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° 3, avril 2017

Efficacité économique, pragmatisme, sécurité des opérations, les ambitions générales de la réforme sont claires, et ne peuvent que séduire les praticiens ! Pourtant, sous l'égide cette fois-ci de la justice contractuelle, d'autres dispositions sont également présentes, dont la portée ne peut être ignorée… Alors, comment concilier le tout, tel est l'axe principal de notre troisième forum, qui fait écho à de nombreuses interrogations ou réflexions récemment recueillies, notamment auprès d'avocats ou de juristes d'entreprises ?

On tentera d'y répondre en ne perdant pas de vue l'attractivité recherchée de notre nouveau droit, et en envisageant successivement les questions de la violence économique, de l'ordre public, des clauses abusives, des clauses privant de substance l'obligation essentielle du débiteur et de la réduction unilatérale du prix.

I. FORMATION

1. Le nouveau cas de violence par abus de l'état de dépendance

Dans le Code civil de 1804, la violence en tant que vice du consentement était envisagée sous ses seules expressions physique et morale. Par ailleurs, la jurisprudence avait, depuis une quinzaine d'années, reconnu une autre forme de violence : la violence économique (Cass. civ. 1ère, 30 mai 2000, n° 98-15242). Rares étaient cependant les hypothèses dans lesquelles des contrats étaient annulés, ou annulables, sur ce fondement, tant les conditions formulées par nos magistrats étaient ici restrictives et rigoureusement appréciées. Or les choses ont un peu changé depuis l'ordonnance de 2016, malgré l'apparence d'une simple codification à droit constant.

En effet, le nouvel article 1143 du Code civil, souvent présenté comme étant une reprise de la jurisprudence de la Cour de cassation concernant la violence économique, va en réalité plus loin tout en conservant des conditions d'application assez restrictives. De sorte qu'il ne faudra pas négliger l'importance de cet article qui sanctionne désormais les cas violence par abus de l'état de dépendance et dont les applications pourraient, au final, être assez importantes.

Que prévoit donc l'article 1143 ? Qu' *« 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 contrainte et en tire un avantage manifestement excessif »*. Le champ d'application du texte est donc assez large dans la mesure où toute dépendance peut être concernée. Les auteurs de l'ordonnance ont pourtant tenu à limiter l'invocation de cet article par plusieurs conditions qui seront sans doute difficiles à réunir, notamment celle de la preuve de l'abus et celle d'un avantage manifestement excessif devant en résulter pour le cocontractant auteur de la violence. Et ce très opportunément car les conséquences découlant de l'application de l'article 1143 seront importantes : la reconnaissance d'un vice de violence peut entraîner non seulement l'annulation du contrat (nullité relative, réservée au cocontractant qui en est victime), mais aussi l'allocation de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par la victime.

Reprenons donc brièvement ces points.

O Un champ d'application large : la prise en compte de toutes sortes de dépendances

La dépendance fait immédiatement penser à la dépendance économique, dont l'abus était déjà sanctionné par les juges sur le fondement de la violence, mais aussi par le droit de la concurrence dans certaines circonstances. Mais l'ordonnance va plus loin. L'article 1143 ne vise pas seulement un état de dépendance économique dans lequel serait placé la victime, mais plus généralement « un état de dépendance », sans autre précision. Et le rapport au président de la République insiste sur cet élément en précisant que « toutes les hypothèses de dépendance sont visées ».

Pourraient donc être concernées, outre la dépendance économique, qui sera sans doute la plus courante, une dépendance affective, physique, mentale, technique, technologique, financière, etc… Une société pourrait ainsi être considérée comme étant en état de dépendance financière vis-à-vis de son banquier, de dépendance politique et économique vis-à-vis d'une société mère s'il s'agit d'une filiale, ou même en état de dépendance matérielle ou technologique vis-à-vis d'une entreprise qui lui fournit des éléments protégés par un brevet et qui sont indispensables à son activité. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, des sociétés très importantes peuvent dès lors, sans doute, se retrouver dans une situation de dépendance vis-à-vis de sociétés économiquement plus faibles. La jurisprudence l'a d'ailleurs récemment reconnu en considérant que la société Bouygues immobilier, « quelle que soit son envergure financière », avait pu être victime de violence de la part d'une autre société qui l'avait menacée d'un recours contre un permis de construire pourtant valablement obtenu, menace qui avait « fait naître, pour la société, la crainte de voir mettre en échec une vaste et coûteuse opération immobilière » (Cass. civ. 1re, 4 févr. 2015, n° 14-10920). L'abus de l'état de dépendance n'est donc pas l'apanage des forts, et la dépendance, pas forcément celui des faibles !

Est-ce à dire que tous les contrats passés par un contractant en situation de faiblesse de quelque sorte que ce soit, seraient désormais menacés ? Heureusement pas, car l'article prévoit des conditions très restrictives, plus encore que la jurisprudence antérieure concernant la violence économique, pourtant déjà sévère.

O Des conditions restrictives : un abus et un avantage manifestement excessif

Outre celle de l'état de dépendance, le contractant qui demandera l'annulation de son contrat sur le fondement de l'article 1143 sera tenu d'apporter une double preuve : celle d'un comportement (abus de l'état de dépendance économique) et celle d'un résultat (un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence de cette contrainte et procurant à son cocontractant un avantage manifestement excessif).

Un comportement d'abord : la simple preuve d'un état de dépendance ne suffit pas, il faudra prouver que le contractant dominant a véritablement abusé de cet état pour imposer la conclusion du contrat au contractant dépendant. Cette condition de l'abus était déjà exigée par la jurisprudence relative à la violence économique. La Cour de cassation avait ainsi considéré que la simple existence d'un lien de subordination entre un salarié et son employeur et celle d'un contexte économique difficile ne suffisaient pas pour prouver l'abus de l'état de dépendance économique commis par l'employeur pour faire accepter à son salarié la conclusion d'un contrat (Cass. civ. 1re, 3 avr. 2002, n° 00-12932). Un comportement actif sera donc exigé pour reconnaître la violence et provoquer l'annulation du contrat.

Un résultat ensuite : comme pour tous les vices du consentement, la violence ne peut être retenue que si l'abus de l'état de dépendance a poussé le contractant qui en est victime à conclure un contrat qu'il n'aurait pas accepté en l'absence de cette circonstance. Mais le texte va plus loin encore, ce qui n'était pas le cas de la jurisprudence antérieure, en introduisant une condition relative à l'ampleur de ce résultat. L'article 1143 ne pourra être invoqué que si l'auteur de l'abus en a tiré « un avantage manifestement excessif ». Cet ajout a été réalisé pour

éviter un usage trop extensif du nouveau texte et devrait effectivement réduire sensiblement les cas dans lesquels il sera invoqué avec succès. Le double usage des standards du manifeste et de l'excès imposera en effet l'établissement d'une preuve difficile, ainsi que le suggère la jurisprudence qui s'est dégagée depuis de longues années sur le terrain de l'ancien article 1152 du Code civil, où la modération de la clause pénale impliquait pareillement la preuve d'un excès manifeste (solution, au demeurant, maintenue par le nouvel article 1231-5).

L'effet de ce nouveau cas de violence par abus de l'état de dépendance devrait donc être limité, en dehors naturellement des cas incontestables d'abus manifestes, pour lesquels la faute comme le préjudice sont suffisamment importants pour justifier une condamnation.

Nous nous permettrons une dernière suggestion à l'adresse des juges pour un cas particulier. Dans le cadre des groupes de sociétés, la jurisprudence civile pourrait, nous semble-t-il, reconnaître, à l'instar de la jurisprudence pénale, une sorte d'exception liée à l'intérêt de groupe lorsqu'une société mère aura enjoint à sa filiale de passer un contrat qui lui est défavorable à titre individuel mais qui se trouve justifié au niveau du groupe. Il ne faudrait pas, en effet, dans de telles circonstances que ce contrat puisse être remis en cause sur le fondement du nouvel article 1143 à la suite d'un changement de contrôle ou encore d'une procédure collective affectant la filiale, au prétexte que la mère aurait abusé de l'état de dépendance économique et politique dans lequel se trouvait sa fille. A l'évidence, la sécurité des opérations contractuelles et, au-delà, la recherche de l'attractivité du droit français imposent la reconnaissance d'une telle exception de l'intérêt contractuel du groupe.

« L'effet de ce nouveau cas de violence par abus de l'état de dépendance devrait être limité »

II. CONTENU

2. L'enjeu de la délimitation de l'ordre public

Les premières rencontres ou formations organisées pour présenter la réforme et débattre de ses principales orientations le révèlent très clairement : une bonne part de l'accueil que lui réserveront les praticiens, tant français qu'étrangers, dépendra de la place qui sera faite à l'ordre public. Non pas que ces praticiens souhaitent d'emblée écarter les nouvelles dispositions, mais parce que dans la vie des entreprises, le sur-mesure contractuel est aujourd'hui essentiel et donc que, même si une disposition est bonne en soi, il est très souvent essentiel de pouvoir l'adapter au cadre particulier de l'opération envisagée ou encore l'acclimater à la dimension supra nationale du contexte. Autrement dit, si la qualification d'ordre public venait à être, demain, trop facilement retenue par nos magistrats, la liberté contractuelle, que le nouvel article 1102 du Code civil a pris soin de formuler en des termes très généraux (« Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi »), perdrait rapidement de ses couleurs et, avec elle, un droit français qui souffrirait inévitablement de la comparaison avec un certain nombre de droits étrangers connus pour leur souplesse et leur pragmatisme…

Certes, à cet égard, le rapport présentant l'ordonnance du 10 février 2016 au président de la République se veut rassurant puisqu'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 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 du caractère supplétif de ces textes* ».

Cela étant, la partie n'est peut-être quand même pas entièrement gagnée car l'article 1102 continue, à la suite de l'article 6 toujours maintenu, de réserver les règles qui intéressent l'ordre public, et rien n'assure donc que le juge abandonne demain la notion d'ordre public virtuel, lui permettant traditionnellement de protéger certaines dispositions qu'il considère comme particulièrement importantes...

Alors, formulons clairement deux espoirs :

- d'abord celui que le juge réserve précisément cette notion d'ordre public virtuel aux cas les plus graves où la justice contractuelle, telle que l'ont conçue les auteurs de l'ordonnance, est véritablement en jeu, et qu'il ne la sollicite donc pas lorsque sont concernés, par exemple, la simple conduite de pourparlers entre des entreprises, les avant-contrats, la durée du contrat, sa caducité ou encore sa résolution (ainsi des articles 1224 et suivants) ;

- et ensuite l'espoir que le juge, dans le cas particulier d'une relation économique internationale, ne fasse pas également un usage trop important de la notion d'ordre public international, c'est-à-dire du concept lui permettant d'évincer la loi étrangère que les parties avaient expressément choisie, motif pris d'une sorte d'allergie que notre droit national développerait à l'égard de son application sur le territoire français.

3. Contrats d'adhésion et clauses abusives

Raymond Saleilles aura donc attendu plus d'un siècle pour obtenir satisfaction ! Dans son célèbre ouvrage De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (éd.Pichon, 1901), il stigmatisait en effet, sous la dénomination de contrats d'adhésion, une catégorie de contrats lui paraissant fort éloignés des idéaux de liberté et d'équilibre : *« Il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom, et dont la construction juridique reste à faire (...), que l'on pourrait appeler, faute de mieux, contrats d'adhésion, dans lesquels il y a prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà, par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même »*. Or voici qu'en parfait écho avec cette pensée, l'ordonnance du 10 février 2016 a doté ces contrats d'un régime spécifique, à travers deux dispositions importantes : d'une part, le nouvel article 1171 précisant que *« 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 »* et, d'autre part, le nouvel article 1190 indiquant que dans le doute, le contrat d'adhésion s'interprète *« celui qui l'a proposé »* tandis que le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier.

« La notion d'ordre public virtuel »

Ainsi le contrat d'adhésion pourra-t-il voir sa rigueur congénitale atténuée tant au plan de son contenu, à travers la sanction par le juge d'une clause qui lui apparaîtrait abusive qu'au plan de son interprétation, par l'adoption, en cas de clause ambiguë, du sens favorable à la partie s'étant contentée d'adhérer à la loi voulue par l'autre.

Soit, mais... Mais les difficultés surgissent, notamment au plan de la sécurité contractuelle qui nous retient aujourd'hui plus particulièrement. Car, pour lutter contre les clauses abusives, il y avait déjà l'article L.132-1 du Code de la consommation, dont le juge n'hésite pas à faire un large usage (la dernière expression en étant, à travers un avis n°16011 rendu par la Cour de cassation le 28 novembre 2016, la surprenante condamnation de la transmission de la clause de réserve de propriété à l'établissement de crédit finançant l'acquisition d'un véhicule automobile, en dépit des solides conclusions contraires qu'avait développées Monsieur l'Avocat Général Patrick Sassoust), et aussi un article L.442-6-I, 2° du Code de commerce qui, cette fois dans les relations entre professionnels eux-mêmes, vient

stigmatiser *« le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers… de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».* Un texte dont la jurisprudence ne se prive pas, également, de faire application assez compréhensive (cf. récemment, et de manière très révélatrice, Com., 25 janvier 2017, n°15-23547, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour de Paris qui avait condamné la société Galec à restituer à 46 fournisseurs 61 millions d'euros de ristournes de fin d'année, en indiquant à cette occasion que l'article L.442-6-I, 2° n'exclut pas que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu).

Alors, à travers le nouvel article 1171 du Code civil, voilà donc, y compris dans les relations entre professionnels, une arme supplémentaire dressée contre les clauses abusives, avec cette fois-ci non plus la mise en jeu d'une simple responsabilité civile mais carrément la sanction du non écrit, c'est-à-dire l'effacement judiciaire d'une clause au sein d'un contrat qui devrait par ailleurs se maintenir.

Reste donc à préciser – et l'enjeu est naturellement de taille ! - ce qu'il convient d'entendre par contrat d'adhésion. Or sur ce point, l'ordonnance a tenté de clarifier les choses en donnant une définition de ce contrat au nouvel article 1110, alinéa 2 : *« Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties »* (tandis que l'alinéa 1er de ce même article présente le contrat de gré à gré comme *« celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties »*).

Cela étant, il suffit de relire ce texte pour voir que les points d'incertitude demeurent importants, et qu'il faudra donc attendre les premières applications judiciaires du texte pour y voir réellement plus clair.

Pour notre part, deux éléments terminologiques nous paraissent cependant d'ores et déjà importants dans la qualification :

- d'abord, l'adjectif « *soustraites* » (à la négociation) qu'utilise l'article 1110 à propos des conditions générales du contrat. Ce terme nous semble en effet plus exigeant que le constat d'une simple absence de négociation effective. A travers lui, le Code réserve, à notre avis, la qualification de contrat d'adhésion à l'hypothèse où la partie qui a prérédigé le contrat s'est contenté de dire à l'autre : *« c'est à prendre tel quel ou à laisser… »* ;

- ensuite, *« à la négociation »,* qui nous paraît impliquer que la qualification de contrat d'adhésion soit cristallisée à la période de formation du contrat. Autrement dit, si le contrat a bien été négocié au départ ou, à tout le moins, a pu l'être sans que les parties aient nécessairement utilisé cette possibilité, il est pour toujours un contrat de gré à gré. Il n'est pas un contrat d'adhésion, et ne saurait le devenir ultérieurement, lorsqu'il est amené à circuler et que le nouvel entrant se contente, comme c'est par exemple très souvent le cas dans un pacte d'actionnaires accueillant un nouveau cessionnaire d'actions, d'adhérer à la loi contractuelle préexistante.

On ajoutera, notamment en liaison avec la première observation, que devrait pouvoir produire effet, dans une relation entre professionnels, une clause qui serait ainsi rédigée : *« Dans le présent contrat, les conditions générales ont été prérédigées par l'une des parties. Cela étant, cette rédaction unilatérale ne signifie pas qu'elles ont été « déterminées » et « soustraites à la négociation » au sens de l'article 1110 du Code civil car, au vu de cette rédaction, les deux parties au contrat ont ensuite librement choisi, en parfaite connaissance de cause, de faire leurs ces conditions générales en les incorporant d'un commun accord au champ contractuel ».*

On rappellera en effet que, jusqu'à présent, la Cour de cassation a toujours accepté de faire produire effet à de telles clauses de déclaration, ainsi que le montre très bien notre collègue Marie Lamoureux dans son importante thèse sur « L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants » (Presses univ. Aix-Marseille 2006, préface J. Mestre, n° 203 et s.). Ainsi la Haute juridiction a-t-elle, par exemple, rejeté un pourvoi qui arguait de la méconnaissance et donc de l'inopposabilité du contenu de conditions générales de vente, en utilisant la motivation suivante :

« Attendu qu'après avoir constaté que les conditions générales de vente figuraient au verso du bon de commande, la cour d'appel a relevé que ce document portait au recto la mention imprimée suivante : « l'acheteur déclare avoir pris connaissance des conditions générales de vente et de garantie inscrites au verso et les accepter dans toute leur teneur ; qu'ayant encore retenu que Mme Suret-Messy avait apposé sa signature au-dessous de cette mention imprimée, l'arrêt attaqué a pu en déduire qu'en signant le bon de commande litigieux, l'intéressée avait adhéré à son contenu, spécialement aux conditions générales de vente figurant au verso, dont elle avait déclaré avoir pris connaissance et les avoir acceptées » (Civ. 1ère, 3 déc. 1991, Bull.civ.I, n° 342 ; voir dans le même sens Civ. 1ère, 17 janv. 1984, Bull.civ.I, n°17 ; 20 janv. 1993, Contrats-concurrence-consommation 1993, n° 77, obs. G. Raymond ; 11 avr. 1995, Contrats-concurrence-consommation 1995, n° 124, obs. L. Leveneur ; 10 avr. 1996, Bull.civ.I, n°177, RTD civ. 1997, p.118, obs. J. Mestre ; 17 nov. 1998, Bull.civ.I, n°316).

4. Le nouvel article 1170 et la clause privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur

Autre menace potentielle pour la sécurité des clauses contractuelles : l'article 1170, indiquant désormais que *« toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite »*.

Faut-il, pour autant, s'en inquiéter ? A notre avis, non, pas vraiment… car, à travers ce texte, le Code civil entend viser, et de manière tout à fait justifiée, les seules clauses qui abandonnent, directement ou indirectement, au seul bon vouloir du débiteur l'exécution de son obligation principale (celle dont les internationalistes diraient qu'elle constitue la prestation caractéristique du contrat ou bien la prestation financière qui est la contrepartie directe de la précédente).

Autrement dit, devraient être uniquement visées les stipulations qui, soit font de la potestativité pure et dure (je souscris d'abord une obligation puis, plus loin dans le contrat, me réserve la faculté de ne pas l'exécuter), soit pratiquent une potestativité plus intelligente en privant cette fois-ci le créancier du droit de se prévaloir de l'obligation souscrite (par ex. en édictant à son endroit d'insurmontables difficultés probatoires), ou, plus subtilement encore, qui le privent de l'intérêt concret de s'en prévaloir (par ex. en plafonnant à une somme dérisoire le montant des dommages-intérêts auquel il peut prétendre). Bref, pour toutes ces clauses dont Josserand aurait dit qu'elles énervent la force obligatoire du contrat, l'article 1170 édicte une sanction tout à fait logique, qui s'accorde d'ailleurs pleinement avec ce qu'on peut raisonnablement attendre d'une relation contractuelle, et donc d'une sécurité légitime.

« Ne pas hésiter à faire preuve de pédagogie »

Au-delà, l'article 1170 n'a pas, selon nous, à jouer. Un conseil, toutefois, à l'adresse des rédacteurs de contrats : celui de ne pas hésiter, en présence d'une clause sur la validité de laquelle ils pourraient s'interroger au regard du texte (par ex. la stipulation d'une limitation non pas totale mais quand même assez sensible de la responsabilité encourue), à faire œuvre de pédagogie et donc à expliquer avec précision les raisons d'être concrètes de cette stipulation, la manière dont elle vient, par exemple, rééquilibrer une autre stipulation cette fois-ci favorable au débiteur… Il suffit, pour s'en persuader, de relire l'arrêt Faurecia 2 (Com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, RTD civ. 2010, p.555, obs. B. Fages), et donc une motivation judiciaire où l'on voit bien que si la clause très limitative de responsabilité a pu finalement jouer, c'est parce que la lecture du contrat faisait clairement apparaître qu'elle avait fait l'objet d'une négociation particulière et qu'elle était placée au cœur de l'équilibre économique d'un contrat portant sur une prestation complexe et individualisée ; bref, qu'elle avait toute une logique propre, que les contractants avaient bien su faire ressortir à travers leur rédaction attentive de la convention.

II. EXECUTION

5. La réduction du prix, nouvelle sanction unilatérale de l'inexécution

L'un des aspects les plus réussis de l'ordonnance du 10 février 2016 est sans contexte la partie concernant les sanctions de l'inexécution. Pédagogie, lisibilité et efficacité sont les maîtres mots qui ont été respectés par les rédacteurs de l'ordonnance dans cette section V consacrée à l'inexécution du contrat. Elle débute d'ailleurs par un article 1217 recensant clairement l'ensemble des outils auquel peut recourir la partie qui souffre d'une inexécution contractuelle.

Parmi ces sanctions, la réduction du prix prévue par l'article 1223 est novatrice à de nombreux égards, mais sa formulation laisse toutefois planer certaines interrogations. Cet article est divisé en deux alinéas : le premier permet au cocontractant victime d'une inexécution imparfaite de solliciter une rédaction du prix, alors que le second lui donne le pouvoir, s'il n'a pas encore payé, de décider unilatéralement d'une réduction du prix initialement convenu.

Le premier alinéa de l'article 1223 dispose ainsi que : « *Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix* ». Cette faculté peut être utile à un créancier qui préfère renoncer à l'exécution complète du contrat, qu'il s'agisse d'un retard, d'une quantité ou d'une qualité insuffisante, au profit d'un rabais sur le prix initialement convenu. La formation adoptée par l'article suscite cependant une incertitude : auprès de qui le créancier doit-il « *solliciter* » cette réduction du prix ? Si c'est auprès du créancier, l'article ne serait qu'une application de la possibilité pour les parties de modifier leur contrat d'un commun accord, à n'importe quel moment. Si c'est auprès du juge, il confie à ce dernier un pouvoir de révision du contrat, puisqu'il ne s'agit pas d'accorder des dommages et intérêts à la victime de l'inexécution mais bien de modifier le contenu du contrat, proportionnellement à l'inexécution constatée et acceptée par le cocontractant.

Mais c'est en réalité le second alinéa de l'article 1223 qui est le plus novateur et le plus intéressant. Il introduit en effet une nouvelle sanction unilatérale de l'inexécution, à côté de l'exception d'inexécution (art. 1219), de l'exception d'inexécution anticipée (art. 1220), de la faculté de remplacement (art. 1222) et de la résolution unilatérale aux risques et périls (art. 1226). L'article précise en effet : *« S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais »*.

La règle est particulièrement favorable au créancier, qui n'est pas tenu de mettre en demeure, ni de respecter des formes particulières, ni surtout de solliciter préalablement le juge. Le cocontractant peut décider, seul, de modifier un élément essentiel du contrat, le prix, s'il estime que l'exécution du contrat a été imparfaite. Cette sanction unilatérale constitue bien une faveur faite aux créanciers qui permet de déplacer la charge du procès. Au lieu de faire peser cette dernière sur le créancier, qui était tenu de saisir le juge pour demander des dommages et intérêts en cas d'inexécution, elle pèsera désormais sur le débiteur, qui devra, s'il souhaite contester cette décision de réduction unilatérale du prix, saisir le juge pour lui demander de constater une éventuelle mauvaise application par le créancier de l'article 1223 du Code civil. L'inversion est sans conteste importante : la charge de la preuve pesant sur le demandeur, ce sera au débiteur de faire la preuve de la parfaite exécution, ou de l'absence de proportionnalité entre l'inexécution et la réduction du prix décidée par le créancier.

Attention cependant : le contrôle du juge sera certainement sévère, pour éviter que des créanciers ne profitent de ce pouvoir pour réduire excessivement le prix à payer pour un contrat bien exécuté, ou presque. Dans un domaine relativement proche, on peut d'ailleurs remarquer la sévérité de la jurisprudence concernant l'usage de la faculté de résiliation unilatérale du contrat aux risques et périls de celui qui l'opère (v. par ex. Cass. Civ.1ère, 28 oct. 2003, n° 01-03662). La prudence est donc à recommander dans l'usage de cette nouvelle sanction. Mais le simple fait qu'elle existe désormais sera sans doute une incitation forte à la bonne exécution pour certains débiteurs !

Signalons pour finir qu'à l'instar des autres sanctions de l'inexécution, cet article devrait être considéré comme supplétif et donc librement aménageable

par les parties, qui devraient pouvoir soit l'écarter purement et simplement, soit en modifier les conditions d'application.

IV. ARTICULATION DU NOUVEAU DROIT COMMUN AVEC LES DROITS SPECIAUX

Pour illustrer ce dernier point traditionnel de notre Forum, et en liaison avec les observations que nous avions présentées la dernière fois sur la question de la représentation des sociétés, évoquons... la première décision ayant, du moins à notre connaissance, fait application des nouveaux textes ! A savoir une ordonnance rendue sur requête par Monsieur le Président du Tribunal de commerce de Castres le 6 avril 2017.

En l'occurrence, une société anonyme avec directoire et conseil de surveillance, qui était sous sauvegarde de justice, entendait obtenir le bénéfice d'un redressement judiciaire mais, étant présentement dépourvue de président de directoire, sollicitait de ce magistrat la nomination d'un mandataire ad hoc à cette fin. Le président de la juridiction consulaire castraise fait droit à sa demande, au visa de l'article 875 du Code de procédure civile, mais cantonne cette nomination à la seule demande d'ouverture d'un redressement judiciaire, en faisant, nous semble-t-il, une heureuse application combinée des dispositions du droit des sociétés et des nouvelles dispositions du Code civil dans les termes suivants :

« Attendu que compte tenu de la nécessité de sauver la société X..., porteuse d'emplois, il sera fait droit en désignant par ordonnance un mandataire ad hoc avec pour seule mission de procéder à la déclaration de cessation des paiements ; que notre décision ne saurait pallier la carence des membres actuels du conseil de surveillance dans la désignation des membres du directoire ; qu'il incombera au conseil de surveillance de désigner rapidement le nombre de membres du directoire permettant d'assurer le respect des statuts ou alors, à défaut de ces diligences, que l'un de ses membres sollicite à nouveau, et à très bref délai, l'intervention du président du tribunal de commerce dans les termes de l'article R.225-36 du Code de commerce ;

Qu'en limitant la compétence du mandataire ad hoc ainsi désigné à la seule demande d'ouverture d'un redressement judiciaire, la présente ordonnance ne fait, au demeurant, que se conformer au nouvel article 1153 du Code civil, entré en vigueur le 1er octobre dernier et qui s'applique aux instances engagées après cette date, puisque ce texte précise que « le représentant... judiciaire n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés ». Pour les autres pouvoirs, et à charge donc pour les intéressés de se conformer aux prescriptions de l'article R.225-36 du Code de commerce, il n'est pas, en revanche, dérogé aux règles du droit des sociétés, en application de l'article 1159 du Code civil qui cantonne les effets d'une représentation judiciaire au seul transfert de pouvoirs expressément prévu par le magistrat ».

Formons donc, en terminant, un nouveau vœu : celui que ce Forum accueille rapidement de nouvelles décisions de cet ordre. Des décisions qui permettent de voir que les juristes français se sont d'ores et déjà approprié les nouvelles dispositions de notre droit des contrats et qu'ils en font le meilleur usage ! Alors, si vous disposez vous-même de telles décisions, communiquez-les nous au plus tôt... nous vous en remercions par avance !

Jacques Mestre
(jacquesmestre81@gmail.com)

Julia Heinich
(juliaheinich@yahoo.fr)

« Une décision qui fait application des nouveaux textes »