'appréhension qu'il accorde aux divers types sociétaires, et cette cohérence ne saurait en aucune façon être disqualifiée en indifférence...

« Il n'y a, en effet, qu'un seul contrat de société »

Ajoutons, pour clore sur ce point, que la lettre de l'article 1105 invite elle-même à cette appréhension d'ensemble de la loi spéciale. Il n'y a, en effet, qu'un seul contrat de société, au sens de l'alinéa 2 de ce texte, un seul contrat doté tout à la fois d'un régime de droit commun (C.civ., art.1832 à 1844-17), faisant d'ailleurs que le droit commun du Code civil n'est pour lui, si l'on ose dire, qu'une sorte de droit commun subsidiaire, et d'une foule de règles particulières qui, contraignantes ou libres, ont toutes vocation à le gouverner exclusivement sur le terrain des conflits d'intérêts.

Cela étant, les pourfendeurs des intérêts personnels bien (ou mal) compris n'ont pas vocation à s'avouer totalement vaincus car l'exclusion de l'article 1161 ne signifie pas celle de … l'article 1145, alinéa 2, relatif à la capacité contractuelle de la société. De telle sorte que si, dans une société, fût-elle une SNC ou une commandite simple, une convention sacrifiait vraiment l'intérêt de la société, celle-ci pourrait sans doute demain plaider qu'elle n'avait pas la capacité requise pour le conclure valablement, et qu'elle est donc aujourd'hui en droit de dire qu'aux termes de l'article 1147, son incapacité est source, à son bénéfice, d'une nullité relative de l'acte.

II. CONTENU

A propos de l'article 1214, indiquant que le renouvellement d'un contrat à durée déterminée donne naissance à un nouveau contrat, dont le contenu est identique est précédent mais dont la durée est indéterminée…

Dans notre précédente Lettre, nous avons expliqué pourquoi cette dernière disposition, relative à la durée, devait être à notre avis considérée comme supplétive de volonté et donc ne pas faire obstacle à la conclusion successive de plusieurs contrats à durée expressément déterminée.

A ce propos, l'un de nos lecteurs, juriste d'entreprise, nous a fait part d'un argument supplémentaire, qui mérite d'être relevé. Le contrat à durée indéterminée est aujourd'hui clairement doté par la loi d'un régime très précaire puisque le nouvel article 1211 du Code civil n'hésite pas à préciser que « *lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable* ». Certes, la jurisprudence était déjà en ce sens, mais la précarité a quand même aujourd'hui gagné droit de cité dans le Code lui-même ! Dès lors, il n'est pas raisonnable de penser que le législateur ait voulu soumettre à cette précarité tous les contrats renouvelés, et il est donc plus juste de considérer qu'il a simplement voulu, à travers cette menace, inciter les parties à prendre elles-mêmes en charge la question, souvent épineuse, de la durée exacte des contrats successifs.

III. EXECUTION

Le nouvel article 1221 met à l'honneur l'exécution forcée en nature en posant le principe selon lequel « *le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature* ». Deux limites sont toutefois posées : cette exécution en nature ne peut être demandée « *si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* ». Si la première limite n'appelle pas de commentaires particuliers, l'on peut s'interroger sur la portée de la seconde. Elle a été introduite pour limiter la sévérité de certaines décisions qui faisaient droit à des demandes d'exécution en nature à un coût exorbitant pour le débiteur, sans commune mesure avec l'intérêt retiré de cette exécution par le créancier (v. par ex. Cass. civ. 3e, 16 juin 2015, n° 14-14.612). Un contrôle de proportionnalité devra donc désormais être effectué par le juge. Contrôle qui devrait généralement tourner à l'avantage du créancier dans la mesure où l'exécution forcée ne sera rejetée que si disproportion entre le coût pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier s'avère « *manifeste* ».

Pour autant, certains contractants pourraient, malgré le caractère restrictif de cette limite, être tentés de l'écarter contractuellement, pour éviter tout contrôle judiciaire de l'opportunité d'une demande en exécution en nature. Certains ont pu douter de la validité d'une telle clause, en invoquant notamment le fait que la limite posée par l'article 1221 pouvait avoir pour objectif d'éviter un abus de droit, de sorte qu'elle ne serait pas librement aménageable. Cette analyse ne nous semble cependant pas souhaitable car elle reviendrait à limiter la grande liberté d'aménagement des sanctions de l'inexécution offerte par ailleurs aux parties. S'il est admis que l'on puisse librement renoncer à l'exécution en nature, pourquoi ne pas admettre que l'on puisse à l'inverse, si cette dernière est particulièrement importante aux yeux du créancier, s'assurer de sa prévalence en toute hypothèse ? Par ailleurs, faire du refus d'exécution en nature en cas de disproportion manifeste une mesure d'ordre public peut sembler en contradiction avec l'objectif affiché par les rédacteurs de l'ordonnance de promouvoir à la fois la liberté contractuelle et l'efficacité des sanctions de l'inexécution.

IV. ARTICULATION DU NOUVEAU DROIT COMMUN AVEC LES DROITS SPECIAUX

Le point II relatif à la capacité contractuelle des personnes morales et à la représentation nous a déjà conduits à aborder l'articulation entre le nouveau droit commun des contrats et le droit des sociétés. Poursuivons sur cette lancée en envisageant ici deux autres terrains propices à la recherche de cette articulation : les pactes d'actionnaires et les sociétés coopératives.

Le premier a déjà été largement labouré, à travers publications, colloques et séminaires. Il faut dire qu'il est, en pratique, capital et que tout est loin d'y être simple… avec, d'un côté, des pactes qui, depuis une bonne trentaine d'années, se sont abondamment nourris de liberté contractuelle, et de l'autre, un droit des contrats qui comprendrait sans doute aujourd'hui assez mal qu'on le déclare ici *persona non grata* mais dont la dimension quelque peu intrusive, y compris dans les relations nouées entre professionnels, peut évidemment inquiéter…

Nous n'avons pas la prétention – ni le courage ! - d'aborder ici toutes les difficultés potentielles soulevées par le régime de ces pactes, et préférons donc rappeler la caractéristique de notre forum qui est de susciter les questions et d'ouvrir nos colonnes à des réflexions et points de vue.

Quelques mots, toutefois, introductifs pour :

- d'abord, dire que le droit commun des contrats ne nous paraît pas évincé par nature des pactes d'actionnaires dans la mesure où ceux-ci vivent essentiellement de la sève contractuelle et peuvent donc difficilement prétendre relever d'un droit spécial dérogatoire ;

- ensuite, rappeler que l'applicabilité du nouveau droit passe toutefois ici par la prise en compte du droit transitoire évoqué dans notre première lettre. Seuls donc les pactes conclus à partir du 1er octobre 2016 relèvent en principe du droit nouveau, sauf avenant normatif qui opterait pour une soumission volontaire. Cela étant, *quid* de contrats conclus certes après le 1er octobre 2016 mais pour assurer le respect d'un pacte antérieur à cette date ? Ainsi, par exemple, le pacte d'actionnaires signé en 2000 contenait un pacte de préférence, dont un actionnaire est amené à se prévaloir en 2017 parce qu'un autre signataire aura souscrit, à cette même date, une promesse conditionnelle de cession de titres... Pour notre part, il nous semble que dès lors que la promesse est bien postérieure au 1er octobre 2016, le droit nouveau des contrats a vocation à la gouverner et que, par souci de cohérence globale, ce droit devrait logiquement appréhender aussi les effets du pacte de préférence qui va permettre une substitution dans le bénéfice de la promesse. Mais ce n'est évidemment là qu'une opinion ;

- enfin, observer que les pactes d'actionnaires ont incontestablement à gagner dans l'application de ce nouveau droit des contrats. Par exemple, en y puissant le bénéfice du droit à l'exécution forcée en nature que formule le nouvel article 1221, aux lieu et place du défunt article 1142 ; ou encore en y trouvant la source d'une meilleure circulation des pactes. Certes, s'agissant des nouveaux actionnaires entrant dans la société, les pactes incluaient d'ores et déjà souvent une clause de ratification par laquelle les signataires stipulaient que tout nouvel actionnaire, par exemple par l'effet d'une cession, devrait adhérer au pacte. Mais l'expérience a montré que le jeu d'une telle stipulation n'était pas toujours aisé et qu'en particulier, une bonne synchronisation devait être observée entre la cession et la ratification. Or, avec le droit nouveau, est enfin entrée dans le Code civil la cession de contrat qui devrait faciliter ici les choses. Le nouvel article 1216 dispose en effet qu' *« 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 »* et que *« cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel 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 ».* Il devrait donc être possible d'insérer dans le pacte d'actionnaires une clause par laquelle les signataires donnent d'ores et déjà leur accord à la cession du pacte à un futur ayant droit de leur co-signataire, lequel ayant droit s'intégrera ensuite au pacte à l'occasion de la cession qui lui sera consentie par le

« Les pactes d'actionnaires »

signataire se retirant. Simplement, devra-t-on veiller, nous semble-t-il, à la rédaction d'un écrit lors de la réalisation de la cession pour respecter les termes de l'alinéa 3 de l'article 1216 (« *La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité* »).

Voilà donc pour le positif. En contrepartie duquel il y a peut-être aussi quelques dangers (éradication de clauses abusives, révision ?)… que nous proposons d'évoquer dans notre prochaine lettre, à la lumière des réactions espérées de nos lecteurs…

Quelques mots, également de nature positive, pour évoquer les sociétés coopératives, dont on connaît bien la forte dimension contractuelle, notamment au travers de la relation particulière qu'entretient l'associé coopérateur avec sa société. Prenons ainsi la question, pratiquement sensible, de l'éventuelle exception d'inexécution que le coopérateur entendrait opposer à la société pour refuser de lui fournir les livraisons imposées par les statuts. Depuis longtemps, la Cour de cassation (Civ.1ère, 5 mars 1974, n°72-11.884 ; 12 mars 1974, n°72-14.093 ; 17 novembre 1976, n°75-12.646) indique ici qu'il ne saurait être fait grief à un associé d'avoir arrêté ses livraisons dès lors que la société a pris une décision irrégulière et, ce faisant, méconnu ses propres obligations statutaires. A l'évidence, les nouvelles dispositions du Code civil devraient conforter cette position de l'associé coopérateur puisque si, de manière classique, le nouvel article 1219 du Code civil consacre l'exception d'une inexécution avérée (« *Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave* »), le nouvel article 1220 du Code civil va, pour sa part, bien au-delà en retenant une exception d'inexécution préventive qui, dans certains cas, pourrait s'avérer particulièrement opportune : « *Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais* ».

« Les sociétés coopératives »

De son côté, la société coopérative pourra elle-même trouver dans le nouvel article 1221 une source renouvelée de protection, à travers le nouveau principe de primauté de l'exécution forcée en nature, après mise en demeure du débiteur. C'est dire que la jurisprudence sur la reprise forcée des livraisons (Civ.1ère, 15 novembre 1988, n°86-18.619, *RTDcom*.1989, p.487, obs. E. Alfandari et M.Jeantin ; 21 mars 1995, n°93-12.176 et n°93-12.178) devrait être désormais dotée d'une base juridique incontestée.

Au final, on pourrait donc dire que la coopération n'a rien à craindre de l'ordonnance du 10 février 2016… et placer aussi cette phrase en exergue à notre Forum !

Jacques Mestre
(jacquesmestre81@gmail.com)

Julia Heinich
(juliaheinich@yahoo.fr)