



مجلة الحقوق والعلوم السياسية

العدد السادس والعشرون:

2020/1

Colloque intitulé: **Regards croisés du droit français et
du droit libanais à l'aune de la réforme du droit des
contrats en France Incidences en droit des affaires**

مجلة فصلية تصدر عن

كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية

مجموعة الليلي للمحاماة
al laili law firm



مجلة الحقوق والعلوم السياسية

هيئة التحرير العميد د. كميل حبيب د. إيلي داغر د. خالد الخير د. رفيق رحيمة د. خليل خيرالله د. عيسى بيرم	الهيئة الاستشارية العليا معالي الرئيس د. عدنان السيد حسين العميد د. كميل حبيب د. ماري الحلو د. دينا المولى د. محمد عيسى عبدالله
المدير المسؤول د. عصام إسماعيل	رئيس التحرير العميد د. كميل حبيب

ترحب عمادة كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بالمساهمات الفكرية في مجالي القانون والسياسة.

للإستفسار أو لمزيد من التفاصيل زيارة الموقع (droit.ul.edu.lb)

أو لدى عمادة الكلية على الرقم:

00961 1 384133 – 00961 1 384114

00961 3 700209 – 00961 70 814915

أو مراسلتنا على عنوان البريد الإلكتروني:

camille_habib@hotmail.com

Issam.ismail@ul.edu.lb - droit@ul.edu.lb

◆ قواعد النشر:

يراعى في نشر الأبحاث في المجلة، القواعد الآتية:

- 1- يشترط لقبول البحث أن يكون مراعيًا للشروط الآتية:
 - أ- في موضوعات القانون أو العلوم السياسية والإدارية
 - ب- لا تقل عدد صفحات البحث عن 20 صفحة.
 - ج- ممنهجاً مراعيًا الحداثة ومعتمداً الأصول العلمية في كتابة البحث.
 - د- منسقاً شكلاً ومدققاً لغوياً بحيث يردّ البحث غير مستوفي هذا الشرط.
 - هـ- المراجع موثقة ومدرجة في هوامش صفحات البحث (وليس في آخر البحث) وبشرط أن تقتصر الهوامش على ذكر المراجع أما الحواشي المطوّلة المذكورة في الهوامش فهي تحذف حكماً.
 - و- غير مقتبس عن بحث آخر.
 - ز- لم يسبق نشره في مجلة أو موقع الكتروني.
 - ح- ليس جزءاً من أطروحة الدكتوراه أو رسالة الماجستير، أو جزءاً من كتاب للباحث سبق نشره.
- 2- فور ورود البحث إلى عمادة الكلية، يصبح ملكاً للمجلة ولا يجوز إعادة نشره إلا بعد موافقة هيئة التحرير.
- 3- إن قبول نشر البحث لا يعني أنه سينشر في العدد اللاحق، لهيئة التحرير أن تقرر تاريخ النشر مراعاةً لمبادئ تراكم الأبحاث وتنسيق الموضوعات.
- 4- تُذكر صفة الكاتب إذا لم يكن من أفراد الهيئة التعليمية في كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية- الجامعة اللبنانية.
- 5- بعد إدراج المجلة على الموقع الإلكتروني للكلية يمكن إعادة استخدام ونشر الدراسات الواردة فيها شرط الإشارة إلى المصدر.

محتويات المجلة

Mots D'ouverture	9
Cybèle Jalloul :Directrice de la Filière Francophone de droit	11
Camille Habib: Doyen de la Faculté de Droit et de sciences politiques	13
Jean Fahed: Premier président de la Cour de cassation libanaise	16
Docteur Afif Daher: Maître de conférences Hors Classe – HDR / Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université Rennes1	26

PREMIÈRE TABLE RONDE	47
Incidences de la réforme en droit commun	
Antoine Gouëzel, La transmission des créances	49
Nicolas Thomassin, Les remèdes à l'inexécution du contrat	60
Isabelle Sérandour, La révision des contrats pour imprévision	78
Carole Najm, LA THEORIE DE L'IMPREVISION EN DROIT LIBANAIS	92
Ahmad Ichrakieh, L'Arbitrabilité des litiges du droit de la consommation en droit français et libanais	103

DEUXIÈME TABLE RONDE	131
Incidences de la réforme en droit des affaires	
Isabelle GROSSI, La capacité des personnes morales à l'aune de la réforme du droit civil, un coup d'épée dans l'eau?	133
JOCELYNE SAFA GANNAGE, L'incidence de la loi de ratification sur la cession de droits sociaux et sur la clause de garantie de l'actif et du passif	150
Gaby CHAHINE, L'impact de la réforme du droit des contrats sur les opérations de joint-venture	167
Safaa Mougharbel, Incidences de la réforme en droit des affaires. La période précontractuelle et le nouveau droit des avant-contrats d'affaires	189
Cybèle Jalloul, L'impact de la réforme du droit des contrats français sur le contrat de franchise. État actuel du droit Libanais	203
Note de synthèse	221
Habib KAZZI, Droits libanais et français des contrats : à la croisée des chemins	221

Colloque organisé par la filière francophone de droit de l'université libanaise et le centre de droit des affaires de l'université de rennes 1:

Colloque intitulé: Regards croisés du droit français et du droit libanais à l'aune de la réforme du droit des contrats en France.

Date : 29 mars 2019

Mots d'ouverture

- Cybèle Jalloul :Directrice de la Filière Francophone de droit
- Camille Habib: Doyen de la Faculté de Droit et de sciences politiques
- Jean Fahed: Premier président de la Cour de cassation libanaise
- Docteur Afif Daher: Maître de conférences Hors Classe – HDR / Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université Rennes1

Mots d'ouverture

Cybèle Jalloul

Directrice de la Filière Francophone de droit

Excellences

Monsieur le premier président

Monsieur le doyen

Chers collègues

Chers étudiants

Mesdames et Messieurs,

Je vous souhaite la bienvenue à la filière francophone de droit, et je vous remercie d'avoir accepté d'être parmi nous.

En effet, l'ignorance ,c'est la mort, le savoir, c'est la vie.

La FFD a le plaisir de vous accueillir aujourd'hui dans ce modeste bâtiment pour discuter de la réforme du droit des contrats en droit civil français, dans un colloque commun qui rassemble la FFD la faculté de droit de l'Université Libanaise et le centre de droit des affaires de la faculté de droit et des sciences politiques de l'université Rennes 1 .

Une réforme qui a bouleversé le monde juridique, et a suscité trop de débat sur son utilité, et son impact sur les différents contrats nommés et innommés dans le monde des affaires.

Après plus de vingt ans de débats, l'heure de la réforme est enfin arrivée, ainsi le droit des contrats revêt un aspect nouveau.

L'ordonnance no 131/2016 de 10 février 2016 porte réforme du droit des contrats ; du régime général et de la preuve des obligations .

Cette ordonnance modifie les arts 1101 et suivants du code civil, en instaurant une nouvelle numérotation des articles, en changeant radicalement leur ordre chronologique.

La plupart de ces articles sont la traduction des principes dégagés par la JP, d'autres sont au contraire novateurs, et devraient induire des modifications dans les pratiques contractuelles existantes.

Cette réforme comporte quelques innovations majeures aux différentes étapes fondamentales du processus contractuel.

Le droit libanais, et plus précisément le C.O.C ou code des obligations et des contrats rédigés à l'origine en langue française et influencé par l'esprit du droit français, subira t'il le même sort ? Est-il toujours suffisant aujourd'hui face à cette réforme éblouissante et parfois contestable du droit français ?

Ou bien est-il parfois à l'avance et précurseur ? eu égard à la consécration de notions déjà reconnue par le législateur libanais.

En effet la notion de bonne foi fut reconnue par le droit libanais, une notion vaste qui puise son origine de l'intention de êtres humains. Notion non définie par le texte, cette dernière reste toujours une notion vague, et parfois imprécise.

D'un autre côté, la période précontractuelle fut reconnue elle aussi par le législateur libanais, et précisément à l'art 178 C.O.C, qui est restée cependant timorée et insuffisante.

Quant à l'imprévision et la détermination du prix, des controverses doctrinales et jurisprudentielles ont tenu le relais, et ont rendu l'affaire vitale et actuelle.

Tous ces sujets et problématiques seront débattus lors de cette journée, en laissant à M. le prof. Afif Daher le plaisir d'inaugurer les travaux de ce colloque.

Sur ces mots je voudrais souhaiter plein de succès à nos travaux, et que cette journée de travail fournira les éléments nécessaires au développement de la règle de droit, ainsi que d'offrir de nouveaux horizons, de nouvelles réflexions et perspectives aux juristes .

Avant de passer la parole à M.le doyen, je vous invite à regarder un documentaire qui relate l'histoire de la Filière .

Merci pour votre attention

Mots d'ouverture

Camille Habib

Doyen de la Faculté de Droit et de sciences politiques

Président du Conseil Supérieur de la Magistrature, Monsieur John Fahd
Mesdames Messieurs,

Une fois encore l'amitié franco libanaise nous rassemble. Une fois encore, l'organisation de cette assemblée scientifique prouve le rôle mutuel et primordial que la France et le Liban peuvent jouer tant au niveau local que régional et international.

Le Liban, en tant qu'ambassadeur de la francophonie dans le monde arabe et la France comme source d'inspiration à tant de peuple lointains dans le monde

Le sujet de Notre conférence aujourd'hui porte sur la réforme du droit des contrats en droit français et son influence sur le droit des contrats libanais déjà inspiré par le droit français.

Sujet primordial pour les libanais, nos ancêtres phéniciens qui ont traversé le monde pour les besoins de leur commerce ne sont qu'une preuve concrète de la place réservée aux contrats et l'autonomie de la volonté depuis des siècles.

Les contrats sont la base indispensable à toute activité économique. C'est pourquoi on les retrouve à l'intérieur de tous les secteurs. Depuis l'existence du droit c'est à dire depuis l'origine de l'organisation sociale, les systèmes juridiques ont reconnu le droit des contrats.

La théorie de l'autonomie de la volonté représente le fondement de la force obligatoire du contrat, cette volonté constitue la source principale des obligations, pour se faire elle doit être exempte de toute illégalité afin de produire des résultats requis. Dans la mesure où l'on

considère que l'homme est libre, l'obligation qu'il assume à la suite d'un contrat ne peut venir que de lui-même, donc la loi ne fait que garantir l'exécution de l'obligation contractuelle et en assure la sanction.

Il en résulte donc que le droit national doit refléter Les besoins de la société et suivre l'évolution. Pour ce faire, le législateur français a réformé le droit des contrats sur la base de l'ordonnance n° 2016-131-du 10 février 2016.

Deux ans après l'ordonnance réformant le droit des contrats (l'Ordonnance), les parlementaires ont adopté, le 11 avril 2018, la loi de ratification de l'Ordonnance qui clarifie quelques difficultés d'interprétation et modifie certaines dispositions critiquées par la doctrine.

Le législateur libanais ne doit-il pas suivre les pas de son homologue français?

Concernant les modifications substantielles, la principale nouveauté est la définition du contrat d'adhésion.

La réforme opérée par le législateur retient en effet une définition assez large de ce contrat. Il s'agit d'un contrat comportant un ensemble de clauses non négociables et déterminées à l'avance par l'une des parties. Cette nouvelle définition empêche donc de réduire les contrats d'adhésion aux seuls contrats de « *masse* » proposés par des professionnels à un grand nombre de clients potentiels. Malgré cet élargissement de la définition du contrat d'adhésion, le pouvoir du juge relatif aux clauses abusives a été limité. En effet, le juge ne peut désormais éradiquer que les seules clauses non négociables déterminées par un seul contractant.

Une autre modification notable est celle relative à la réticence dolosive. Celle-ci se définit comme étant une omission volontaire d'un fait ayant un caractère déterminant pour une partie contractante. La

réforme précise que cette réticence ne peut être constituée lorsqu'un prestataire ne précise pas une estimation de la valeur de sa prestation avant la conclusion du contrat.

Concernant les modifications interprétatives, la plus importante est celle relative à la restriction du domaine de l'abus de dépendance. La réforme vient limiter son domaine. Elle dispose que cet abus ne peut avoir lieu qu'à l'égard d'un contractant. Par conséquent, la dépendance ne peut plus être appréciée qu'à partir de la vulnérabilité inhérente à une personne (âge, maladie...) mais doit prendre en compte ses relations avec l'autre contractant.

Toutefois, cette réforme ne constitue pas une véritable révolution. Souvent, elle ne fait que reprendre ce que les juges ont pu affirmer dans certaines décisions de justice. La réforme vient donc inscrire f le Code Civil certaines décisions des juges.

Le législateur libanais peut s'inspirer de la réforme française tout en prenant en considération la nécessité d'adapter la nouvelle loi aux spécificités de la structure juridique libanaise.

En réalité, toutes les raisons qui ont poussé vers la réforme du droit français existent en droit libanais. En effet, les experts ainsi que les sujets de droit ont bien constaté que "La réforme tient tout d'abord au constat de vieillissement du droit des obligations et des contrats . Ce qui est le cas du droit libanais.

Il n'y a pas de doute que les relations contractuelles ont pourtant évoluées. L'inertie législative a été palliée par les juges et la doctrine. Un droit des contrats parallèle a ainsi vu le jour sans pour autant apporter la sécurité juridique d'un code (revirement de jurisprudence, arrêts d'espèce, contradiction de décisions, de positions).

La réforme est ainsi nécessaire pour rendre au Code civil et a au Code des obligations et des contrats libanais leurs fonctions, à savoir présenter le droit des contrats existant en France et au Liban. Par ailleurs, ainsi que nous avons déjà signalé, la réforme est nécessaire « Pour que tous les citoyens et tous les acteurs économiques aient une compréhension précise du droit des contrats et des règles relatives au régime et à la preuve des obligations, le droit des contrats sera réformé

pour le rendre plus accessible, plus attractif et mieux adapté aux enjeux économiques et judiciaires actuels ».

Les trois objectifs suivis par la réforme sont d'une grande importance pour le droit libanais: 1) lisibilité et accessibilité, 2) protection du plus faible et enfin 3) attractivité « (...)

Je tiens à vous remercier pour votre présence si chère et je vous souhaite la réussite de ce congrès tout en ayant pleine confiance en votre travail fructueux. En outre, je remercie l'Université de Rennes1 pour sa participation et plus particulièrement Monsieur le professeur Afif Daher.

A la prochaine

Merci

Mots d'ouverture

« Regards croisés du droit français et du droit libanais à l'aune de la réforme du droit des contrats en France. - Incidences en Droit des Affaires- »⁽¹⁾.

Jean Fahed,
Premier président de la Cour de cassation libanaise

Mesdames et Messieurs,

L'intitulé de notre colloque qui porte sur la réforme d'un droit longtemps considéré comme intangible et pérenne, le déroulement de ce colloque dans l'une des meilleures Facultés de droit au Liban, et ma présence devant cette honorable assemblée, sont, pour moi, trois occasions réunies qui me permettent d'exprimer des remerciements, de transmettre des félicitations et de partager avec vous quelques réflexions en la matière, avec un regard empreint d'une belle nostalgie, celle des années universitaires.

Tout d'abord, je tiens à remercier vivement les organisateurs de cet important colloque de m'avoir convié à inaugurer ses travaux. Je tiens à remercier l'Université libanaise, en la personne de son Recteur, Monsieur le Professeur Fouad Ayoub, ici représenté par le Doyen de la Faculté de Droit, Monsieur le Professeur Kamil Habib, et de Madame la Directrice de la Filière francophone, Cybèle Jalloul. Je tiens aussi à remercier le Centre de droit des affaires de l'Université de Rennes1, représenté par une pléiade de professeurs français et libanais parmi lesquels Monsieur le Professeur et ami Afif Daher. Vous avez honoré

(1) Mot d'ouverture prononcé par Monsieur Jean Fahed, Premier président de la Cour de cassation libanaise, le 29 mars 2019 à la Filière francophone de Droit de l'Université libanaise lors du colloque commun organisé par la Filière francophone de Droit de l'Université libanaise et le Centre de droit des affaires de l'Université de Rennes 1 intitulé « Regards croisés du droit français et du droit libanais à l'aune de la réforme du droit des contrats en France. -Incidences en Droit des Affaires-».

la justice libanaise en plaçant ce colloque sous le patronage de la Cour de Cassation.

Et maintenant, permettez-moi, Mme la Directrice, de vous transmettre, ainsi qu'à tout le corps professoral de votre Faculté, mes sincères félicitations pour les excellents résultats de vos étudiants, et leur réussite dans les différents domaines professionnels, malgré la récente mise en place de votre Faculté (en 1996). Je ne dévoile pas un secret en déclarant que la Filière francophone est, actuellement, l'une des sources principales de recrutement de magistrats stagiaires libanais ; elle bat le record depuis quelques années, pour le nombre de ses étudiants qui réussissent brillamment au concours d'entrée à l'Institut des études judiciaires.

Pour revenir au sujet de notre colloque, je dois avouer que ce sujet crée en moi une certaine nostalgie, car il me renvoie à une époque loin de 43 ans, plus particulièrement aux années 1976-1977, période durant laquelle j'étais encore sur les bancs d'étude à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas. Notre professeur de droit civil, alors le Doyen Gérard Cornu, propose, dans son cours magistral, l'analyse du Livre III du Titre III du Code civil intitulé « *des contrats ou des obligations conventionnelles en général* ». Il constate la nécessité d'une réforme du droit des obligations et dresse le bilan d'ensemble, ouvrant ainsi les voies de la réflexion qui devaient conduire, quarante ans plus tard, à l'adoption d'une réforme de grande ampleur, opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 et ratifiée par la loi du 20 avril 2018.

Dans son cours intitulé « *Regard sur le titre III du Livre III du Code civil* », le Doyen Cornu constate que ce titre qui traite du droit commun des contrats, « *est demeuré presque intact, dans sa lettre, semblable à ce qu'il était dans le Code Napoléon* » ; et qu'à « *quelques exceptions près, les textes ont conservé leur teneur originale* »⁽¹⁾.

(1) cf. Cours de droit civil du Doyen Gérard Cornu dispensé à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas en 1976-1977, n°1, p. 4.

Ainsi, il décrit cette partie du Code civil comme une partie *«Intangible, dans son splendide isolement, narguant les évolutions et les postérités par une inébranlable stabilité, par son inaltérable pérennité ... »*⁽¹⁾.

Cette constatation du Doyen Cornu n'est pas d'ordre utopique mais trouve ses fondements dans le patrimoine juridique français, avec un recul de plusieurs siècles.

En effet, le Titre III du Livre III du Code civil est présenté par les éminents juristes de l'époque, notamment Mouricault, comme une pure expression des *« principes du droit naturel »*⁽²⁾ ; leur législateur, *« c'est la raison, dont le droit romain, en cette matière surtout, est regardé comme le fidèle organe »*⁽³⁾.

Dans le même sens, Bigot de Préameneu, un des quatre juristes auteurs du Code civil français, (Natif de Rennes), considère que *« c'est dans l'équité, c'est dans la conscience, que les Romains ont trouvé ce corps de doctrine qui rendra immortelle leur législation »* ; c'est un *« immense et précieux dépôt qui contribuera à la civilisation du globe entier, dépôt dans lequel toutes les nations policées se félicitent de reconnaître la RAISON ECRITE »*⁽⁴⁾.

Plus récemment, en 2004, lors de la célébration du bicentenaire du Code civil, le doyen Mestre observe que *« s'il est dans le code civil un titre qui paraît nourri d'intemporalité, voire d'éternité », c'est bien « le célébrissime »* titre III du livre III. Il invoque le grand respect dû à ce *« monument du code civil »*⁽⁵⁾.

(1) Ibid n°2, p.p. 4 et 5 : *« Sur les 269 articles que regroupe le titre (art. 1101 à 1369 inclus) 20 seulement ont subi des modifications par l'effet de lois postérieures ... la moitié exactement des articles du titre modifiés depuis l'origine (10 sur 20) l'ont été, incidemment, par des dispositions diverses contenues dans les lois ayant principalement pour objet de réformer des matières autres que celles des contrats et des obligations »*.

(2) Ibid, n° 16, p.14.

(3) Ibid, n° 19, p. 15.

(4) Ibid, n° 16, p. 14.

(5) <http://www.textes.justice.gouv.fr/dossiers-thematiques-10083/loi-du-170215-sur-la-simplification-du-droit-12766/reforme-du-droit-des-contrats-3-questions-a-carole-champalaune-27931.html>

Le Liban n'a jamais été à l'écart de ce mouvement juridique et même de la promotion du droit naturel. Trop ancrés dans l'histoire, les rapports entre l'Orient et l'Occident n'ont jamais été en sens unique, et de ce fait, les regards du droit français et du droit libanais se sont toujours croisés.

Le droit romain, a été élaboré du II^e siècle au IV^e siècle, à l'École de droit de Beryte⁽¹⁾, considérée, par Collinet, comme étant « bien plus célèbre que celle même de Rome »⁽²⁾.

Domitius Ulpianus (170-228) est l'un des brillants professeurs et éminents conseillers de cette Ecole. Il est né à Tyr, au sud du Liban, a vécu une partie de sa vie à Beyrouth. Il est considéré comme « *un des pères du droit Romain* ». Les compilateurs du Digeste, qui constitue la partie la plus importante du Corpus juris civilis rédigé à l'initiative de Justinien, ont largement puisé dans l'œuvre d'Ulpianus. Celui-ci établit le principe selon lequel, si au regard de la justice civile, les esclaves ne comptent pas, il n'en est toutefois pas ainsi par rapport au droit naturel, car pour ce qui s'y rapporte, tous les hommes sont égaux⁽³⁾. Les historiens et juristes citent le nom d'Ulpien et d'autres grands juristes ayant enseigné à l'École de Beryte, comme Papinien et Gaius, en tant qu'auteurs de la fameuse définition de l'obligation « *obligatio est vinculum juris* »⁽⁴⁾.

Après son constat de la pérennité presque absolue du titre III du Livre III du Code civil, le Doyen Cornu ne manque pas de souligner dans son

(1) F. Nammour, *Le Code civil français : un modèle utilisé au Liban*, in *Code civil et modèle* (dir.T. Revet), Paris I, LGDJ, 2005, p. 481 et s.

(2) P. Collinet, *Histoire de l'École de Droit de Beyrouth*, Sirey, 1925, p. 181.

(3) P. Collinet, « *Les preuves directes de l'influence de l'enseignement de Beyrouth sur la codification de Justinien* », in *Mélanges Huvelin, Livre du 25^e anniversaire de l'École française de droit de Beyrouth*, Sirey 1938, p. 75 et s. ; J.-M. Mousseron, « *La réception au Proche-Orient du droit français des obligations* », RIDC, 1968, p. 47.

(4) F. Hage Chahine, « *Comment la réforme sera-t-elle accueillie au Liban et dans les pays arabes qui ont été influencés par le Code civil de 1804 ?* » in « *La réforme du droit des contrats en France : regards croisés Franco-Libanais* », Actes du colloque, 11 mars 2018, Presses de l'USEK, p. 124.

cours que la version réaliste se forge une autre idée de la permanence des textes dans ledit titre.

Cette version affirme fondamentalement que la pérennité formelle de ces textes constitue une apparence trompeuse puisque la substance a changé. Je cite : «*Des mutations fondamentales se sont opérées en dehors ou sous l'énoncé formel de la loi. Le titre des contrats n'a pas changé dans sa lettre. Mais la matière des obligations a subi des transformations fondamentales. Un décalage s'est opéré entre la forme et le fond* »⁽¹⁾.

D'ailleurs, le constat de ces mutations du Code civil remonte bien au-delà des années soixante-dix. Un mouvement considérable d'éminents juristes est dessiné en France, en faveur de la révision du Code civil français, au début des années trente. Cette tendance ressort nettement de l'opinion d'éminents civilistes, universitaires et magistrats, notamment celle de M. Péan, Président de chambre civile de la Cour de cassation française⁽²⁾.

Au Liban, le Premier président de la Cour de cassation libanaise, Choucri Cardahi, mentionne bien dans son projet de Code des obligations du Liban présenté en 1931 que « *le Code civil français, dont personne ne conteste les grands bienfaits rendus à la civilisation et le rayonnement prodigieux, présente cependant de graves lacunes. Il est trop concis et il date d'assez loin* »⁽³⁾.

Monsieur le Premier président Cardahi considère que « *quelques principes seulement ont été posés, et, à leur lumière et par voie d'analogie, le juge doit résoudre les cas nombreux qui n'ont pas été prévus, de sorte que, par la force même des choses, son rôle ne se limite pas seulement à commenter la loi, à l'interpréter, mais aussi à la compléter, en quelque sorte à la faire* ». Il emprunte à M. Ballot-

(1) G. Cornu, op.cit., n° 27, p. 19.

(2) La France Judiciaire, 1er février 1931, in Ch. Cardahi, « *Le projet de Code des obligations du Liban – Ses attaches avec le passé sa place dans le mouvement juridique contemporain* », Bulletin de la Société de la Législation comparée, 1931, p. 621.

(3) Ibid

Beaupré, Premier président de la Cour de cassation en France, l'expression suivante : « *Le juge se mue en législateur* ».

Il a bien fallu admettre que le Code civil français avait vieilli, et que ses dispositions devaient s'adapter aux exigences socio-économiques d'une société en mutation permanente dans un contexte pressant d'euro-péanisation et concurrent de mondialisation.

Au vieillissement du Code civil, il paraît que plusieurs facteurs viennent s'ajouter pour justifier la mise en place de cette réforme. Ces facteurs sont d'ordre interne, européen et international.

Au niveau interne, selon le Doyen Cornu « deux phénomènes dont l'un est législatif, l'autre jurisprudentiel ont contribué, par leur jeu convergent, soit au débordement, soit au vieillissement du Titre III du Livre III du Code civil ». ⁽¹⁾

Le droit spécial, qu'il soit incorporé ou non incorporé au Code civil, est à la base du débordement de ce Code. Ainsi, a-t-on : la loi sur les contrats d'association, la loi sur le contrat d'assurances, l'ensemble de la législation du travail, y compris la réglementation du contrat de travail, la législation sur les baux d'habitation et le statut des baux ruraux, la vente d'immeuble à construire, le contrat de promotion immobilière, le compromis etc...

La jurisprudence joue un rôle important dans le rajeunissement et le dynamisme des dispositions de ce Code vieux et statique. Si, selon le professeur Rémy, c'est l'inventivité de la jurisprudence qui a permis au code de durer, cette jurisprudence s'est transformée en « *jurisprudence législative* », selon l'expression du Professeur Zenatti.

Le travail de la jurisprudence se fait à partir des textes du Code et le même travail se fait aussi en dehors des textes du Code. Je ne vais pas m'y attarder. Les exemples sont cités sous forme de notes ⁽²⁾.

(1) G. Cornu, n° 28 p. 20.

(2) Le travail s'est exprimé dans la définition des mots-clés : la notion d'erreur ... erreur sur la substance (art. 1110 al. 1 C. civ.), la notion de fraude évoquée par l'article 1167 C. civ., la notion de commencement de preuve par écrit (art. 1347 C. civ.), la notion de cause dans l'article 1131 C. civ. et le dédoublement de ce concept.

L'élaboration d'un Code européen des contrats et des principes d'Unidroit par la Commission européenne pose problème par rapport à l'adaptation du droit interne, notamment le droit des contrats, à cet égard.

La réforme se justifie également pour une raison principale qui est celle de l'influence du droit français qui risque de s'exposer à une double concurrence : celle du droit anglo-américain dans les pays africains et les pays de l'Amérique du sud, celle du droit anglo-américain et du droit musulman dans les pays arabes où l'on assiste actuellement à un mouvement qui prône le retour aux sources, c'est-à-dire à la charia islamique⁽¹⁾.

Si l'on examine les éléments clés de la réforme⁽²⁾, nous pouvons constater que les grands principes sont expressément affirmés, comme la liberté contractuelle, le consensualisme etc... D'autres sont revivifiés par une extension de leur portée, comme le principe de la bonne foi.

- Il s'est exprimé aussi dans le développement des notions-cadres : la notion de bonnes mœurs de l'article 1133 ; la bonne foi au sens de l'article 1134 ; la « nature » de l'obligation ou les suites naturelles de l'obligation (art. 1135).

-Certaines interventions jurisprudentielles ont fait une œuvre d'adaptation la conquête d'un pouvoir d'appréciation : l'effet des conventions à l'égard des tiers art. 1165 C. civ. ; l'art. 1147 C. civ. comme base de la responsabilité contractuelle et la distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens ; l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible lors de l'interprétation de l'article 1142 C.civ.

* D'autres interventions ont montré une réaction de blocage, un rejet du pouvoir d'appréciation : la théorie de l'imprévision contractuelle, le refus de réduire le montant des clauses pénales insérées dans les contrats, lorsque la peine stipulée est manifestement excessive, la prohibition des pactes sur succession future.

-La jurisprudence a parfois travaillé en dehors des textes du Code. Ce qui a abouti à des constructions ébauchées : la formation des contrats entre absents, les conventions de non-responsabilité en matière contractuelle.

Comme elle a établi de véritables créations prétoriennes : la mise en place des rapports de droit dans la stipulation pour autrui, la création de l'astreinte en matière civile, la théorie de l'obligation in solidum, la distinction de l'interprétation et de la dénaturation.

(1) F. Hage Chahine, op. cit., p. 119 et s.

(2) <http://www.textes.justice.gouv.fr/dossiers-thematiques-10083/loi-du-170215-sur-la-simplification-du-droit-12766/reforme-du-droit-des-contrats-3-questions-a-carole-champalaune-27931.html>

Un regard sur les nouvelles dispositions de la réforme montre qu'elles concernent tous les types de contrats (vente, bail, assurance, entreprise, prêt...), elles s'adressent tant aux particuliers qu'aux acteurs économiques.⁽¹⁾

Nous pouvons également remarquer l'abandon de formulations considérées comme dépassées selon les auteurs de la réforme, comme la classification des obligations de donner, de faire et de ne pas faire, et la notion de bonnes mœurs, la notion d'objet et celle de cause ...

L'abandon qui nous semble le plus regrettable est celui de l'objet et de la cause en tant que conditions essentielles de validité des contrats au sens de l'article 1108 du Code de 1804. L'objet et la cause ont été abandonnés pour être remplacés par la notion de contenu.⁽²⁾

(1) Concernant les dispositions à destination des particuliers, nous pouvons citer :

- la Protection du contractant le plus faible par la sanction de l'abus de l'état de dépendance d'une partie : consécration et extension de la jurisprudence très récente de la Cour de cassation.
- la Lutte contre les clauses abusives dans les contrats d'adhésion : innovation cette disposition n'était possible que dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs.
- Meilleure efficacité des promesses unilatérales de vente : innovation.
- la Possibilité de remédier à l'inexécution du contrat sans recours au procès.
- l'Exigence de bonne foi à tous les stades de la vie du contrat, y compris au moment de sa formation : codification de la jurisprudence.

Concernant les dispositions à destination des acteurs économiques, nous pouvons évoquer :

- la simplification de la cession de créance et consécration de la cession de dette : innovation.
- les nouvelles prérogatives permettant d'éviter le recours systématique au contentieux : innovation et consécration jurisprudentielle.
- Possibilité d'adapter le contrat que des bouleversements économiques imprévisibles rendent économiquement intenable pour l'une des parties (imprévision) : innovation.
- Renforcement du principe selon lequel une copie fiable, sur support électronique, a la même force probante que l'original : facilitation de l'archivage électronique : innovation.
- Sanction de l'abus de dépendance économique des petites et moyennes entreprises : consécration et extension de la jurisprudence récente de la Cour de cassation.

(2) Le Doyen Cornu a toujours considéré que le maintien de la notion de cause : « crée beaucoup moins de problèmes que les expédients et les détours par lesquels il faudrait passer pour combler le vide creusé par sa suppression »

Au total, « *l'ambition portée par la réforme, outre la consolidation du modèle français d'un droit codifié, accessible et prévisible, qui dans un monde ouvert, changeant et incertain est une valeur en soi, un socle, une garantie, c'est de promouvoir sur le fond la justice contractuelle, sans nuire à l'efficacité économique* »⁽¹⁾.

Jean Carbonnier signale que même si le « *Code civil a dû abandonner de ses territoires, il garde le prestige d'être le droit commun, détenant le lexique de mots souches et le stock de principes qui sont les sédiments de la mémoire juridique* ». Même s'il le dit pour l'ensemble du Code civil, cela vaut tout particulièrement pour le droit des obligations.

Les fondements du Code civil ont-ils vraiment été épargnés par cette réforme ? S'agit-il seulement de perfectionnements techniques au niveau des précisions, ou d'ouvertures nouvelles au niveau des solutions (par exemple la consécration législative de l'imprévision contractuelle)? Fondamentalement, le droit des contrats ou des obligations s'est-il enrichi de concepts nouveaux ? L'imagination a-t-elle fécondé cette matière ? A-t-on réussi à assumer tous les besoins essentiels de la matière ? Y a-t-il eu refonte ou s'est-on limité à recueillir les fruits de la jurisprudence et à exalter les initiatives heureuses, les interprétations bien inspirées ?

La réforme du droit des contrats en France sera-t-elle favorablement accueillie au Liban ? Cette réforme sera-t-elle contagieuse pour une éventuelle réforme du Code des obligations et des contrats libanais ?

J'en saurai plus, à la fin des travaux de ce colloque, grâce à la qualité des intervenants et au choix des sujets qui seront traités.

Je souhaite beaucoup de réussite aux travaux de ce colloque, et un très beau séjour au pays du Cèdre, à nos chers congressistes français.

(1) <http://www.textes.justice.gouv.fr/dossiers-thematiques-10083/loi-du-170215-sur-la-simplification-du-droit-12766/reforme-du-droit-des-contrats-3-questions-a-carole-champalaune-27931.html>

Mots d'ouverture

Conférence inaugurale

La réforme du droit français des contrats : deux versions, des rénovations et des innovations.

Docteur Afif Daher

Maître de conférences Hors Classe – HDR

Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université Rennes 1

L'année 2016 fut l'année de la réforme du droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. C'est une réforme d'ampleur depuis 1804. Le professeur Denis Mazeaud la qualifie de révolution culturelle, non d'une véritable révolution. En réalité, cette réforme réalise un subtil équilibre entre la consécration de solutions jurisprudentielles acquises et la création de règles nouvelles.

Cette réforme a trouvé sa traduction dans l'ordonnance du 10 février 2016, en application de la loi d'habilitation du 16 février 2015 ayant autorisé le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi.

Il convient d'aborder **les raisons, les objectifs et le contenu** de cette réforme à travers ses deux versions : la version issue de l'ordonnance de 2016 et la version modifiée issue de la loi de ratification du 20 avril 2018.

I- Les raisons de la réforme.

La réforme de 2016 rompt avec l'immobilisme du droit des contrats en comparaison avec d'autres droits, à l'exception de quelques adaptations disparates. Elle modifie en partie la philosophie du Code

Napoléon en l'adaptant aux réalités du moment, notamment à une économie mondialisée où le droit français est appelé à faire face à d'autres droits concurrents.

Certes, l'immobilisme du droit des contrats était perçu comme un gage de stabilité, mais il était devenu un handicap pour les acteurs économiques en proie à d'autres dangers majeurs. Je me contente d'en citer deux :

Le premier danger est le glissement progressif d'un droit écrit, complexe, imprévisible et peu attractif, vers un droit prétorien fluctuant, largement influencé par des textes européens et internationaux. Cette évolution a en quelque sorte ringardisé le droit français au profit des systèmes juridiques de la *common law*. Pire, elle a privé les acteurs économiques d'outils juridiques modernes, fiables, intelligibles et accessibles.

Le second danger est le recul manifeste du droit commun des contrats au profit des codes spéciaux notamment le code de la consommation et le code de commerce. Ainsi, de nombreuses règles spéciales ont commencé à supplanter les règles de portée générale du Code civil. On peut citer notamment l'obligation d'information, l'équilibre contractuel, l'obligation de loyauté, les clauses abusives, la rupture contractuelle etc.

Ces deux dangers ont convaincu le législateur de la nécessité de réformer le droit français des contrats, en vue d'en faire un vecteur de développement économique, capable d'influencer et de concurrencer d'autres droits.

Le législateur français ne s'est pas réveillé un matin et décide de réformer. La réforme de 2016 est le fruit de nombreux travaux académiques antérieurs. Je me contente de citer l'avant-projet du professeur Pierre Catala en 2005, les propositions de réforme rédigées sous la direction du Professeur François Terré en 2008 et les projets de la Chancellerie de 2008. Le texte de l'ordonnance a été nourri de l'ensemble de ces projets ; il a été soumis à consultation publique qui a permis de recueillir les observations des professionnels du droit et des acteurs du monde économique.

II- Les objectifs de la réforme.

L'article 8 de la loi d'habilitation avait fixé comme objectif général de « moderniser, simplifier, améliorer la lisibilité, renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme ».

Partant de là, le gouvernement a cherché à allier la justice contractuelle avec l'efficacité économique. Il a opté pour une politique juridique adaptée à notre époque, dont les principales caractéristiques sont:

« 1° Affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle ; énumérer et définir les principales catégories de contrats ; préciser les règles relatives au processus de conclusion du contrat, y compris conclu par voie électronique, afin de clarifier les dispositions applicables en matière de négociation, d'offre et d'acceptation de contrat, notamment s'agissant de sa date et du lieu de sa formation, de promesse de contrat et de pacte de préférence ;

2° Simplifier les règles applicables aux conditions de validité du contrat, qui comprennent celles relatives au consentement, à la capacité, à la représentation et au contenu du contrat, en consacrant en particulier le devoir d'information, la notion de clause abusive et en introduisant des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre ;

3° Affirmer le principe du consensualisme et présenter ses exceptions en indiquant les principales règles applicables à la forme du contrat ;

4° Clarifier les règles relatives à la nullité et à la caducité, qui sanctionnent les conditions de validité et de forme du contrat ;

5° Clarifier les dispositions relatives à l'interprétation du contrat et spécifier celles qui sont propres aux contrats d'adhésion ;

6° Préciser les règles relatives aux effets du contrat entre les parties et à l'égard des tiers, en consacrant la possibilité pour celles-ci d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances ;

7° Clarifier les règles relatives à la durée du contrat ;

8° Regrouper les règles applicables à l'inexécution du contrat et introduire la possibilité d'une résolution unilatérale par notification ;

9° Moderniser les règles applicables à la gestion d'affaires et au paiement de l'indu et consacrer la notion d'enrichissement sans cause ;

10° Introduire un régime général des obligations et clarifier et moderniser ses règles ; préciser en particulier celles relatives aux différentes modalités de l'obligation, en distinguant les obligations conditionnelles, à terme, cumulatives, alternatives, facultatives, solidaires et à prestation indivisible ; adapter les règles du paiement et expliciter les règles applicables aux autres formes d'extinction de l'obligation résultant de la remise de dette, de la compensation et de la confusion ;

11° Regrouper l'ensemble des opérations destinées à modifier le rapport d'obligation ; consacrer dans les principales actions ouvertes au créancier, les actions directes en paiement prévues par la loi ; moderniser les règles relatives à la cession de créance, à la novation et à la délégation ; consacrer la cession de dette et la cession de contrat ; préciser les règles applicables aux restitutions, notamment en cas d'anéantissement du contrat ;

12° Clarifier et simplifier l'ensemble des règles applicables à la preuve des obligations ; en conséquence, énoncer d'abord celles relatives à la charge de la preuve, aux présomptions légales, à l'autorité de chose jugée, aux conventions sur la preuve et à l'admission de la preuve ; préciser ensuite les conditions d'admissibilité des modes de preuve des faits et des actes juridiques ; détailler enfin les régimes applicables aux différents modes de preuve ».

A travers ces objectifs, la réforme semble privilégier la protection du plus faible, le rejet des excès contractuels, le renforcement de la validité et du sauvetage ou du maintien du contrat, la sécurité juridique des transactions et l'équilibre général des rapports contractuels lors de l'exécution du contrat, le rapprochement du droit français d'autres droits européens, ainsi que la prévention des litiges et l'accroissement

de l'intervention du juge dans la sphère contractuelle, en le rapprochant du juge de la *common law*.

La réforme de 2016 modifie, à des degrés variables, à plus de 75%, sur le fond ou dans la forme, les articles régissant le droit des contrats.

Pour autant, elle n'a pas comblé pas toutes les lacunes ni n'a couvert tous les aspects du contentieux existant. Elle n'a pas non plus dissipé toutes les incertitudes et ambiguïtés que soulevaient bon nombre de points de droits, et qui ont été amplement analysées et décortiquées par la doctrine.

Certes, cette première version de la réforme avait pour vertu, d'une part, de faciliter l'encadrement contractuel, expression de la liberté des parties et des praticiens mais aussi source d'aléa judiciaire et, d'autre part, d'élargir le contrôle a posteriori du juge dans la vie du contrat en le rapprochant de ce fait du juge de *common law*. Mais une réforme de cette réforme, même mesurée, était prévisible dans la mesure où l'ordonnance de 2016 devrait faire l'objet d'une ratification par une autre loi.

Cela fut fait par la loi de ratification du 20 avril 2018. Elle a supprimé quelques imperfections de l'ordonnance ; elle a clarifié les dispositions régissant l'application de la réforme dans le temps et surtout elle a opéré des modifications interprétatives de certaines dispositions et des modifications de fond de certaines autres dispositions, notamment celles qui ont une incidence en droit des sociétés et plus largement sur la vie des affaires.

Bref, la loi de ratification a donné naissance à la deuxième version de la réforme du droit français des contrats. Une trentaine de textes en ressort corrigée ou réécrite, laissant quand même de nombreuses questions en suspens.

Il convient de noter au passage qu'entre 2016 et 2018, la France a changé de président de la république et de législature, et, par conséquent, d'approche juridico-économique de la réforme. Cette approche est clairement d'inspiration libérale! C'est la fameuse approche du « en même temps » chère au président Emmanuel Macron, qui tend à concilier efficacité économique et équilibre contractuel.

Qui plus est, lors de l'examen de la loi de ratification, le Sénat a souhaité apporté à l'ordonnance de 2016 les modifications qui lui semblaient nécessaires.

III- Le contenu de la réforme : ses principales rénovations et innovations.

D'emblée, une précision s'impose au sujet de l'application de la réforme dans le temps.

Trois législations contractuelles vont donc se succéder. Les contrats conclus avant le 1er octobre 2016 resteront soumis à la loi ancienne. Les contrats conclus entre le 1er octobre 2016 et le 30 septembre 2018 seront soumis au texte initial de l'ordonnance qui fait corps avec les modifications interprétatives issues de la loi de ratification. Enfin, les contrats passés à partir du 1er octobre 2018 relèveront de la version modifiée de l'ordonnance par la loi de ratification.

Il convient d'aborder en premier lieu, les apports et les modifications substantielles, tels qu'ils résultent de la version de 2016 et de celle de 2018 (A).

Seront évoquées en second lieu les modifications interprétatives issues de la loi de ratification (B).

A- Les apports et les modifications substantielles, tels qu'ils résultent de la version de 2016 et de celle de 2018.

1. L'ordonnance du 10 février 2016 consacre un principe général et confirme deux définitions fondamentales en y apportant de légères modifications terminologiques.

Le premier principe général est celui de la liberté contractuelle. L'article 1102 C.civ. dispose que : « 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.

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

2. Quant aux deux règles confirmées par l'ordonnance, il s'agit de la force obligatoire du contrat et de sa définition.

La première confirmation se trouve à l'article 1103 C.civ. Il dispose L'ordonnance de 2016 a introduit dans le Code civil la notion de contrat d'adhésion comme « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». Le nouvel article 1110 alinéa 2 du Code civil, tel que modifié par la loi n° 2018-287, définit désormais le contrat d'adhésion comme « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».que : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

La deuxième confirmation se trouve à l'article 1101 : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

3. L'ordonnance introduit ensuite dans le Code civil trois exigences fondamentales étroitement liées au processus de formation du contrat.

Ces exigences avaient été à maintes reprises confirmées par la JP.

La première exigence : la bonne foi. L'article 1104 dispose que : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

L'article 1112 ne dit pas autre chose ; il dispose que : « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages », reprenant une jurisprudence établie.

La deuxième exigence : le devoir précontractuel d'information.

Il est consacré dans l'article 1112-1 C.civ. La partie qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure le devoir d'information.

Le manquement à ce devoir peut entraîner d'une part, la responsabilité de celui qui en était tenu, et, d'autre part, l'annulation du contrat (1130 et suivants).

La troisième exigence : le respect de la confidentialité des négociations. L'article 1112-2 dispose que : « Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun ».

Ces trois exigences s'imposent aux parties qui négocient en vue de conclure un contrat. Il est aisé d'imaginer leur importance dans les contrats d'affaires.

Ces sujets seront abordés dans l'après-midi par Mesdames Safa Gannagé et Cybèle Jalloul, et par le président Gaby Chahine.

4. L'une des modifications les plus spectaculaires de la réforme est la suppression de toute référence à l'objet et à la cause, bête noire des étudiants. Cependant, chassée par la porte du contenu licite et certain du contrat, la cause revient par la fenêtre des articles 1162, 1169 et 1170, à travers la condition de contrepartie et le but du contrat. Ainsi, elle retrouve du moins partiellement certaines de ses fonctions, et permettrait au juge de continuer à rechercher le résultat que les parties voulaient atteindre et, le cas échéant, à prononcer la nullité d'un contrat pour cause illicite.

Quant à l'objet du contrat, le terme « objet » a été repris dans l'article 1163 C.civ.

5. L'ordonnance de 2016 avait introduit dans le Code civil la notion de contrat d'adhésion

comme «celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». Le nouvel article 1110 alinéa 2 définit désormais le contrat d'adhésion comme « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Ainsi, le contrat d'adhésion peut être un contrat standardisé, un contrat de masse ou un « tête-à-tête contractuel selon le professeur Denis Mazeaud. Réciproquement, le contrat de gré à gré devient celui « dont les stipulations sont négociables ».

A l'instar des règles de protection existantes en droit commercial et en droit de la consommation contre les clauses abusives (articles L. 442-6 C.com. et L. 132-1 du Code de la Consommation), la jurisprudence adoptera sans nul doute un critère déterminant les circonstances dans lesquelles l'existence de clauses non négociables permet de retenir la qualification de contrat d'adhésion. Il est fort à parier que les juges s'appuieront sur le poids économique des contractants et le caractère inhabituel ou dérogatoire des clauses pour opter en faveur de cette qualification.

La loi de modification a précisé le régime du contrat d'adhésion. L'article 1171 du Code civil dispose que « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

Ces dispositions seront écartées lorsqu'un dispositif spécial sera applicable.

Enfin, en vertu de l'article 1190 du Code civil « dans le doute, [...] le contrat d'adhésion [s'interprète] contre celui qui l'a proposé ».

Concernant, les cocontractants privés, ils pourraient s'appuyer sur l'article 1170, selon lequel « toute clause qui prive de sa substance

l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Nous nous souvenons tous des arrêts Chronopost et Oracle Faurecia. Il en résulte que les clauses d'exonération ne peuvent porter que sur les obligations accessoires (garanties, délais, charges de réparation...) non sur les obligations essentielles du contrat.

6. Une modification non négligeable a porté sur la caducité de l'offre en cas de décès du destinataire.

L'article 1117 dispose que l'offre est caduque non seulement en cas d'incapacité ou de décès de son auteur mais aussi en cas de décès de son destinataire. Cette modification soumet au même traitement le pollicitant et le pollicité. Cependant elle ne serait pas sans effets en matière de contrats d'affaires, notamment en cas de fusion-absorption du destinataire de l'offre, qui débouche aussi sur une transmission universelle du patrimoine.

Plus généralement, l'offre et l'acceptation ont fait l'objet de précisions substantielles (art. 1113 à 1122) dont principalement :

- L'interdiction de rétracter l'offre à compter de sa réception (art. 1116, al. 1er) ;
- La rétractation irrégulière de l'offre demeure pleinement efficace en empêchant la formation du contrat (art. 1116, al. 2) ; elle engage uniquement la responsabilité civile délictuelle de son auteur (art. 1116, al. 3). Qui plus est, l'article 1116, alinéa 3, précise que le préjudice réparable exclut le gain espéré de la conclusion du contrat. Ainsi, le régime applicable à la réparation du préjudice causé par une rupture abusive des pourparlers (art. 1112, al. 2) est transposé à la réparation du préjudice causé par une rétractation irrégulière de l'offre ;
- La consécration intégrale du régime jurisprudentiel des conditions générales (art. 1119). Les conditions générales d'une partie ne peuvent intégrer le champ contractuel que si elles ont été portées à la connaissance de l'autre partie avant la conclusion du contrat et que celle-ci les a acceptées (art. 1119, al. 1er) ;

- Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières (art. 1120) ;
- Le contrat est formé à la date et au lieu de réception de l'acceptation par le pollicitant (art. 1121). Par conséquent, c'est ainsi la théorie de la réception qui est retenue ;
- La distinction entre les délais de réflexion et les délais de rétractation est consacrée (art. 1122).

7. Une modification majeure de la réforme a exclu, dans sa deuxième version, la réticence dolosive portant sur l'estimation de la valeur de la prestation.

L'article 1137 alinéa 2 du Code civil dispose que « constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ». La loi de ratification a ajouté un troisième alinéa à cet article selon lequel « ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation ». Cette disposition, qui consacre la jurisprudence *Baldus* (Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000), ne distingue pas entre contractant de bonne foi et contractant de mauvaise foi.

Certes, elle est cohérente avec l'article 1112-1 du Code civil au sens duquel le devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation, en revanche elle est en contradiction avec les termes de l'article 1139 du Code civil selon lequel « l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat ».

Est-ce qu'il faut distinguer « l'estimation de la valeur » de « la valeur de la prestation » ? Cette question se posera naturellement à la jurisprudence qui, il faut l'espérer, n'adoptera pas une définition trop étroite de la notion de dol en ravalant l'erreur sur la valeur sanctionnée par le dol à une erreur sur les qualités essentielles !

8. La capacité des personnes morales a fait l'objet des deux versions de la réforme.

Dans l'ordonnance de 2016, l'article 1145 du Code civil limitait, la capacité des personnes morales « aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles ». Cette disposition risquait de se heurter au critère de l'intérêt social et à l'interdiction d'actes n'entrant pas dans l'objet social, même s'ils avaient été adoptés à l'unanimité des associés. Pour ces raisons, la loi de ratification a modifié l'article 1145, alinéa 2 qui dispose que: «la capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles». En ce faisant, elle a ainsi réduit considérablement l'intérêt de cette disposition.

Elle a également exclu les personnes morales du champ d'application de l'article 1161 C.civ. qui prévoyait une disposition destinée à interdire les conflits d'intérêts et qui, en pratique, risquait de parasiter le droit des conventions réglementées, en l'absence de textes spéciaux. Cet article dispose dans sa version modifiée, qu'«en matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts». Madame Isabelle Grossi nous éclairera sur le véritable intérêt de cette disposition.

La loi de ratification a également exclu les personnes morales du champ d'application de l'article 1161 qui interdit les conflits d'intérêts mais qui risquait de parasiter le droit des conventions réglementées, en l'absence de textes spéciaux. Le professeur Renaud Mortier nous livrera son analyse aiguisée sur cette question.

9. Une innovation majeure a été introduite par l'ordonnance de 2016, mais qui a été radicalement modifiée par la loi de ratification. Elle porte sur la réduction du prix en cas d'exécution imparfaite de la prestation.

Le domaine de la réduction du prix est plus large que celui de l'abus dans la fixation unilatérale. Il englobe tous les contrats de droit commun.

Dans sa version d'origine, l'article 1223 disposait que « Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix.

S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais ».

Cette formulation maladroite a été critiquée sévèrement. Elle a amené le législateur à adopter un autre texte plus clair en distinguant deux hypothèses. En effet, le nouvel article 1223 dispose que « En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit.

Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix ».

Faut-il en déduire que le législateur a voulu retirer au créancier son pouvoir unilatéral de réduction du prix en l'absence de paiement intégral ? Pas sûr ! « L'acceptation du débiteur » n'est évoquée par l'alinéa 1^{er} qu'en tant qu'alternative à son recours au juge. Cela revient à dire qu'une chance serait laissée au débiteur mis en demeure, d'exécuter la prestation. La jurisprudence nous le dira. Le professeur Nicolas Thomassin nous éclairera davantage sur ce point.

10. L'une des innovations marquantes de la réforme est la possibilité offerte au pouvoir judiciaire de réviser le contrat pour imprévision, mettant ainsi fin à la célèbre jurisprudence Canal de Craponne (Civ. 6 mars 1876).

Aux termes de l'article 1195 C.civ., si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une

renégociation du contrat à son cocontractant. Elle doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent. Elles peuvent également demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

Il en résulte que la révision du contrat est un processus soumis à des conditions strictes et dont chaque étape est un préalable à celle qui suivra jusqu'à l'étape ultime, celle qui consiste à sauver le contrat ou à le faire disparaître. Chaque étape et chaque remède soulèvent des questions sur leur déroulement, leur contenu, la bonne ou la mauvaise foi des parties, le choix du remède par l'une des parties ou par le juge etc.

La loi de ratification a inséré un nouvel article 211-40-1 dans le Code monétaire et financier. Cet article écarte l'application de l'article 1195 du code civil aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers... », qui comportent naturellement un aléa. Par conséquent, le régime de l'imprévision est apparu aux yeux du législateur particulièrement mal adapté au secteur financier, très sensible au changement et volatile par nature.

Mesdames les professeurs Isabelle Sérandour et Carole Najm nous éclaireront sur cette innovation du droit français et en droit libanais.

11. La définition et le régime des avant-contrats ou des contrats préparatoires, illustrés par les pactes de préférence et les promesses unilatérales de contracter, ont fait l'objet de définitions précises et de modifications substantielles.

S'agissant du pacte de préférence, c'est un contrat de priorité qui se retrouve souvent en matière immobilière et comme accessoire du contrat de bail. L'article 1123 reprend les solutions de **l'arrêt de la chambre mixte de 2006** à savoir : d'une part, la possibilité pour le bénéficiaire d'obtenir la réparation du préjudice subi lorsqu'un contrat

est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, et, d'autre part, la possibilité de substituer le bénéficiaire dans les droits du tiers si ce dernier connaissait l'existence du pacte et son intention de s'en prévaloir. Cette substitution justifie une action interrogatoire à l'attention du bénéficiaire pour obtenir une confirmation écrite dans un délai raisonnable, à la condition qu'une « mention au contrat » ait prévu qu'à défaut de réponse, le bénéficiaire perd toute action contre le tiers.

Une question demeure cependant : comment opérer la substitution et à quel prix ? Les enjeux sont immenses et divers dans les contrats d'affaires.

Quant à la promesse unilatérale, c'est « le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.

La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.

Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

Cette disposition, qui rompt avec la jurisprudence Cruz du 15 décembre 1993, soulève quatre remarques :

- L'article 1124 ne reconnaît ni la possibilité de substitution au tiers acquéreur, ni l'existence d'une action interrogatoire.
- Il n'est pas aisé de contraindre un contractant qui ne souhaite pas conclure un contrat.
- Il ne sera pas aisé de démontrer que le tiers était de mauvaise foi et qu'il connaissait l'existence de la promesse, voire l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.
- Il faudrait que l'exécution forcée en nature du contrat soit possible.

Madame Safa Mougharbel nous éclairera sûrement sur cette question et plus largement sur les avant-contrats d'affaires. Madame Safa Gannagé l'abordera sans nul doute à travers la cession des droits sociaux.

12. Ce tour d’horizons au sujet des apports et des modifications substantiels de la réforme serait incomplet si l’on n’évoque pas, très sommairement, la nullité, la caducité, la durée du contrat et l’effet translatif du contrat.

Le législateur autorise une partie de sommer l’autre, qui pourrait se prévaloir de la nullité relative, soit de confirmer le contrat soit d’agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé (art. 1183).

L’écrit mentionne expressément qu’à défaut d’action en nullité exercée avant l’expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé.

Quant à la caducité (articles 1186 et 1187), « Un contrat valablement formé devient caduc si l’un de ses éléments essentiels disparaît », au stade de l’exécution.

La disparition ne doit pas être la conséquence d’une faute du ou des contractants. Elle doit être totale et définitive pour entraîner la caducité de l’acte. Elle est souvent due à un événement postérieur à la formation stricto sensu du contrat.

Lorsque l’exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d’une même opération et que l’un d’eux disparaît, les contrats dont l’exécution est rendue impossible par cette disparition, sont caducs (article 1186). Cependant, la partie qui est à l’origine de de cette caducité pourrait être condamné à indemniser le préjudice causé par sa faute. C’est ce que confirme la Cour de cassation dans deux décisions récentes de 2017 (Cass. com. 12-7-2017 n°15-27.703 ; Cass. com. 12-7-2017 n° 15-23.552).

La caducité met fin au contrat entre les parties. Elle peut donner lieu à restitution (articles 1352 à 1352-9).

Concernant la durée du contrat, elle revêt une importance particulière notamment dans les contrats d’affaires de longue durée.

L’exécution du contrat doit s’effectuer pour la durée prévue. Celle-ci est librement fixée par les parties sous la seule réserve de l’interdiction des engagements perpétuels (article 1210 C.civ.).

S'agissant d'un contrat à durée déterminée, la question se pose de savoir si le principe est celui de l'exécution forcée en nature de ce type de contrat.

Concernant le contrat à durée indéterminée, chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues.

Cependant celui qui mettrait fin au contrat abusivement pourrait engager sa responsabilité sur le fondement de l'abus de droit ou en tenant compte des usages professionnels.

Cela dit, les parties peuvent proroger le contrat à durée déterminée, ou le renouveler expressément ou par tacite reconduction, sans porter atteinte aux droits des tiers (articles 1213, 1214 et 1215 C.civ.). Mais, Nul ne peut exiger le renouvellement du contrat, à l'exception de quelques cas, notamment le statut des baux commerciaux (Article. 1212).

Enfin, s'agissant des nouvelles règles régissant l'effet translatif du contrat, il importe de relever en particulier qu'il est dérogé à la règle Res perit debitori dans les contrats translatifs de propriété. Dans ces contrats, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat. Par exemple, pour la vente, l'article 1196 du Code Civil fait peser la charge des risques de la chose sur l'acquéreur lorsqu'il en est devenu propriétaire, c'est-à-dire, créancier d'une obligation qui ne peut pas être exécutée.

Bien d'autres modifications substantielles ont été opérées par les deux versions de la réforme. Elles portent sur l'effet du contrat à l'égard des tiers, sur l'effet relatif et l'opposabilité du contrat aux tiers, et des tiers aux contractants, sur l'effet translatif du contrat, ainsi que sur la rénovation du régime de la simulation (art. 1201 et 1202).

B- Les modifications interprétatives issues de la loi de ratification de 2018.

1. Une première modification porte sur le préjudice réparable en cas de rupture fautive des négociations.

L'article 1112 C.civ. précise qu'en cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour

objet de compenser, ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, « ni la perte de chance d'obtenir ces avantages ». Il s'agit d'une modification qui consacre une jurisprudence constante, le risque d'une réparation intégrale par les juges étant faible.

2. Une deuxième modification porte sur le vice d'abus de dépendance économique prévu à l'article 1143 C.civ.

«A l'issue d'une passe d'arme entre le Sénat et l'Assemblée Nationale, le parlement a décidé qu'« il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, 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 ».

En réalité, il s'agit d'empêcher que la dépendance puisse être constituée par la seule vulnérabilité intrinsèque d'un contractant en raison de son âge ou de sa maladie par exemple. Cet état de faiblesse relève du droit des incapacités. En d'autres termes, seule la dépendance d'un contractant vis-à-vis d'un autre et de ses relations avec lui, sera prise en compte pour obtenir l'annulation du contrat. Elle peut être économique, psychologique, technologique ou financière.

3. Une troisième modification interprétative a permis l'alignement de l'article 1165 sur l'article 1164 en matière de sanction de la fixation du prix dans les contrats de prestation de service.

En cas d'abus dans la fixation du prix dans ces contrats, comme dans les contrats cadre, le juge peut être saisi non seulement d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts mais également, le cas échéant, d'une demande en résolution du contrat.

Le prix doit être raisonnable et doit tenir compte des intérêts des deux parties. Par conséquent, celui qui détournerait la clause de fixation unilatérale de sa finalité, à des fins égoïstes, commettrait un abus de

droit. Le créancier doit donc motiver le montant en cas de contestation. Sa liberté n'est pas discrétionnaire.

4. Une quatrième correction, issue de la loi de 2018, a soumis au même sort les sûretés accordées par le cédant et par les tiers en cas de cession de contrat.

En effet, l'article 1216-3 dispose que « Si le cédant n'est pas libéré par le cédé, les sûretés qui ont pu être consenties subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par le cédant ou par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord ». En pratique, le cédé pourra toujours soumettre la libération du cédant à l'accord de celui-ci quant au maintien des sûretés qu'il avait consenties. Cela revient à dire que le cédant sera sûrement libéré en tant que codébiteur, mais il restera alors tenu en tant que garant dans la mesure où la sûreté est accessoire à la dette.

Les dispositions régissant la cession de dette ou de contrat confirment cette modification interprétative. L'article 1327-1 précise que le créancier ne peut se voir opposer la cession que du jour de sa notification s'il a par avance donné son accord et (non pas ou sous l'ordonnance) qu'il n'y est pas intervenu. Quant à l'article 1328-1, il dispose que « Lorsque le débiteur originaire n'est pas déchargé par le créancier, les sûretés subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par le débiteur originaire ou par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord ».

5. Dans une cinquième modification, l'ordonnance de 2016 avait innové en consacrant le principe du droit à l'exécution forcée en nature et en introduisant une nouvelle exception à cette exécution dans l'article 1221.

Elle laissait au débiteur, de bonne ou de mauvaise foi, la possibilité de ne pas exécuter correctement sa prestation si son coût pour lui est disproportionné par rapport à l'intérêt qu'en retire le créancier, et ce

malgré le garde-fou que constitue l'article 1104 C.civ. qui énonce que les contrats se négocient, se forment et s'exécutent de bonne foi. Le législateur de 2018 a clarifié le texte de l'article 1221 en précisant que « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ».

Il est clair que les droits du créancier sont renforcés par la mauvaise foi du débiteur.

L'impossibilité dont il est question peut être juridique ou matérielle. C'en est ainsi fini des obligations de faire et de ne pas faire qui se résolvait en dommages et intérêts, leur exécution forcée en nature ayant été considérée comme impossible (ancien article 1142 C.civ.). Le professeur Nicolas Thomassin nous parlera plus en détail et en profondeur des remèdes à l'inexécution du contrat.

6. Une sixième modification porte sur les obligations à terme et conditionnelles.

En vertu du nouvel article 1304-4 « Une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie ou n'a pas défailli ». A mon avis, la renonciation peut porter aussi bien sur la condition suspensive que sur la condition résolutoire.

Concernant l'obligation à terme, l'article 1305-5 du Code civil, dispose que « la déchéance du terme encourue par un débiteur est inopposable à ses coobligés, même solidaires, et à ses cautions ». Cette correction a pour but de préserver les attentes légitimes non seulement des coobligés solidaires mais également et surtout celles des cautions.

7. Enfin, deux modifications interprétatives portent sur la forme.

La première a visé l'article 1347-6 qui dispose que « la caution peut opposer la compensation de ce que doit le créancier au

débiteur principal ». Ce texte ne fait plus référence à la compensation déjà « intervenue ».

La deuxième modification a visé l'article 1352-4, afin de traduire plus exactement la règle selon laquelle l'incapable ne doit restituer que ce qui a tourné à son profit : les restitutions dues par un mineur ou un majeur protégé sont réduites à hauteur – et non plus à proportion – du profit qu'il a retiré de l'acte.

En conclusion, force est de constater que la réforme du droit des contrats, d'une version à l'autre, a atteint deux objectifs.

D'une part, elle a rajeuni le code civil français, l'a débarrassé de dispositions obsolètes, confuses et contradictoires.

D'autre part, elle l'a rendu intelligible, accessible et largement adapté à l'économie contemporaine, numérisée, et aux attentes des contractants, notamment dans le domaine des sociétés et des affaires.

Les interventions qui vont succéder tout au long de cette journée le démontreront sans nul doute.

En ce faisant, le législateur français a voulu doter les opérateurs, toutes catégories confondues, d'un corpus de normes et d'outils modernes et efficaces, destinés à assurer la sécurité juridique des transactions, dans un contexte de concurrence des droits, rude, évolutif et imprévisible, à l'échelle internationale.

Tout n'est pas parfait, loin s'en faut, mais cette réforme n'est pas un simple toilettage. On peut faire le pari que la jurisprudence s'en saisira très vite pour interpréter, modifier ou compléter les nouveaux textes. Nul ne s'en plaindra.

PREMIÈRE TABLE RONDE
Incidences de la réforme en droit commun

- Antoine Gouëzel, La transmission des créances
- Nicolas Thomassin, Les remèdes à l'inexécution du contrat
- Isabelle Sérandour, La révision des contrats pour imprévision
- Carole Najm, LA THEORIE DE L'IMPREVISION EN DROIT LIBANAIS
- Ahmad Ichrakieh, L'Arbitrabilité des litiges du droit de la consommation en droit français et libanais

PREMIÈRE TABLE RONDE
Incidences de la réforme en droit commun

La transmission des créances

Antoine Gouëzel

Professeur à l'Université de Rennes 1

Centre de droit des affaires

1. Tout d'abord, je souhaiterais remercier sincèrement tous mes collègues libanais pour leur accueil très chaleureux ; c'est un plaisir et un honneur d'être ici aujourd'hui devant vous.
2. Nous venons de fêter le troisième anniversaire de l'ordonnance du 10 février 2016, nous fêterons bientôt le premier anniversaire de la loi de ratification, et force est de constater que l'essentiel de l'attention s'est depuis cette date concentré sur le droit des contrats. Il en était d'ailleurs allé de même lors de préparation et de la discussion de la réforme. Il n'y en a que pour les contrats. Notre colloque n'y fait pas exception, comme le montre son titre même : *Regards croisés du droit français et du droit libanais à l'aune de la réforme du **droit des contrats** en France*. Et pourtant, l'ordonnance porte, selon son titre même, réforme du droit des contrats bien sûr, mais également du régime général et de la preuve des obligations.
3. Le régime général de l'obligation est un peu le parent pauvre de l'attention doctrinale, ce qui est regrettable car les changements y sont considérables, en particulier sur les opérations sur créance⁽¹⁾. Au-delà des innovations formelles que constituent la création d'un

(1) V. sur ce point : « Cession de créance, cession de dette, cession de contrat : Les nouvelles règles », *Dr. et patr.* juillet-août 2016, Dossier, p. 46 et s. ; C. Gijsbers, « Les opérations translatives », *Dr. et patr.* mai 2016, p. 76 et s. R. Boffa, « Les clauses relatives aux opérations translatives », *JCP N* 2016. 1115 ; A. Gouëzel, « Les opérations translatives », *AJCA* 2016, p. 135 et s.

titre complet sur le régime de l'obligation, et en son sein d'un chapitre relatif aux opérations sur créance, les modifications sont essentielles sur le fond : la cession de dette est consacrée, la cession de créance bouleversée, la subrogation personnelle retouchée.

4. Or la circulation des créances est un outil important de l'économie moderne ; ces mécanismes sont utilisés quotidiennement par les professionnels, spécialement les professionnels du crédit. En France, le crédit interentreprises est en effet extrêmement développé : le fournisseur accorde systématiquement un délai de paiement à son client ; il ne sera ainsi payé que 30, 45 ou 60 jours après avoir exécuté sa prestation. Or il est possible qu'il ait lui-même besoin de trésorerie. Pour obtenir du crédit, il va utiliser la créance à terme qu'il détient contre son client, et qui est une richesse qui figure dans son patrimoine. Le fournisseur mobilise cette créance, c'est-à-dire qu'il transfère cette créance à terme à son banquier, qui lui en règle immédiatement le montant, moins une commission et des intérêts évidemment.
5. Pour réaliser cette opération, le fournisseur doit utiliser un mécanisme de transmission des créances. Quel mécanisme ? Si l'on examine le code civil, il peut principalement utiliser deux opérations : la cession de créance et la subrogation personnelle. La réforme du droit des obligations est intervenue sur ces deux points, en rénovant la cession de créance (I) et en retouchant la subrogation personnelle (II).

I. La cession de créance rénovée

- 1- La cession de créance quitte logiquement le giron du droit de la vente pour rejoindre le régime général des obligations, comme c'est le cas en droit libanais. En effet, céder une créance signifie simplement transférer la titularité. Or ce transfert peut réaliser différentes opérations : il est possible de vendre une créance, mais il est également loisible de la donner, de la prêter, de l'escompter, etc. La définition de la cession de créance fournie par le 1^{er} alinéa de l'article 1321 en témoigne : « *La cession de créance est un contrat par lequel*

le cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire ».

- 2- La cession de créance sort bouleversée de la réforme : si ses conditions de validité sont seulement retouchées (A), ses conditions d’opposabilité sont quant à elles profondément revues (B).

A. Les conditions de validité de la cession

- 1- La cession de créance est un contrat, soumis en tant que tel aux conditions de validité du nouvel article 1128. Mais elle obéit également à des règles spécifiques, relatives d’abord aux créances susceptibles d’en faire l’objet. Le 2^{ème} alinéa de l’article 1321 affirme que la cession « *peut porter sur une ou plusieurs créances présentes ou futures, déterminées ou déterminables* ». Rien de révolutionnaire ici : la jurisprudence l’avait déjà admis⁽¹⁾, ainsi que le législateur pour la cession Dailly⁽²⁾ et le nantissement de créance⁽³⁾. Un flux de créances peut donc être mobilisé grâce à une cession de créance de droit commun.
- 2- Surtout, le 4^{ème} alinéa de l’article 1321 dispose que « *Le consentement du débiteur n’est pas requis, à moins que la créance ait été stipulée incessible* ». L’affirmation en elle-même est évidente : le consentement du débiteur n’est en principe pas requis, parce que la cession est un contrat entre le cédant et le cessionnaire ; le débiteur est tiers à l’opération, qui est d’ailleurs neutre pour lui, aussi ne lui demande-t-on pas son avis. L’exception est également évidente : si la créance a été stipulée incessible, le consentement du débiteur est requis, précisément afin qu’il renonce à cette clause d’incessibilité. Mais le présupposé de cette affirmation est beaucoup plus important : les clauses d’incessibilité, qui avaient jusque-là fait

(1) 1^{ère} Civ., 20 mars 2001, *Bull. civ. I*, n° 76, *D.* 2001. 3110, note L. Aynès : « *des créances futures ou éventuelles peuvent faire l’objet d’un contrat, sous la réserve de leur suffisante identification* ».

(2) Art. L. 313-23, al. 2, c. mon. fin. : « *Peuvent également être cédées ou données en nantissement les créances résultant d’un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l’exigibilité ne sont pas encore déterminés* ».

(3) Art. 2356, al. 3, c. civ.

l'objet d'une jurisprudence fluctuante⁽¹⁾, sont valables⁽²⁾. À suivre le texte, ces clauses sont d'ailleurs efficaces, que le cessionnaire soit ou non au courant de leur existence. La même solution devrait s'appliquer, *a fortiori*, aux clauses d'agrément. Toutefois, l'article L. 442-6, II du code de commerce n'est pas modifié, qui prohibe les clauses d'incessibilité dans les rapports entre professionnels⁽³⁾.

- 3- Un regret peut être formulé : l'ordonnance ne prend pas parti sur la cession de créance à titre de garantie. On peut y voir une approbation de la décision de 2006 qui a condamné une telle cession⁽⁴⁾. Cependant, au regard de la vivacité du débat qui a suivi cet arrêt, une prise de position formelle du législateur – dans un sens ou dans l'autre – aurait eu le mérite de lever toute incertitude et de mettre les opérateurs juridiques à l'abri d'un changement de position de la Cour de cassation. La réforme annoncée du droit des sûretés devrait être l'occasion de trancher enfin cette question dans la loi.
- 4- Enfin, s'agissant des conditions de forme, l'article 1322 exige désormais un écrit à peine de nullité de la cession. La disposition s'inscrit dans le mouvement de renaissance du formalisme ; elle peut être vue comme une contrepartie à l'assouplissement des règles d'opposabilité de la cession.

B. Les conditions d'opposabilité de la cession de créance

- 1- L'ordonnance rompt radicalement avec le lourd système d'opposabilité prévu par l'ancien article 1690 du code civil, qui exigeait que la cession soit signifiée au débiteur cédé ou acceptée par

(1) V. Com., 21 novembre 2000, *Bull. civ.* IV, n° 180 ; Com., 22 octobre 2002, n° 99-14.793.

(2) Il est vrai que ces clauses portent atteinte à la libre circulation des biens, mais comme le souligne M. Julienne (« Cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier », *Dr. et patr.* juillet 2015, p. 69 et s., spéc. p. 72), « un débiteur peut avoir un intérêt légitime, en fait et en droit, à conserver le même créancier ».

(3) En effet, la possibilité de mobiliser leurs créances à terme est vitale pour les entreprises.

(4) Com., 19 décembre 2006, *Bull. civ.* I, n° 250.

celui-ci dans un acte authentique, et qui était très proche de ce qui est prévu en droit libanais par l'article 283 du code des obligations et des contrats. Pour préciser les choses, il convient de distinguer la situation des tiers (1) et celle du débiteur cédé (2).

1. L'opposabilité aux tiers

- 1- Le 2^{ème} alinéa de l'article 1323 pose une règle à bien des égards révolutionnaire : le transfert de la créance « *est opposable aux tiers dès ce moment* », c'est-à-dire dès la date de la cession. Il est vrai que le système antérieur faisait l'objet de critiques sévères : son coût était dénoncé, ainsi que son inefficacité dans la mesure où l'information du débiteur cédé ne permettait pas d'assurer une information satisfaisante des tiers⁽¹⁾. Désormais, l'opposabilité aux tiers de la cession de créance de droit commun est alignée sur celle de la cession Dailly, de la transmission à un patrimoine fiduciaire et du nantissement de créance⁽²⁾. Ce regain de cohérence ne peut qu'être approuvé.
- 2- La règle nouvelle modifie la solution des conflits liés à une double mobilisation de la même créance. Désormais, ce n'est plus la date de la signification qui doit être prise en compte, mais celle de la cession elle-même. L'article 1325 est en ce sens : « *Le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date* ». Supposons un créancier aux abois qui cède deux fois la même créance ; les deux cessionnaires notifient la cession ; le débiteur cédé doit payer le cessionnaire premier en date, même s'il a notifié en second⁽³⁾. On voit bien la rupture avec le droit français antérieur, ainsi qu'avec le droit libanais où l'article 238 prévoit expressément que c'est le premier qui a réalisé la formalité

(1) V. spécialement O. Deshayes, « La cession de créance », in L. Andreu (dir.), *La réforme du régime général des obligations*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2011, p. 73 et s.

(2) V. respectivement les art. L. 313-27 c. mon. fin., 2018-2 c. civ. et 2361 c. civ.

(3) Telle est la solution retenue en matière de cession Dailly (Com., 12 janvier 1999, *Bull. civ. IV*, n° 8), transposable désormais à la cession de droit commun.

d'opposabilité qui doit être préféré, alors même qu'il serait le second cessionnaire en date.

- 3- La solution renforce la sécurité du cessionnaire, qui peut désormais « *faire arme égale avec les subrogés, les créanciers Dailly, les créanciers nantis* »⁽¹⁾. De surcroît, elle lui offre une souplesse supplémentaire, en lui permettant de décider en toute liberté de notifier ou non la cession : le choix de ne pas notifier ne se retournera pas contre lui, puisque ses droits sont acquis à l'égard des tiers dès la date de la cession⁽²⁾.
- 4- L'article 1325 tranche enfin une délicate question⁽³⁾ : le cessionnaire premier en date « *dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement* ». Reprenons l'exemple précédent, sauf que le premier cessionnaire ne notifie pas la cession. Le débiteur va, de bonne foi, payer le second cessionnaire, titulaire apparent de la créance ; ce paiement sera donc libératoire. Le premier cessionnaire, véritable titulaire de la créance, pourra alors exercer un recours contre l'*accipiens*. La jurisprudence l'avait admis en matière de cession Dailly⁽⁴⁾ ; l'ordonnance consacre cette solution⁽⁵⁾.
- 5- Tout dépend donc désormais de la date de la cession elle-même, ce qui crée un risque de fraude résultant d'une antidate de l'acte. Le législateur prévient cependant ce danger en prévoyant au 2^{ème} alinéa de l'article 1323 qu'« *En cas de contestation, la preuve de la date de la cession incombe au cessionnaire, qui peut la rapporter par tout moyen* » – le recours à l'enregistrement, voire à l'acte authentique,

(1) O. Deshayes, art. préc., p. 88.

(2) O. Deshayes, art. préc., p. 89.

(3) Sur cette question, v. M. Cabrillac, « Les conflits entre cessionnaires successifs d'une même créance transmise par bordereau », *D.* 1990. chr. 126 ; C. Larroumet, « Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par bordereau », *JCP E* 1990. II. 15877.

(4) Com., 19 mai 1992, *Bull. civ.* IV, n° 190.

(5) La Cour de cassation n'avait pas indiqué le fondement de ce recours ; l'ordonnance ne le fait pas non plus. On peut cependant songer à l'enrichissement injustifié.

pourra donc être utile. On retrouve à nouveau la transposition d'une règle issue de la cession Dailly⁽¹⁾.

2. L'opposabilité au débiteur

- 1- Le cédé est soumis à une règle spéciale, tant il est vrai qu'il n'est pas un tiers comme les autres : la cession lui fait changer de créancier. Selon le 1^{er} alinéa de l'article 1324 : « *La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte* ». L'ordonnance dissocie donc l'opposabilité aux tiers, qui est immédiate, de l'opposabilité au débiteur, qui est subordonnée à l'accomplissement d'une formalité. Et elle allège cette formalité : une simple notification remplace l'ancienne signification⁽²⁾. On retrouve là le même mécanisme que dans le nantissement de créance et le transfert à un patrimoine fiduciaire⁽³⁾.
- 2- L'ordonnance en tire toutes les conséquences s'agissant des exceptions opposables par le cédé. L'idée générale est que le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il pouvait opposer au cédant. Elle apparaît très clairement en droit libanais dans l'article 285 du code des obligations et des contrats. Ce principe est logique : le cédé n'a pas donné son consentement, donc l'opération doit rester neutre pour lui. S'il avait un argument à faire valoir qui lui permettait de ne pas payer le cédant, il doit pouvoir l'invoquer aussi à l'encontre du cessionnaire.
- 3- Mais le nouveau texte français va plus loin en apportant des précisions. Le 2^{ème} alinéa de l'article 1324 consacre en effet la distinction, d'origine doctrinale⁽⁴⁾, et reprise par la jurisprudence en 2010⁽⁵⁾, entre les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions extérieures à la dette. Les premières sont opposables par le cédé au

(1) Art. L. 313-27, dernier alinéa, c. mon. fin.

(2) Cet allègement s'observe également en cas de recours à l'acceptation du cédé, qui n'a plus besoin d'être constatée dans un acte authentique.

(3) Art. 2362 c. civ. et art. 2018-2 c. civ.

(4) J. François, *Traité de droit civil*, t. 4, *Les obligations, Régime général*, Economica, 3^{ème} éd., 2013, n° 383 et s.

(5) Com., 12 janvier 2010, *Bull. civ. IV*, n° 2.

cessionnaire quelle que soit la date à laquelle elles se manifestent, c'est-à-dire même si elles sont apparues après la notification de la cession. Elles comprennent, selon le texte, « *la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes* » ; il faut y ajouter notamment la prescription. Les autres exceptions sont liées à la qualité de créancier, comme « *l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes* », ainsi que le paiement naturellement. Ces actes ne sont en effet valables que s'ils sont conclus entre le créancier et le débiteur. Par suite, s'ils sont effectués par le cédant, ils ne sont valables et donc opposables au cessionnaire que s'ils ont été réalisés lorsque le cédant était encore créancier à l'égard du cédé, c'est-à-dire « *avant que la cession lui soit devenue opposable* ». Concrètement, le cédé peut opposer au cessionnaire la remise de dette que lui aurait accordée le cédant après la cession mais avant la notification⁽¹⁾.

II. La subrogation personnelle retouchée

La subrogation personnelle présente une physionomie particulière car le transfert de la créance qu'elle réalise est fondé sur un paiement. Les retouches sont profondes quant aux sources de la subrogation (A) ; elles sont plus discrètes s'agissant de ses effets (B).

A. Les sources de la subrogation

La subrogation peut en premier lieu être légale. On sait que le code civil posait différentes hypothèses spéciales de subrogation légale, ainsi qu'un principe général au 3° de l'article 1251 du code civil. Et la jurisprudence a interprété de manière large ce texte pour donner une ampleur considérable à la subrogation légale. Celle-ci est subordonnée à la réunion de deux conditions : il faut d'une part que le *solvens* paie une dette à laquelle il est tenu, et d'autre part que ce paiement libère le

(1) Peu importe d'ailleurs la connaissance éventuelle que le cédé aurait eu de la cession : seule la date de la notification doit être prise en compte, puisque c'est elle qui rend la cession opposable au cédé

débiteur auquel incombe, en tout ou partie, la charge définitive du règlement fait au créancier⁽¹⁾. Peu importe en revanche que le *solvens* paie une dette qui lui est propre⁽²⁾.

L'ordonnance va encore plus loin que cette jurisprudence pourtant compréhensive : « *La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* » (article 1346). Si la seconde condition est donc maintenue, la première est substantiellement modifiée : il n'est plus nécessaire que le *solvens* soit tenu de la dette (autrement dit que le créancier puisse exiger un paiement de sa part), il suffit qu'il ait un « *intérêt légitime* » à acquitter la dette. Le projet d'ordonnance de mars 2015 supprimait plus radicalement cette première condition, mais il avait subi les foudres des commentateurs : « *suffira-t-il que le solvens obtienne les coordonnées bancaires d'un créancier, vire des fonds à son crédit en imputant ce versement sur une créance du bénéficiaire pour s'en prétendre désormais titulaire ? Ce transfert, par le seul effet de la loi, ne va-t-il pas permettre d'interférer à bon compte dans les affaires d'autrui, de tourner des clauses d'agrément à cession, etc.* »⁽³⁾ ? La nécessité d'un « *intérêt légitime* » du tiers vise à remédier à cette critique, mais on peut douter qu'elle atteigne son but : qui ne voit le potentiel contentieux d'une telle condition ? Tout dépendra de la manière dont le juge l'interprétera. À cet égard le droit libanais pourrait être un point de comparaison intéressant, l'article 312 du code des obligations et des contrats étant proche de la nouvelle règle française.

La subrogation peut en second lieu être conventionnelle, et il en existe deux variétés. Elle peut d'abord être consentie par le créancier.

(1) V. sur ce point par ex. J. François, *op. cit.*, n°479 et s.

(2) V. par ex. 1ère Civ., 4 avril 1984, *Bull. civ.* I, n° 131.

(3) P. Stoffel-Munck, « La subrogation : tenons compte de la volonté du créancier », *Dr. et patr.* juillet 2015, p. 55 et s., spéc. p. 56.

Le projet de 2015 avait supprimé cette possibilité, ce qui pouvait se recommander de deux arguments : d'une part, l'extension de la subrogation légale la rendait superflue ; d'autre part, l'assouplissement des conditions de la cession de créance la rendait inutile. Ces arguments n'ont pas convaincu⁽¹⁾. La subrogation conventionnelle permet en effet de sécuriser le *solvens*, qui peut avoir des doutes sur la réunion des conditions de la subrogation légale. Surtout, elle est utilisée massivement – on pense bien sûr à l'affacturage – ; pourquoi remettre en cause cette pratique qui donne toute satisfaction ? L'ordonnance maintient finalement la subrogation *ex parte creditoris* à l'article 1346 - 1.

La subrogation conventionnelle peut encore être consentie par le débiteur. L'hypothèse est envisagée en droit libanais par l'article 314 du code des obligations et des contrats, qui est très proche de l'ancien texte français. Le nouvel article 1346-2 reconduit la subrogation consentie par le débiteur, en apportant deux précisions. D'abord, son formalisme est assoupli lorsque le créancier consent à celle-ci⁽²⁾. Ensuite, lorsque le créancier ne consent pas, il est nécessaire « *que la dette soit échue ou que le terme soit en faveur du débiteur* ». La solution, qui était discutée⁽³⁾, doit être approuvée : on ne voit pas pourquoi le créancier serait tenu de recevoir un paiement auquel il peut normalement s'opposer, au motif qu'il est couplé à une subrogation.

(1) V. P. Stoffel-Munck, art. préc. ; N. Litaize, « Plaidoyer pour le maintien de la subrogation *ex partes creditoris* », *RDBF* novembre 2015, p. 41 et s. ; R. Boffa et V. Flament, « Les opérations translatives », *JCP N* 2015. 1215.

(2) Mais on peut s'interroger dans une telle hypothèse sur la confusion qui en résulte avec la subrogation consentie par le créancier.

(3) V. P. Malaurie, « Baisse des taux d'intérêt, prêts à long terme et renégociation », *D.* 1998, chr., p. 317 et s. ; J. Huet, « Un bienfait de l'histoire : la subrogation opérée par le débiteur pour le remboursement anticipé d'un prêt d'argent en cas de baisse des taux d'intérêt (art. 1250, 2°, c. civ.) », *D.* 1999. chr. 303.

C. Les effets de la subrogation

Ces effets sont classiques. L'article 1346-3 reprend la règle selon laquelle « *Nul n'est censé subroger contre soi* », qui figurait précédemment à l'article 1252. Le 1^{er} alinéa de l'article 1346-4 consacre l'effet translatif de la subrogation et précise qu'il ne joue que « *dans la limite de ce qu'il [le subrogé] a payé* » : cette limite est parfaitement établie en droit positif, mais elle ne figurait pas jusque-là dans la loi. Elle rejoint la position du droit libanais et de son article 315 alinéa 3.

Le 2^{ème} alinéa de l'article 1346-4 consacre une solution discutée⁽¹⁾ : « *le subrogé n'a droit qu'à l'intérêt légal à compter d'une mise en demeure, s'il n'a convenu avec le débiteur d'un nouvel intérêt* ». La question est délicate : d'un côté, la clause d'intérêt conventionnel est un accessoire de la créance, qui devrait donc être transmis au subrogé ; de l'autre côté, le paiement est la limite de la subrogation qui ne doit pas être source d'enrichissement pour le subrogé, lequel ne devrait donc pas bénéficier des intérêts conventionnels. Ce second argument a emporté la conviction des rédacteurs de l'ordonnance, comme il avait emporté celle de la Cour de cassation⁽²⁾. Le subrogé a tout de même droit à l'intérêt légal, dans la mesure où celui-ci vise seulement à lui éviter une perte et non à l'enrichir. L'ordonnance codifie également la solution jurisprudentielle s'agissant du point de départ du cours de ces intérêts : il s'agit – sauf exception, *a priori* non remise en cause, comme en matière de cautionnement⁽³⁾ – de la mise en demeure du débiteur⁽⁴⁾.

(1) V. sur cette question F. Auckenthaler, « Le droit du subrogé aux intérêts de la créance », *D.* 2000. chr. 171 ; C. Simler, « Le droit aux intérêts du créancier subrogé », *JCP G* 2009. I. 113.

(2) V. notamment 1^{ère} Civ., 29 octobre 2002, *Bull. civ.* I, n° 257.

(3) 1^{ère} Civ., 18 mars 2003, *Bull. civ.* I, n° 86, qui s'appuie sur l'ancien art. 2029, devenu l'art. 2306.

4 1^{ère} Civ., 7 mai 2002, *Bull. civ.* I, n° 118.

PREMIÈRE TABLE RONDE
Incidences de la réforme en droit commun

Les remèdes à l'inexécution du contrat⁽¹⁾

Nicolas Thomassin

Professeur à la Faculté de Droit de Rennes (Université Rennes 1)

La réforme française des contrats, du régime général et de la preuve des obligations réalisée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016⁽²⁾, était très attendue des juristes et amis de la culture juridique française. Le droit français, autrefois modèle parmi les systèmes de droit civil, avait vu son attrait diminuer à mesure que la société évoluait, que le code civil vieillissait et que l'insécurité juridique grandissait – le droit des obligations étant devenue une matière essentiellement jurisprudentielle, évoluant par à coup et sujette aux revirements. La réforme était indispensable. Elle a alors acquis une grande notoriété s'agissant de la formation du contrat. Il est vrai qu'en ce domaine, les modifications étaient nombreuses, majeures et symboliques : il s'agissait de la disparition formelle de la cause comme condition de formation du contrat, de l'introduction dans les textes français de l'exploitation abusive d'une situation de contrainte parmi les vices du consentement⁽³⁾, ou encore de la généralisation en droit commun civil des contrats d'adhésion d'une police des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties : rien que cela ! Cependant, exception faite de la création d'un régime supplétif en matière d'imprévision en droit civil, le régime et les effets du contrat ont étrangement moins attiré l'attention. Il en va particulièrement ainsi des remèdes (ou sanctions) offertes au cocontractant subissant l'inexécution du contrat. Bien que substantiellement retouchées par la

(1) La forme orale du propos a été conservée.

(2) L'ordonnance a été ratifiée – et certaines règles déjà modifiées – par la Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018.

(3) Un cas de violence en droit français – de crainte dans le code libanais

réforme, les règles relatives au contrat inexécuté apparaissent souvent comme secondaires dans les présentations qui en sont faites.

Il n'en est rien, pourtant, pour deux raisons au moins. D'une part, l'inexécution du contrat est bien plus fréquente que l'existence d'un vice touchant sa formation : les contrats mal formés sont tout simplement plus rares que les contrats inexécutés. Les règles relatives à l'inexécution ont ainsi une importance pratique plus considérable. D'autre part, c'est dans le corpus de règles relatif à l'inexécution que se révèle la force obligatoire du contrat : *pacta sunt servanda* – les conventions doivent être exécutées, et donc sanctionnées lorsqu'elles ne le sont pas. La tendance universitaire à présenter le contrat comme un processus de création d'obligations (le contrat comme accord de volonté en vue de produire des obligations) conduit souvent à se focaliser sur la rencontre des volontés ; mais lorsque l'on s'intéresse au contrat que l'on « cède » ou que l'on « exécute », ce n'est pas le processus qui intéresse mais le résultat, obligatoire et contraignant, que ce processus a engendré : l'ensemble cohérent d'obligations et d'effets de droit créé par un accord de volontés. Or la force obligatoire du contrat ainsi entendu se mesure concrètement à l'échelle des sanctions que le droit prévoit en cas d'irrespect. Les choix de politiques juridiques relatifs à la contrainte pesant sur les parties au contrat s'avèrent ainsi primordiaux.

En matière d'inexécution contractuelle, le Code civil français avait historiquement fait un choix assez différent de celui des pays de Common law ou d'inspiration germanique (avec lesquels la France entretient une forte proximité géographique et économique). Ces derniers sont traditionnellement plus favorables à des prérogatives unilatérales du créancier ainsi qu'aux sanctions pécuniaires et proportionnées : leur vision du contrat – tout particulièrement en *common law* – est tournée vers l'efficacité économique. Le Code français promulgué en 1804, lui, se caractérisait au contraire par deux grandes valeurs : une vision morale du contrat, où domine la parole donnée, conduisant au droit du cocontractant à l'exécution forcée en nature et la rétroactivité de la résolution (ce qui n'a pas été respecté doit être effacé) ; une vision humaniste des parties, où le débiteur est présumé de bonne foi et où le juge joue un rôle modérateur important.

Le droit libanais partage historiquement ces principes contractuels. Le droit à l'exécution forcée y est fermement affirmé par le Code des obligations et des contrats de 1932, avec encore plus de vigueur que le droit français ; quant au débiteur, il y est bien protégé par le rôle important que tient le juge dans la décision de sanctionner l'inexécution.

La réforme française de 2016 a-t-elle maintenu ces valeurs communes avec le Liban ? On peut s'inquiéter, dès lors que la réforme visait à « moderniser » le droit français des obligations et que ces valeurs, intemporelles, n'ont rien de modernes : elles peuvent au contraire s'opposer à une lecture libérale et économique du contrat ... Le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance est cependant plus mesuré quant aux objectifs de l'ordonnance de réforme : *« Il est [...] apparu nécessaire, conformément au vœu émis non seulement par la doctrine, mais également par de nombreux praticiens du droit, non pas de refondre totalement le droit des contrats et des obligations, mais de le moderniser, pour faciliter son accessibilité et sa lisibilité, tout en conservant l'esprit du code civil, à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles »*. Cette ambition a-t-elle permis de sauvegarder les traits communs en matière d'inexécution des contrats que partagent historiquement les droits libanais et français ? La réponse est nuancée : s'agissant de la vision moraliste du contrat, droits français et libanais ne se sont éloignés qu'en apparence (I.). Concernant les règles humanistes et protectrices du débiteur, en revanche, la divergence est plus nette : le droit français de l'inexécution du contrat promeut désormais la figure du créancier, réduisant le rôle d'un juge auquel les textes libanais sont encore attachés (II.)

I. L'évolution de la vision morale du contrat

Le droit libanais est attaché au fait que ce qui a été promis soit payé : le contrat qui ne sera pas exécuté doit donc être rétroactivement effacé comme s'il n'avait jamais existé (A.) et le contrat qui peut encore être exécuté en nature doit l'être si le créancier de la prestation l'exige (B.).

Qu'en est-il désormais du droit français ? A-t-il abandonné les principes qu'il a si longtemps promu ?

A. De la rétroactivité de la résolution

Les codes français et libanais étaient tous deux attachés à une certaine idée du contrat, tant et si bien que lorsque le contrat n'est pas et ne sera pas exécuté, il doit disparaître de l'ordre juridique. Le droit français des contrats retenait ainsi traditionnellement, que l'inexécution grave du contrat pouvait être sanctionnée par la résolution de celui-ci, et que cette dernière emportait un effet rétroactif. L'ancien article 1184 alinéa 1^{er} du code civil français était très clair : « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement* » – et la condition résolutoire emporte un effet rétroactif (ex-art. 1179 c. civ ; v. auj. art. 1304-7).

La résolution faisait ainsi disparaître le contrat inexécuté pour le futur mais le sanctionnait aussi dans le passé, au contraire de la résiliation qui faisait disparaître le contrat pour l'avenir seulement. Dès lors que le contrat résolu était réputé ne pas avoir existé, ce qui avait été exécuté par les parties devaient être restitués par elles – et en nature, de préférence. Le droit français justifiait ainsi par l'effet rétroactif les restitutions consécutives à la résolution. Ce n'était d'ailleurs que dans les situations où il était matériellement impossible de revenir au *statu quo ante* et donc de réaliser des restitutions en nature que la résolution ne pouvait avoir d'effet rétroactif : pour les contrats dont les prestations étaient indivisibles ou encore pour les contrats à exécution successive⁽¹⁾, la rétroactivité ne pouvait aboutir qu'à des restitutions en valeur, de sorte qu'il apparaissait plus logique de ne prévoir les restitutions qu'à compter de l'inexécution.

Le droit libanais est tout à fait dans cet esprit consistant à ne pas laisser durablement dans l'ordre juridique un contrat qui ne serait pas exécuté. Le Code des obligations et des contrats, en son article 241

(1) qui reposent sur une prestation continue dans le temps : mise à disposition d'un bien ou de la force de travail d'une personne, par exemple.

alinéa 1^{er}, fait écho au code français en disposant que : « *La condition résolutoire est sous-entendue, sauf exception inscrite dans la loi, dans tous les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne remplirait pas ses engagements et alors qu'elle n'est pas à même d'invoquer l'impossibilité d'inexécution* ». L'article 242 poursuit en énonçant que « *La résolution pour inexécution produit les mêmes effets que celle qui intervient en exécution d'une condition résolutoire expresse* », affirmant ainsi la rétroactivité de la résolution. Les choses sont donc claires.

La réforme française de 2016 acte alors un changement de paradigme. Les deux premiers alinéas du nouvel article 1229 alinéa 1 et 2 du code civil français énoncent désormais que « *La résolution met fin au contrat* » et que « *La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice* ». Le contraste est saisissant avec le nouvel article 1178 alinéa 2 du code civil, qui prévoit toujours que la nullité, sanctionnant un vice de formation du contrat, est rétroactive : car il n'en est plus du tout question pour la résolution. Cette dernière n'anéantit le contrat que pour l'avenir (elle met fin au contrat) et prend effet au jour où les parties l'ont prévue (clause résolutoire), au jour de la notification (résolution unilatérale par notification) ou au jour fixé par le juge (résolution judiciaire). Le symbole est fort : alors que le droit libanais continue de sanctionner le contrat inexécuté d'une résolution rétroactive, le droit français renonce à cette sanction⁽¹⁾ pour prévoir en principe une résolution pour l'avenir seulement. Le rapport au Président de la République est clair : « *L'ordonnance abandonne donc la fiction juridique de la rétroactivité traditionnellement attachée à la résolution par la doctrine et la jurisprudence [...]* ».

La résolution est-elle devenue, en France, une pure résiliation, n'ayant d'effet que pour l'avenir ? Le contrat de droit français inexécuté et résolu sans rétroactivité ne donne-t-il plus lieu à restitution, contrairement à son homologue de droit libanais ? La réponse doit être

(1) Sauf aux parties au contrat de le prévoir par une clause particulière.

nuancée. Le nouvel article 1229 poursuit en effet, en son alinéa 3 : « *Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procurées l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation.* » Le droit français a donc changé sa présentation mais conserve les solutions communes avec le droit libanais, tout en les modernisant. Le choix de la réforme est en effet de traiter les restitutions comme un effet de la loi (et non plus comme une suite nécessaire de la rétroactivité) : ainsi le Rapport au Président de la République décrit-il l'ambition du nouveau texte⁽¹⁾. Les restitutions « *n'ont lieu que lorsque les prestations échangées n'avaient d'utilité qu'en cas d'exécution complète du contrat résolu, la distinction contrat instantané/contrat à exécution successive ne paraissant pas toujours adaptée pour déterminer dans quelle mesure les restitutions doivent avoir lieu. Lorsque les prestations auront trouvé une utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, la résolution n'aura donc pas d'effet rétroactif.* » La présentation française des choses a évolué afin de rapprocher la France d'autres droits européens, qui n'ont jamais recouru à la rétroactivité pour légitimer les restitutions post-annulation ou résolution⁽²⁾, et éviter certains effets négatifs de la rétroactivité (notamment sur la validité des actes d'administration ou de disposition passés sur les biens par une partie pendant la période de vie du contrat). Mais au-delà du changement de paradigme, on peut aussi constater que les solutions françaises sont peu ou prou restées les mêmes qu'avant la réforme : elles ne surprendront donc pas le juriste libanais. A cet égard, la modification intervenue ressemble fort à la suppression formelle de la cause en droit français : le mot a disparu du code civil, mais les

(1) Rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : « *La question des restitutions est donc désormais détachée, formellement, de la rétroactivité, les restitutions devenant un effet de la loi.* »

(2) Ainsi en droit anglais, allemand ou néerlandais, notamment

solutions nées du concept de cause et l'esprit causaliste du droit des contrats français est largement demeuré, même après la réforme !

La véritable innovation tient en réalité au critère de distinction utilisé s'agissant des restitutions : ce n'est plus le fait que le contrat soit ou non à exécution successive qui importe, mais le fait de savoir si le contrat a pu ou non procurer, malgré son inexécution, une satisfaction aux parties. Ce critère pragmatique de l'exécution « divisible » ou « indivisible » gouverne désormais le droit et l'étendue des restitutions en droit français : si le contrat inexécuté ne pouvait donner satisfaction que par son exécution complète et totale, les restitutions seront intégrales. Si le contrat inexécuté a pu donner satisfaction partielle, les restitutions ne seront dues qu'à compter de l'inexécution préjudiciable. A cet égard, le texte français qualifie la résolution sans restitution de « résiliation » : mais il s'agit là d'une simple commodité de langage pour « *De nombreux praticiens du droit* » qui y était « *très attachés* », « *sans modifier la conception unitaire de l'ordonnance [...]* »¹.

C'est donc sur ce point technique que le droit français se sépare aujourd'hui du droit libanais – encore attaché à la distinction des contrats à exécution successive et des contrats à exécution instantané pour déterminer l'étendue des restitutions consécutives à une résolution. Pour le reste, les solutions sont demeurées les mêmes, au point qu'il est tentant de continuer à raisonner en France comme si la rétroactivité de la résolution existait encore et toujours, comme au Liban ... Ce serait nier que la réforme française, soucieux de rapprocher le droit des contrats français d'autres droits d'Europe, a tout de même touché à un de ses symboles : le contrat résolu n'est plus « réputé ne jamais avoir existé ». Qu'en est-il du plus important symbole de l'idéologie morale sous-tendant le droit des contrats français et libanais : le droit du créancier à l'exécution forcée en nature?

1 V. le Rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Depuis la réforme, « *La résiliation est donc simplement un cas déterminé de résolution aux contours clairement délimités par le texte, applicable tant aux contrats instantanés qu'aux contrats à exécution successive, et se caractérisant par son absence de restitution* ».

B. Du droit à l'exécution forcée

Le droit libanais dispose d'un principe clair relatif à l'exécution forcée en nature. L'article 249 du Code des obligations et des contrats dispose qu'« *Autant que possible, l'exécution des obligations doit avoir lieu en nature, le créancier ayant un droit acquis à la prestation même qui forme l'objet du rapport obligatoire* ». Et l'article 250 de poursuivre, en trois alinéas distincts : « *Cette règle est valable non seulement pour les obligations de donner, mais aussi pour les obligations de faire ou de ne pas faire.*

« Le créancier peut demander au tribunal l'autorisation d'exécuter lui-même l'obligation de faire aux dépens du débiteur.

« Il a également le droit de demander que ce qui a été fait en violation d'un engagement de ne pas faire soit détruit aux dépens du débiteur ». Seules les obligations dont l'exécution implique l'intervention personnelle du débiteur sont donc exclus de ce droit à l'exécution forcée – mais elles peuvent relever de la technique de l'astreinte (art. 251 COC). Le créancier a donc un *droit acquis* à la prestation : les choses sont dites clairement.

Le droit français antérieur à la réforme de 2016, en revanche, ne brillait pas une aussi belle cohérence. On trouvait certes dans le Code de 1804 des formules ayant inspiré celles de l'article 250 du Code libanais des obligations et des contrats : ainsi de l'ancien article 1143⁽¹⁾ et de l'ancien article 1144⁽²⁾. Sans doute l'ex-article 1184 prévoyait-il aussi, en matière contractuelle, que « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* » : mais l'énoncé n'avait ni la puissance, ni la clarté de l'article 249 du Code libanais ! Surtout, le Code civil français avait en son sein l'ex-article 1142, qui disposait

(1) « *Néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur [...].* »

(2) « *Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution.* »

maladroïtement que « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Le droit français posait là une règle potentiellement trop générale aux conséquences parfois regrettables. Les juristes français sont nombreux à avoir été « traumatisés » par l'arrêt *Consorts Cruz* du 15 décembre 1993, décrivant la promesse unilatérale de vente comme génératrice d'une obligation de faire que le promettant pouvait inexécuter en rétractant son consentement avant la levée d'option du bénéficiaire, comportement qui ne pouvait être sanctionné que par des dommages-intérêts (la levée d'option du bénéficiaire postérieure à la rétractation fautive ne pouvant plus former le contrat promis)⁽¹⁾...

La jurisprudence française avait heureusement exprimé, comme le fait depuis 1932 le Code libanais, le grand principe de l'exécution forcée en nature chaque fois que cela était possible et demandé par le créancier⁽²⁾: « *la partie envers laquelle un engagement contractuel n'a point été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible ; [...] le prononcé de mesures d'interdiction et de retrait, sous astreinte, destinées à assurer une telle exécution et le respect des engagements souscrits, entre dans les pouvoirs des juges du fond tenus de trancher le litige [...]* »⁽³⁾. Avant la réforme et malgré la présence et l'utilisation parfois maladroite de l'ex-article 1142 du code civil, le droit jurisprudentiel français rejoignait donc le droit des contrats libanais vers un même idéal moral du contrat « devant être exécuté ».

La réforme de 2016 marquerait-elle un tournant symbolique du droit français devant cet idéal moral ? Si le nouvel article 1341 prévoit en

(1) Cass. , 3e civ., 15 décembre 2013, *Consorts Cruz*, n° 91-10199, *Bull. civ.* III n° 174 : « *tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir* ». L'arrêt méconnaît à la fois la nature particulière de la promesse unilatérale et la portée de l'ex-article 1142 c. civ., que la jurisprudence avait antérieurement cantonné aux seules exécutions personnelles du débiteur, à l'image de l'article 251 COC.

(2) V. Cass. 1ère civ., 16 janvier 2007, n° 06-13983, *Bull. civ.* I n° 19 ; Cass. 3ème civ., 12 avril 2018, n°17-26906, inédit.

(3) Cass. 1ère civ., 16 janvier 2007, préc.

général que « *Le créancier a le droit à l'exécution de son obligation* » et qu'il « *peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi* », le nouvel article 1221 du code civil dispose spécifiquement, en matière contractuelle, que « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* »⁽¹⁾. Est donc apparu en droit français une exception à l'exécution forcée fondée, *a priori*, sur des considérations économiques ... Quant à l'article 1222 du code français, il prévoit notamment en son alinéa 1^{er} qu' « *Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin.* » Le créancier se voit donc limité dans son droit à faire exécuter au frais du débiteur l'obligation que ce dernier n'exécute pas lui-même, par l'exigence qui lui est faite d'un coût et d'un délai raisonnable qu'on ne retrouve pas en droit libanais ... A première vue, le droit de l'exécution forcée est donc en recul pour les contrats français depuis la réforme de 2016.

Toutefois, une lecture attentive permet de relativiser ces ajouts et considérer que le droit français n'a finalement fait qu'une maigre concession aux tenants d'une vision plus économique du contrat. La nouvelle limitation de l'exécution forcée en matière contractuelle par l'article 1221 est ainsi sérieusement encadrée : les critères posés par le texte (disproportion manifeste entre le coût pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier ; débiteur de bonne foi) sont autant de garanties que l'exécution forcée en nature reste un principe, sauf exécution impossible (matériellement ou juridiquement). Au demeurant, cette limite nouvelle se comprend aussi moralement, pour lutter contre l'abus de droit et promouvoir la bonne foi dans la phase d'exécution du contrat. On peut en effet penser qu'un créancier qui agirait en exécution forcée pour en retirer un intérêt personnel limité et manifestement disproportionné par rapport au coût que cela implique pour un débiteur

(1) La référence à la bonne foi du débiteur a été ajoutée par la loi de ratification du 20 mars 2018.

par ailleurs « *de bonne foi* », dissimule en réalité, sous couvert de son « bon » droit, une demande motivée par des desseins peu avouables ... Josserand, qui a œuvré pour le Code libanais mais a aussi promu la figure de l'abus de droit⁽¹⁾, aurait pu défendre l'idée ! Quant à la limite au droit du créancier de faire exécuter l'obligation par un tiers au frais du débiteur (il doit le faire dans un délai et pour un coût « raisonnable »), elle s'explique par le fait que le nouveau texte français permet cette solution sans recourir préalable à une décision de justice – au contraire de la règle française civile antérieure et de la règle libanaise encore en vigueur (art. 250 al. 2 COC).

D'autres apports de la réforme française permettent par ailleurs de constater que le pays du coq n'a pas abandonné le pays du cèdre dans l'idéal moral de l'exécution forcée en nature des engagements volontaires. Ainsi, l'ordonnance de 2016 consacre tout de même le droit à l'exécution forcée dans l'article 1341 du code civil, à l'image de ce qu'énonçait déjà l'article 250 du Code libanais. Elle maintient également la règle – commune à la France et au Liban – de la destruction de ce qui a été construit en contravention à une obligation de ne pas faire (nouvel art. 1222 c. civ. ; art. 250 COC), sans que le créancier n'ait à rapporter la preuve d'un préjudice. L'ordonnance française a aussi consacré l'exécution forcée des promesses unilatérales (art. 1124 c. civ.), que la jurisprudence française antérieure mettait à mal (v. *supra*). Les écrits du Professeur Ibrahim Najjar sur le droit potestatif ont donc enfin trouvé leur consécration en France, puisque la définition de la promesse unilatérale ne fait plus référence à l'obligation du promettant mais insiste bien sur le droit d'option du bénéficiaire⁽²⁾: l'exécution forcée des promesses unilatérales s'en trouve renforcée.

(1) L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, rééd. bibl. du droit, 2006

(2) Art. 1124 c. civ. : « La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.

« La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. »

« Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul. »

Enfin, et surtout, la réforme française a abrogé l'ex-art. 1142 c. civ. dont la lettre limitait si maladroitement l'exécution forcée des obligations de faire. Le Code français ne discrimine donc plus les obligations de faire ou de ne pas faire, et les renvoie au droit commun – si l'exécution forcée est possible, matériellement mais aussi légalement (respect de la personne du débiteur). Le droit français rejoint ainsi les articles 250 et 251 du code libanais des obligations et des contrats.

Le nouveau droit français des contrats ne fait plus de l'exécution forcée en nature un dogme, mais un principe fort soumis à des exceptions strictes. Le Code civil français a gagné en clarté et cohérence et continue de promouvoir l'exécution forcée en nature comme une valeur importante de son système juridique. Si les principes restent sans doute mieux affirmés en droit libanais, le droit français s'est voulu plus pragmatique, tout en réaffirmant fermement le respect de la parole donnée. C'est ce pragmatisme nouveau qui s'exprime encore dans l'affaiblissement de la seconde valeur contractuelle autrefois partagée par la France et le Liban : l'humanité du traitement du débiteur qui n'exécute pas son engagement, *via* le recours au juge.

II. La réduction des règles protectrices du débiteur

Le droit libanais, comme le droit français issu du code de 1804, traite le débiteur avec une certaine retenue. Certes, le créancier a droit à l'exécution forcée ; mais par ailleurs, le créancier ne doit pas pouvoir sortir du contrat à bon compte, pour une inexécution légère et alors que le débiteur est de bonne composition – le contrat le lie, lui-aussi. Le juge est ainsi le gardien historique du traitement équitable de l'inexécution. Si la jurisprudence a peu à peu accru les moyens du créancier, la modernisation du droit français intervenue en 2016 a, plus nettement encore, rompu avec l'idéologie judiciaire et humaniste des textes de 1804. L'ordonnance renforce en effet les prérogatives unilatérales du créancier subissant l'inexécution : cela se constate s'agissant de l'exception d'inexécution (A), de résolution (B) et de la nouvelle règle générale de la réduction du prix (C).

A. L'extension du domaine de l'exception d'inexécution

Le droit français, comme le droit libanais, connaît l'*exceptio non adimpleti contractus* : celui des contractants qui devait s'exécuter avant l'autre et ne l'a pas fait légitime l'inexécution du cocontractant, qui ne sera donc pas fautif de ne pas payer sa propre dette. En dépit de quelques textes relatifs à la vente, le droit français ne comprenait toutefois pas de texte général en la matière. Quant au droit libanais, il décrit essentiellement le droit de rétention aux articles 272 et 273 COC – un droit qui peut parfois se confondre avec l'exception d'inexécution mais qui n'est pas similaire – et reste sinon tout aussi silencieux que le droit français sur ce moyen de justice privé dans les contrats en général et les contrats synallagmatiques en particulier.

La réforme française a non seulement choisi de consacrer l'exception d'inexécution dans les nouveaux textes (nouv. art. 1119 c. civ.), mais elle a voulu aussi accroître son domaine en permettant au créancier qui devrait s'exécuter en premier de l'opposer au débiteur dont l'inexécution à venir est plus que probable. Tel est le sens du nouvel article 1220 du code civil, qui dispose qu'« *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* ». Un cocontractant peut ainsi anticiper l'inexécution à venir de son cocontractant et notifier en conséquence qu'il ne s'exécutera pas lui-même à l'échéance prévue, sous réserve que l'inexécution à venir soit manifeste (elle relève de l'évidence⁽¹⁾) et que ses conséquences soient suffisamment graves (ce qui devrait être souplement appréciée par les juges s'ils sont ultérieurement saisis). Cette exception d'inexécution « préventive » exige une simple condition formelle : une mise en demeure dans les meilleurs délais. Il s'agit donc d'une prérogative unilatérale du créancier contractuel souple à mettre en œuvre.

Sans doute ce droit est-il aux risques et périls de celui qui l'invoque, comme peut l'être l'exception d'inexécution traditionnelle : si elle est

(1) Ainsi, par exemple, d'une construction qui suppose un certain délai de réalisation et dont l'exécution n'a pas commencée, le temps avant terme n'étant pas suffisant.

invoquée à tort, parce que l'une ou l'autre des conditions légales n'est pas remplie, le créancier qui l'a notifiée sera bel et bien fautif de ne pas s'être exécuté – un référé sera tout à fait indiqué pour le constater en justice⁽¹⁾. Il n'en demeure pas moins que la réforme française de 2016 a donné au créancier contractuel manifestement menacé d'inexécution un moyen unilatéral puissant pour ne pas subir la situation et la retourner à son avantage. Par ailleurs, la modernisation opérée par l'ordonnance de 2016 réalise ici une claire déjudiciarisation de la question. Avant la réforme, le créancier devait s'exécuter puis saisir le juge pour récupérer sa prestation eu égard à l'inexécution avérée du cocontractant ; désormais, le créancier pourra notifier qu'il ne s'exécutera pas à l'échéance au regard du risque manifeste d'inexécution que présente son cocontractant et des conséquences graves que cela présente. Pour que le juge soit concrètement saisi par le débiteur (et non plus par le créancier) ensuite, encore faudra-t-il que ce dernier ne s'estime pas complètement en tort ...

Cette évolution du droit français vers davantage de moyens à disposition du créancier subissant l'inexécution, que l'on ne retrouve pas (ou pas encore ?) en droit libanais, caractérise aussi la réforme *via* la consécration d'une résolution unilatérale extrajudiciaire, en dehors de toute clause résolutoire.

B. La consécration d'une résolution unilatérale par notification

Alors que l'ancien article 1184 du code civil français ne mentionnait de résolution que judiciaire, la jurisprudence française avait admis d'autres moyens de résoudre un contrat. La clause résolutoire, bien sûr, était admise. Mais en 1999, les juges étaient allés encore plus loin en admettant qu'en dehors ou à côté d'une telle clause, une partie pouvait rompre unilatéralement le contrat, « *à ses risques et périls* », en cas de

(1) C'est la raison pour laquelle le texte fait référence à un risque manifeste d'inexécution – le juge des référés étant le juge de l'apparence, non du fond. Si ce juge est saisi sur contestation du débiteur qui conteste la mise en œuvre de l'article 1222 par son créancier, il doit pouvoir saisir l'évidence du risque de l'inexécution.

manquement grave de l'autre partie à ses obligations⁽¹⁾. Faisant fi de la lettre vieillie de l'ex-article 1184, la Cour de cassation avait donc offert le pouvoir de rompre un contrat⁽²⁾ entre les mains de chaque contractant, en cas de manquement grave de l'autre partie – un comportement inacceptable au regard de l'engagement pris. Le contrôle judiciaire était reporté *a posteriori*, et supposait non plus la demande du créancier mais une contestation de la rupture par le débiteur.

On ne sache pas que le droit libanais ait connu pareille évolution. Toujours est-il que ces jurisprudences françaises n'ont finalement pas connu une grande destinée. Leur application est restée limitée du fait de la faiblesse de la base légale et de l'incertitude entourant le régime – à peine précisé en quinze ans par trois ou quatre arrêts. La réforme du 10 février 2016 a donc pris le parti heureux de donner une base légale et un régime plus complet à ce qu'il faut désormais appeler la résolution par notification. L'article 1226 alinéa 1^{er} du code civil dispose à son sujet que « *Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.* ». L'article 1224 exige par ailleurs une inexécution suffisamment grave⁽³⁾ pour que ce cas de résolution puisse être utilisé, et les alinéas 2, 3 et 4 de l'article 1226 en précisent les formalités ainsi que le droit pour le débiteur de la contester et de saisir le juge⁽⁴⁾. Là est en effet l'effet remarquable de la figure. Dans la résolution judiciaire

(1) Cass. 1^{ère} civ., 13 octobre 1998, *Tocqueville*, 96-21485, *Bull. civ.* I n° 300 : « *La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et cette gravité [...] n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis* ».

(2) Sans employer, d'ailleurs, l'expression de résolution ...

(3) Art. 1224 c. civ. : « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* ». Le critère est donc le même que pour la résolution judiciaire.

(4) « *La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.*

« *Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.*

« *Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution* ».

traditionnelle des droits français et libanais, le créancier victime de l'inexécution supporte le poids de la demande en justice. Dans la résolution unilatérale, la résolution résulte de la notification du créancier, sauf à être contestée par le débiteur : c'est donc une grande faveur faite au créancier – et une protection perdue pour le débiteur, à qui il revient de saisir le juge dans l'espoir qu'il apprécie différemment de son créancier la gravité de son inexécution ... Le voilà concrètement à la merci de son créancier, d'autant que la plus grande incertitude subsiste s'agissant des pouvoirs du juge saisi : pourra-t-il annuler la décision de résolution notifiée par le créancier si cette dernière est infondée (par exemple l'inexécution n'était pas si « grave ») ? Ou devra-t-il s'en accommoder et condamner le créancier ayant fautivement résilié à de dommages-intérêts ? Nul ne le sait, aujourd'hui encore ...

La consécration de la résolution unilatérale par notification depuis l'ordonnance du 10 février 2016 devrait toutefois lui donner une plus grande visibilité pratique. Avec la clause résolutoire, elle est amenée à supplanter la résolution judiciaire que la réforme a aussi maintenue, où le juge tient une place prépondérante ... Le droit français délaisse ainsi clairement la protection du débiteur pour renforcer les pouvoirs du créancier. Si l'on en doutait encore, la création d'un nouveau remède à l'inexécution va permettre de s'en convaincre.

C. La création d'un droit à la réduction du prix

La force obligatoire du contrat implique par principe que l'une des parties ne peut, sauf cas légal ou contractuel, en modifier unilatéralement le contenu. L'exécution partielle du contrat ne devrait donc pas conduire à la réduction du prix par le créancier la subissant. Fort de ce principe, il était considéré qu'une telle réfaction du contrat en cas d'inexécution relevait du droit commercial et à quelques rares exceptions civiles⁽¹⁾. Les juges français et libanais recourent d'ailleurs

(1) Le droit français connaît une exception jurisprudentielle s'agissant des contrats onéreux de prestation de service (il existe un pouvoir judiciaire de révision du prix si ce dernier a été fixé et accepté par le client avant service fait) et connaît également, en droit commercial, la pratique de la réfaction.

depuis longtemps à la responsabilité contractuelle comme expédiant, adaptant les dommages-intérêts au regard de ce qui a été exécuté et a donné satisfaction.

La réforme du 10 février 2016 a renversé cette perspective en introduisant dans le code civil français l'idée qu'en cas d'exécution partielle, le créancier peut préférer s'en satisfaire et devoir un moindre prix plutôt que d'exiger la totalité de la prestation ou une qualité supérieure pour le prix convenu initialement, le cas échéant compensée par des dommages et intérêts. Alors que les solutions traditionnelles (exception d'inexécution, exécution forcée, astreinte) visent à faire en sorte que l'exécution soit conforme à ce qui a été promis, le nouvel article 1223 du code civil permet paradoxalement de faire en sorte que le contrat se conforme à ce qui a été (mal) exécuté ! Les deux alinéas de ce texte concernent les contrats onéreux où un prix est stipulé : ils disposent depuis la modification opérée par la loi de ratification du 20 avril 2018 qu'« *en cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit.*

« Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix ».

Le texte initial de 2016 était particulièrement ambigu et a donc laissé place à deux cas bien distincts. L'alinéa 1^{er} ne régit que l'hypothèse où le prix n'a pas (ou pas totalement) été payé par le créancier de la prestation partiellement exécutée : ce dernier peut alors décider seul de la réduction proportionnelle du prix, après mise en demeure, en notifiant sa décision à son cocontractant défaillant. La loi lui offre donc clairement une nouvelle prérogative unilatérale⁽¹⁾. Tant et si bien que le recours au juge n'est même pas envisagé par le texte ! Il faut espérer

(1) L'exigence d'acceptation écrite du débiteur ne devant vraisemblablement pas être comprise comme un consentement nécessaire à la réduction mais comme une renonciation possible du débiteur au droit de la contester, d'où le formalisme exigé par le texte.

que ce dernier s'estimera compétent si le débiteur de la prestation partiellement exécutée contestait son inexécution, ou la non proportionnalité de la réduction de prix que lui impose le créancier ... Quant à l'alinéa 2, il concerne l'hypothèse où le créancier subissant l'inexécution partielle a déjà payé le prix : le texte lui impose étrangement de solliciter du juge la réduction judiciaire du prix (parmi toutes les sanctions possibles), sans lui accorder le pouvoir unilatéral de réduire le prix.

La réforme a donc accordé au créancier subissant une inexécution partielle et encore redevable du prix envers le débiteur fautif une nouvelle prérogative unilatérale et non des moindres : réduire le prix de la prestation à due proportion de la prestation réalisée – ce qui sera parfois simple (ex. : il manque un produit prévu au devis ; la livraison n'est pas de la quantité prévue), parfois délicat (ex. : la prestation n'est pas jugée de la qualité convenue). Une entorse à la force obligatoire du contrat, pour la bonne cause des intérêts du créancier subissant l'inexécution : les valeurs contractuelles que le droit français partageait avec le droit libanais ont donc bien subi quelques inflexions en France, à l'occasion de la réforme de 2016 !

Globalement, le droit français de l'inexécution du contrat peut inspirer une réforme à son homologue libanais : ce dernier, fort de l'expérience française, pourrait renforcer les droits du créancier subissant l'inexécution sans faire disparaître son attachement à certains principes (rétroactivité de la résolution, exécution forcée en nature), que le droit français a, lui, plus ou moins diminué dans une logique comparatiste européenne. Et l'on se prend alors à espérer que par un juste retour des choses, le Code libanais inspire la future réforme de la responsabilité civile française, qui doit inclure la responsabilité dite « contractuelle ». L'article 252 du Code des obligations et des contrats décrit en effet les dommages et intérêts contractuels « *qui viennent se substituer, faute de mieux, à l'exécution directe de l'engagement* ». En peu de mots, la spécificité des dommages et intérêts contractuels est parfaitement affirmée, le lien qu'ils entretiennent avec l'exécution forcée de la prestation promise est défendu. Exécution forcée, résolution, dommages et intérêts : au levant comme au ponant, les principes contractuels seraient ainsi pleinement partagés.

PREMIÈRE TABLE RONDE
Incidences de la réforme en droit commun

La révision des contrats pour imprévision⁽¹⁾

Isabelle Sérandour

*Professeur à la Faculté de Droit, Economie-Gestion et AES
de l'Université de Bretagne Ouest*

« Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération les temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ». Vous l'avez certainement reconnu, il s'agit là, évidemment, de l'attendu de principe du célèbre arrêt Canal de Craponne rendu en 1876 par la Cour de cassation.

140 ans plus tard, c'est la solution de principe inverse qu'a adoptée le droit français avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime des obligations.

140 ans pendant lesquels le principe est demeuré : le juge n'a jamais été autorisé en droit français à réviser le contrat, quand bien même l'évolution des circonstances ayant présidé à la conclusion du contrat aurait été telle que l'exécution de celui-ci serait devenue ruineuse pour l'une des parties.

Certes, le droit administratif, dans son arrêt Gaz de Bordeaux de 1916, a reconnu l'imprévision en acceptant que le débiteur souffrant de l'évolution des circonstances soit indemnisé. Pour autant, le droit administratif n'a jamais admis la révision pour imprévision : le juge administratif ne s'est jamais permis de modifier la loi des parties.

(1) Le style oral de l'intervention a volontairement été conservé.

De son côté, le juge judiciaire, tout en maintenant le principe, avait admis quelques assouplissements. On peut ainsi évoquer l'arrêt Huard du 3 novembre 1992 dans lequel la chambre commerciale avait considéré qu'« en privant [le distributeur] des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, [le fournisseur] n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi » ou encore l'arrêt « Chevassus-Marche » qui, au nom de l'obligation de loyauté, était venu sanctionner des fournisseurs pour ne pas avoir « pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels, proches de ceux des mêmes produits vendus dans le cadre de [...] ventes parallèles, et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat ». Ces décisions demeuraient toutefois isolées.

Abandonnant ainsi la rigueur de la traditionnelle solution jurisprudentielle en la matière, le nouvel article 1195 du Code civil permettra d'introduire davantage de souplesse lors de l'exécution des contrats s'inscrivant dans la durée et favorisera ainsi, dans un souci de justice contractuelle, le maintien dans le temps de l'équilibre initialement instauré entre les prestations à la charge des parties. Il est d'ailleurs à noter qu'une telle volonté de modernisation du droit français des obligations s'inscrit nettement dans l'air du temps. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux différents projets de réforme du droit des obligations élaborés ces dernières années, tant au plan interne qu'au plan international. Qu'il s'agisse des Principes de droit européen des contrats (art. 6 : 111), des Principes d'Unidroit (art. 6.2.3), de l'*Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, dit *Projet Catala* (art. 1135-1 et s.) ou encore du *Projet de l'Académie des sciences morales et politiques*, dit *Projet Terré* (art. 92), toutes ces propositions et lois modèles militent en faveur d'une adaptation judiciaire du contrat en cas d'imprévision et ce, généralement, en contemplation d'une tentative infructueuse de renégociation du contrat par les parties. En revanche, toutes ces propositions ne sont pas identiques entre elles : certaines sont moins audacieuses que d'autres. Cette gradation dans l'audace se retrouve également entre le projet initial de réforme et le texte définitivement adopté. Si l'article 1196 initialement proposé consacrait une forme de révision pour imprévision timide et mesurée en ce qu'elle était

subordonnée à l'accord des parties, l'article 1195 saute définitivement le pas et consacre une véritable révolution.

Ce texte a vocation à s'appliquer à tous les contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2016. Toutefois, et on l'évoquera dans quelques instants, la loi de ratification est venue modifier quelque peu le champ d'application du texte pour les contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2018.

Très classiquement, je vous propose, pour mieux comprendre la révision des contrats pour imprévision, d'évoquer, en premier lieu, ses conditions ; en second lieu, ses modalités.

I. Les conditions de la révision pour imprévision

Les conditions de la révision pour imprévision sont doubles ; d'une part, les conditions d'applicabilité du texte, d'autre part, ses conditions d'application.

A. Les conditions d'applicabilité.

Pour que l'article 1195 du Code civil, il faut tout d'abord que le contrat concerné entre dans le champ d'application du texte mais également que l'application de ce texte n'ait pas été exclue par les parties.

1) La question est donc d'abord celle de savoir quels sont les contrats concernés par l'article 1195. La réponse est simple : tous les contrats sont *a priori* concernés, exception faite des contrats aléatoires – le contrat d'assurance par exemple – puisque l'aléa chasse l'imprévision. Tous les contrats, c'est-à-dire les contrats à titre onéreux ou gratuit, les contrats synallagmatiques ou unilatéraux, les contrats à exécution successive ou à exécution spontanée.

Ce dernier point mérite d'être précisé. Il faut évidemment que l'exécution soit toujours en cours au moment où se pose la question de l'applicabilité de l'article 1195. Lorsque l'exécution du contrat est

achevée, ce texte ne s'appliquera plus, à défaut d'exécution devenue excessivement onéreuse pour le débiteur. En revanche, lorsque l'exécution est en cours, le contrat, fut-il à exécution instantanée, pourra se voir appliquer l'article 1195. Se posera donc, comme en matière de procédures collectives, la question de la qualification de contrat en cours. Ainsi, une cession de droits sociaux, dont on sait qu'elle peut s'étendre sur plusieurs mois et comporter des clauses de paiement différé ou de complément de prix, entrera, dans le silence de la convention, dans le champ d'application de l'article 1195.

Précisons enfin que la loi de ratification du 20 avril 2018 est venue exclure du champ d'application de l'article 1195 les obligations résultant d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés au I à III de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier. Sont ainsi exclus de l'article 1195 du Code civil : les actions – ordinaires ou de préférence –, les obligations – simples ou composées –, les parts ou actions d'organismes de placement collectif, ainsi que les contrats dont la liste est établie par l'article D. 211-1 A du CMF, c'est-à-dire les options, contrats à terme, contrat d'échange, de taux, etc. À l'inverse, les parts sociales de SARL, SNC ou sociétés civiles sont restées dans le périmètre de l'article 1195 du Code civil. Le motif de cette exclusion est que l'aléa relève de l'essence même des titres émis par des sociétés par actions, aléa difficilement compatible avec le régime de l'imprévision. Mais puisqu'il s'agit d'une disposition substantielle, et non seulement interprétative de la loi, cette exclusion ne concerne que les contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2018. Autrement dit, les contrats conclus entre le 1^{er} octobre 2016 et le 1^{er} octobre 2018 demeurent soumis à l'article 1195.

Voici donc rapidement dessiné le champ d'application de l'article 1195.

2) Mais, quand bien même serait-on dans le champ d'application du texte, encore faudra-t-il que les parties elles-mêmes n'aient pas exclu son application. Le texte précise en effet qu'une partie pourra se prévaloir de l'article 1195, à la condition qu'elle n'ait – je cite – « pas accepté d'en assumer le risque ». De la même manière qu'un débiteur

est autorisé, par l'article 1351, à accepter de supporter le risque de survenance d'un cas de force majeure, il pourra donc accepter de supporter le risque d'imprévision, lequel est moins grave car si l'événement est imprévisible, il n'est pas irrésistible. Ce caractère supplétif du texte apparaît indispensable. Les parties – notamment à un contrat d'affaires – doivent pouvoir anticiper et faire échapper leur contrat à l'insécurité juridique dans laquelle les plongerait une éventuelle révision judiciaire. Précisons toutefois qu'il n'est pas pour autant question de permettre, en pratique, une exclusion de l'article 1195 dans tous les contrats. En effet, lorsque les conditions en seront réunies, la clause bannissant l'application du texte pourra être écartée au motif qu'elle est abusive dans un contrat de consommation, dans un contrat de relation de dépendance commerciale ou dans un contrat d'adhésion.

En dehors de ces hypothèses, l'exclusion de l'article 1195 reste possible. C'est d'ailleurs le caractère supplétif du texte qui a vaincu la résistance des sénateurs, lesquels souhaitaient, lors des débats ayant précédé l'adoption de la loi de ratification, supprimer le pouvoir judiciaire de révision.

Les conditions d'applicabilité du texte précisées, il nous faut maintenant aborder la question de ses conditions d'application.

B. Les conditions d'application

Les nombreuses conditions d'application de la révision pour imprévision peuvent être regroupées en deux séries de conditions : celles relatives à la survenance d'un événement imprévisible, celles tenant à la réaction des parties au contrat.

1) Les conditions relatives à la survenance d'un événement imprévisible.

Il faut tout d'abord un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat. Il faut ensuite que ce changement ait eu pour conséquence d'avoir rendu excessivement onéreuse l'exécution de l'obligation.

a) Un changement de circonstance imprévisible

Le texte vise, largement, un changement de circonstances, sans en préciser le type. Il peut donc s'agir des circonstances naturelles, politiques, économiques, technologiques, juridiques... Il faudra simplement que ce changement de circonstances soit extérieur au débiteur ou à son organisation interne et qu'il ne lui soit pas imputable.

Ce changement de circonstances doit être imprévisible, c'est-à-dire que le débiteur n'aurait jamais consenti à la lumière des circonstances nouvelles. Il reste que le fait que le débiteur n'ait pas prévu ne suffit pas à rendre le changement de circonstances imprévisible. Il faut encore que ce changement ait été impossible à prévoir. C'est dire comme la naïveté du débiteur ne lui permettra pas d'invoquer l'article 1195 puisque l'imprévisibilité s'appréciera *in abstracto* : il faudra qu'une personne raisonnable, normalement diligente, n'ait pas pu prévoir ce changement de circonstances.

Précisons enfin que c'est au moment de la conclusion du contrat que s'apprécie cette imprévisibilité. Il importe peu que le changement de circonstances ait pu être envisagé dès le lendemain de cette conclusion du contrat : au jour de son engagement, le débiteur ne pouvait pas le prévoir.

b) Le changement a rendu excessivement onéreuse l'exécution de l'obligation

La condition posée par le texte est donc exigeante. Il ne suffit pas que le changement imprévisible de circonstances ait rendu l'exécution plus onéreuse, puisqu'alors le débiteur devra en supporter le risque. Il faut que ce surcoût soit excessif. Cette condition apparaît comme une mise en garde du juge par le législateur : le juge devra véritablement caractériser un excès du surcoût de l'exécution engendré par le changement imprévisible de circonstances. Un simple défaut de rentabilité du contrat ne suffira pas.

Mais la question se pose de savoir si cette appréciation devra se faire à l'aune du contrat ou de la personne du débiteur lui-même. Deux approches sont en effet possibles.

Soit le juge examine la situation à l'échelle du seul contrat et doit alors regarder si le contrat est devenu absurdement déficitaire pour l'une des parties, de sorte que l'on se trouve face à une situation économique aberrante.

Soit le juge apprécie l'excessive onérosité au regard de la situation du débiteur, et notamment de la situation économique de son entreprise, de sorte que la condition sera réputée remplie dès qu'il en va de sa survie économique.

L'adoption de cette seconde approche aurait quelque chose de gênant puisqu'elle aboutirait à favoriser l'application de l'article 1195 au profit de cocontractants désargentés au détriment de cocontractants aisés, lesquels peuvent pourtant, à l'échelle d'un contrat, souffrir d'un changement imprévisible de circonstances rendant l'exécution de leur prestation excessivement onéreuse.

La condition relative à l'excessive onérosité de l'exécution soulève une dernière question. Le texte exige que le changement de circonstances rende « l'exécution excessivement onéreuse pour une partie ». Se pose alors la question de savoir si le texte permet d'intégrer l'hypothèse dans laquelle un débiteur souffre de la diminution de valeur de la contrepartie qu'il attend quand bien même le coût de l'exécution de sa propre prestation reste inchangé. On peut alors considérer que le changement imprévisible de circonstances ne rend pas excessivement onéreuse l'exécution de son obligation. Pour autant, le texte n'évoque pas l'exécution de sa propre obligation par le débiteur. Il évoque seulement l'exécution rendue excessivement onéreuse, ce qui devrait permettre d'inclure la diminution de valeur de la contrepartie. C'était d'ailleurs la question posée à la Cour de cassation dans l'arrêt Canal de Craponne. Brisant cette jurisprudence, l'article 1195 devrait trouver à s'appliquer en pareille hypothèse.

2) Les conditions tenant à la réaction des parties.

En cas de changement imprévisible des circonstances ayant rendu l'exécution excessivement onéreuse, le débiteur peut demander la renégociation du contrat au créancier. La précision apparaît inutile tant il est évident qu'une partie à un contrat peut toujours tenter de renégocier.

Se pose en revanche la question de savoir s'il s'agit d'une simple faculté ou d'un droit pour le débiteur. Le débiteur, pour lequel l'exécution est devenue excessivement onéreuse, a-t-il un droit à la renégociation ?

Plusieurs arguments de texte semblent aller dans le sens d'une réponse négative.

Tout d'abord, l'article 1195 dispose que le débiteur « peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant » et non pas demande une renégociation.

Surtout, le texte évoque en son alinéa 2nd l'hypothèse d'un refus ou d'un échec de la renégociation sans l'associer à une quelconque faute du créancier. Le débiteur dispose donc d'une simple faculté de demander la renégociation, que le créancier peut accepter ou non.

Si le créancier accepte de renégocier, il sera évidemment tenu par l'obligation de bonne foi de l'article 1112. De son côté, le texte précise que le débiteur doit continuer à s'exécuter pendant toute la durée de la renégociation. La prudence est en effet de mise. Il faut non seulement éviter que, par opportunité, un débiteur ne se prévale de l'article 1195 pour échapper à son obligation quand bien même il ne se trouverait pas dans une situation d'imprévision. Mais il faut aussi éviter de préjuger de la solution future.

Le réalisme de la condition du maintien de l'exécution laisse néanmoins songeur. Il y a fort à parier que, compte tenu de sa situation, le débiteur ne tienne pas longtemps. Certes, l'alinéa 2nd du texte mentionne l'existence d'un délai raisonnable au terme duquel les parties sont censées trouver un accord. Il reste que la référence au caractère raisonnable du délai tient davantage de l'appréciation du comportement du créancier, plus que du délai pendant lequel le débiteur doit continuer

à s'exécuter. Le temps sera sans aucun doute l'ennemi du débiteur, de sorte qu'on doit se demander quel risque celui-ci court en cas d'inexécution. Le législateur n'a pas fait le choix d'ériger l'inexécution de son obligation par le débiteur comme cause de déchéance de sa faculté de faire jouer l'article 1195. Il y a donc fort à parier que si le créancier actionne l'un des moyens d'actions que le Code civil met à sa disposition en cas d'inexécution contractuelle, le débiteur pourra, en défense, agir pour imprévision.

Envisageons maintenant l'hypothèse dans laquelle le créancier refuse la renégociation. Et il pourrait le faire, pour la simple et bonne raison qu'il pourrait craindre que le juge ne tire prétexte, en cas d'échec de la renégociation, de ce que le créancier avait accepté de renégocier pour considérer que les conditions de l'imprévision étaient réunies. Face à ce risque, le créancier peut donc refuser la renégociation.

En cas de refus mais aussi en cas d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de mettre fin au contrat. La date et les conditions de cette résolution seront fixées par elles. Mais les parties peuvent également demander au juge d'adapter, c'est-à-dire de réviser le contrat. Quoi qu'il en soit, en l'absence d'accord trouvé dans un délai raisonnable, l'une des parties seulement peut demander au juge de réviser le contrat.

Que la demande émane des parties ou d'une entre elles, ma procédure, jusque là, extrajudiciaire bascule alors dans une phase judiciaire.

Il nous faut alors évoquer les modalités de la révision pour imprévision.

II. Les modalités de la révision pour imprévision

Les modalités de la révision pour imprévision soulèvent la question des pouvoirs du juge quant à la décision de réviser d'une part, quant à la teneur de la révision d'autre part.

A. La décision de réviser

Le juge peut être saisi de manière conjointe, par l'accord des parties en vue de l'adaptation du contrat, ou de manière unilatérale, par l'une des parties seulement qui souhaite voir l'imprévision sanctionnée.

Lorsque le juge est saisi par l'accord des parties, il va de soi qu'il ne peut l'être que si les conditions de la révision pour imprévision sont réunies. Dans le cas contraire, nous ne sommes plus dans le cadre de l'article 1195 du Code civil. Jouissant d'un pouvoir a-juridictionnel – le juge ne dit pas le droit –, ce pouvoir est exceptionnel et ne doit pas pouvoir s'extraire du cadre posé par la loi.

Au contraire, lorsque le juge est saisi par l'une des parties seulement, l'action est évidemment contentieuse puisqu'il s'agit de trancher un conflit entre les cocontractants. Mais, encore faut-il rappeler que cette saisie unilatérale du juge n'est autorisée, à la lecture du texte, qu'en cas de refus ou d'échec de la renégociation. Aussi le juge devra-t-il déclarer irrecevable toute action intentée sans que soit justifiée une tentative de renégociation.

Si, précautionneux, le débiteur a tenté la renégociation, la question se pose de la liberté de choix du juge.

Dispose-t-il d'une marge de manœuvre, comme le suggère l'article 1195 en disposant que « le juge *peut*, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». La question se dédouble selon que le juge est saisi d'une demande ayant pour objet l'une seule de ces sanctions ou les deux. Distinguons ces deux hypothèses.

1) Première hypothèse : la demande ne porte que sur la révision ou la résolution.

Il y a, me semble-t-il, une première certitude : le juge ne pourra résoudre le contrat si la révision du contrat lui a été demandée et, inversement, il ne pourra réviser le contrat si sa résolution a été requise. Il résulte en effet du principe dispositif que le juge est lié par les conclusions des parties.

La seconde interrogation que pose cette première hypothèse est de savoir si, saisi d'une demande de révision ou de résolution, le juge doit faire droit à la demande.

S'agissant de la révision du contrat, il m'apparaît difficile de considérer que le juge puisse, d'un côté, admettre que l'exécution du contrat est devenue excessivement onéreuse pour une partie du fait d'un changement imprévisible de circonstances et, de l'autre, refuser la révision demandée.

S'agissant au contraire d'une demande de résolution du contrat, la solution est différente : le juge pourra toujours considérer, conformément à l'article 1224, que l'excessive onérosité n'est pas suffisamment grave pour justifier l'anéantissement du contrat.

2) Seconde hypothèse : la demande porte sur la résolution et la révision.

Saisi d'une telle alternative, le juge doit alors procéder à une appréciation des intérêts de chacune des parties au contrat, mais également des tiers pour faire primer une sanction sur l'autre. Mais, surtout, il me semble que, dans cette hypothèse, le juge sera tenu d'opter pour l'une ou l'autre des sanctions. À tout le moins, il devra accéder à la demande de révision judiciaire. En effet, soit le juge estime que les conditions de la résolution sont réunies et il met fin au contrat. Soit il considère – comme on vient de le voir – que l'excessive onérosité n'est pas suffisamment grave pour justifier la fin du contrat et il devra alors réviser celui-ci.

Reste alors la question de la latitude du juge dans la révision du contrat.

B. La teneur de la révision

La question de la révision du contrat par le juge a cristallisé les critiques car, en droit français, le contrat est analysé comme la loi des parties, de sorte que le juge n'a pas à intervenir dans la définition de son contenu. Et si, lors du vote de la loi de ratification, le Sénat a finalement

consenti au maintien de la révision judiciaire, c'est au motif que le mécanisme n'avait pas d'avenir. Ainsi, devant la commission mixte paritaire, le rapporteur pour le Sénat (M. Pillet) a affirmé, je cite :

« Cet article [...] restera à mon sens, pour ce qui concerne l'intervention du juge dans la révision du contenu du contrat, sans grande application : d'une part, la disposition est supplétive et les parties qui auront la chance de pouvoir bénéficier d'un conseil juridique l'écarteront systématiquement du contrat ; d'autre part, dans le cas où une des parties souhaiterait l'intervention du juge pour réviser le contrat, l'autre partie demandera, inévitablement, une résolution par voie reconventionnelle, et les juges, si l'on en croit ce qui ressort de nos auditions, préféreront prononcer la résolution. L'hypothèse dans laquelle le juge serait saisi par une partie de la possibilité de revoir le contrat restera donc théorique ».

Pour théorique qu'elle soit, la révision n'en demeure pas moins inscrite dans le Code civil, et cela, avec la plus grande latitude qui soit laissée au juge puisqu'il peut « réviser le contrat, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

S'agissant de la date, le juge sera certainement tenté de faire remonter les effets de la révision à la naissance de l'excessive onérosité de l'exécution. Le créancier sera alors tenu de restituer le trop perçu depuis le changement imprévisible des circonstances. Du reste, c'est ce que décide depuis longtemps le juge administratif puisque, s'il se refuse à réviser le contrat, il octroie au débiteur une indemnité couvrant les pertes subies pendant la période de déséquilibre.

S'agissant de la nature des mesures prises, le juge sera là encore tenu par le principe dispositif et ne devrait pas pouvoir ordonner des mesures qui n'ont pas été mises dans le débat. Quelles seront ces mesures ? Il pourra s'agir d'une révision du prix évidemment, et plus généralement d'une révision des quotités des prestations échangées, mais aussi d'une diminution de la durée du contrat ou encore des délais de révision.

En revanche, on voit mal comment le juge pourrait modifier la teneur des obligations souscrites par les parties. Son pouvoir de révision ne va pas, en principe, jusque la modification de l'objet du contrat.

Si elle a le mérite d'exister, cette limite ne doit pas occulter l'insécurité juridique dans laquelle se trouvent désormais tous les cocontractants qui ont négligé la stipulation d'une clause excluant l'application de l'article 1195. C'est qu'en effet, les juges pourraient se montrer beaucoup plus audacieux en pratique qu'on ne l'a envisagé. Et en guise de conclusion, je souhaiterais vous le montrer en évoquant la première application jurisprudentielle à ma connaissance de l'article 1195.

En l'espèce, une société avait cédé à une autre son fonds de commerce de boulangerie, moyennant un prix de vente de 200 000 € dont 10 000 € devaient être réglés le jour de la signature, tandis que les 190 000 € restant feraient l'objet de 36 billets à ordre payables le 10 de chaque mois. Deux semaines après la signature de cet acte, la venderesse fit part de sa volonté « d'annuler la vente », ce que l'acquéreur refusa. Au jour conventionnellement prévu, la société cédante refusa de quitter les lieux et ne s'y résolut qu'après une condamnation en référé. Quelques mois plus tard, prétendant que la société cessionnaire n'avait pas respecté ses obligations de paiement, la société cédante l'assigna en paiement pour un montant d'environ 20 000 €. Le cessionnaire a alors fait valoir que ses retards de paiement étaient dus au fait que la société cédante n'avait quitté les lieux que tardivement et a demandé au tribunal une révision du contrat consistant à décaler d'un mois la date de paiement du premier billet à ordre.

Contre toute attente, le tribunal de commerce d'Evry a fait droit à cette demande. Motif a été pris de ce que le président de la société cessionnaire comptait emménager dès le 1^{er} février dans le logement accessoire au fonds, qu'il avait inscrit ses enfants à une nouvelle école et que la libération des lieux avait été effectuée avec plus d'un mois de retard, nécessitant même une assignation en référé et une décision de justice. Estimant « que ce changement non prévu au contrat en a[vait] rendu l'exécution excessivement onéreuse pour la société », le tribunal a décalé d'un mois la date de paiement du premier billet à ordre.

Cette décision est évidemment critiquable. Les conditions d'application de l'article 1195 n'étaient évidemment pas remplies en

l'espèce puisque, non seulement, il n'y avait eu aucune tentative de négociation, mais surtout, il ne s'agissait, finalement, que d'un problème d'inexécution auquel il aurait dû être remédié en faisant appel à l'un des mécanismes évoqués à l'article 1217.

Cette décision ne vient évidemment pas de la Cour de cassation mais du Tribunal de commerce d'Evry. Ne lui accordons donc une portée qu'elle ne mérite pas. Il n'empêche... Cela va au-delà de tout ce que l'on avait pu craindre.

PREMIÈRE TABLE RONDE
Incidences de la réforme en droit commun

**LA THEORIE DE L'IMPREVISION EN DROIT
LIBANAIS**

Carole NAJM-MAKHLOUF

*Maître de Conférences à la Filière Francophone de Droit de
l'Université Libanaise*

La théorie de l'imprévision a fait couler beaucoup d'encre en droit libanais, notamment suite à la dépréciation monétaire que le Liban a connue dans les années 1980. Il est vrai que la théorie de l'imprévision ne se résume pas à ce cas de figure, puisqu'elle concerne tout changement des circonstances à la lumière desquelles le contrat a été conclu⁽¹⁾. Nous allons néanmoins nous concentrer sur la question de l'imprévision suite à la dépréciation de la monnaie, qui s'est posée de manière très aigüe dans notre pays.

En effet, la livre libanaise a accusé une chute vertigineuse et son cours est tombé de 4.5 livres pour un dollar à 500 livres en 1988. Elle se stabilise enfin en 1990 (au niveau de 1500 livres pour un dollar). Le Liban, appelé avant la guerre de 1975 la Suisse de l'Orient, sort alors de quinze ans de guerre.

Cette dépréciation monétaire a entraîné un grand déséquilibre entre les prestations contractuelles dans les contrats de durée (contrat à exécution successive mais aussi vente à crédit). Elle a rendu l'exécution du contrat beaucoup plus onéreuse pour l'une des parties. Le créancier d'une somme d'argent, se voyant remettre, en contrepartie de sa prestation une somme modique.

(1) Théorie en vertu de laquelle le juge doit rétablir l'équilibre d'un contrat dont les conditions d'exécution ont été gravement modifiées au détriment de l'une des parties, à la suite d'événements raisonnablement imprévisibles lors de la conclusion de la convention. Il ne s'agit pas donc pas d'un cas de force majeure.

L'adage de Fouillée « qui dit contractuel dit juste », n'était malheureusement plus de mise.

Les créanciers malheureux, parfois ruinés, saisirent alors les tribunaux libanais, leur demandant de rééquilibrer le contrat, prônant les principes d'équité, de justice et de bonne foi.

Face à l'absence d'un texte de portée générale se prononçant ou non sur l'admission de la théorie de l'imprévision, le juge libanais, fidèle au principe de la force obligatoire du contrat, rejeta cette théorie.

Pourtant, dans un contexte juridique régional et européen favorable à la théorie de l'imprévision, notamment après la réforme du droit des contrats et la réception de la théorie de l'imprévision en droit français, le juge libanais restera-t-il retranché dans sa position?

La question est d'importance puisqu'elle met en jeu les impératifs de la stabilité contractuelle et la sécurité des transactions, d'une part et ceux de la justice contractuelle, d'autre part.

Jusqu'à présent, le juge libanais a privilégié le premier impératif, en rejetant la théorie de l'imprévision (I), cependant, plusieurs facteurs seraient susceptibles de l'amener à infléchir sa position (II).

I- Le rejet de la théorie de l'imprévision par le juge libanais

Le Liban, qui a été le berceau de l'une des plus grandes écoles de droit romain, a adopté le système romano-germanique. La loi est donc la principale source de droit et le juge a pour mission de l'appliquer.

Le juge rejette la théorie de l'imprévision depuis 1928 en se fondant sur le principe de la force obligatoire du contrat⁽¹⁾ consacré par la loi (A), et sur l'absence de texte spécial lui permettant de réviser le contrat en cas d'imprévision (B).

(1) Cass. lib., 31 mai 1928, *Gaz. Trib.Lib. Syr.*, 4e année, 1929, no 8 et 9, p. 159.

A- Le principe de la force obligatoire du contrat

Rédigé en 1932 sous le mandat français par Josserand et une commission composée de juristes libanais⁽¹⁾, le Code des obligations et des contrats libanais est fortement inspiré du droit français.

L'esprit du code est individualiste, il consacre le principe de l'autonomie de la volonté et ses corollaires, la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat.

L'article 166 du COC consacre le principe de la liberté contractuelle

Mais c'est surtout l'article 221 qui consacre, à son alinéa 1, la force obligatoire du contrat en disposant que: « Les conventions régulièrement formées obligent ceux qui y ont été parties ».

La force obligatoire des contrats s'impose aussi bien aux parties, qui sont liées par la convention, qu'au juge, qui ne peut pas la modifier.

Les tribunaux libanais ont strictement appliqué ce principe : quelque soient les événements imprévisibles, le juge ne se reconnaît pas le droit de rétablir l'équilibre, sauf en vertu de textes spéciaux qui régissent des situations spécifiques.

La Cour de cassation libanaise a ainsi jugé que :« Le principe selon lequel le contrat est la loi des parties reste appliqué, même en cas de dépréciation de la monnaie nationale, car le législateur libanais n'a pas permis au juge de rééquilibrer les prestations contractuelles, sauf en vertu de textes spéciaux relatifs aux circonstances déterminées et exceptionnelles »⁽²⁾.

Ainsi, le juge libanais reste inflexible : il applique le principe de la force obligatoire des contrats en l'absence d'un texte de loi lui permettant d'y déroger.

Or, dans l'état actuel du droit positif libanais, le juge considère que le législateur ne lui a pas donné expressément le feu vert pour rééquilibrer le contrat en cas d'imprévision.

(1) Cette commission a mis en harmonie les principes nouveaux introduits par le projet avec la législation du pays et les coutumes locales.

(2) Cass. civ. 1, no 120/2001, 29 nov. 2001, *Cassandra 2001*, p. 1232.

B- L'absence d'un texte de loi permettant expressément au juge la révision du contrat pour imprévision

Le législateur libanais n'a pas édicté un texte permettant au juge de réviser le contrat en cas d'imprévision et de déséquilibre des prestations contractuelles. En cas de lésion, la sanction sera la nullité du contrat et non sa révision.

Ainsi, la plupart des règles consacrées par le droit positif libanais ne permettent pas de déduire une règle de rééquilibrage des prestations contractuelles par le juge.

Nous disposons toutefois de certains textes spéciaux qui vont dans ce sens, et spécifiquement, un texte qui remonte au lendemain de la guerre, et qui a donné au juge la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts à la partie de bonne foi en cas de dépréciation monétaire.

1- La loi no 50/1991 du 23 mai 1991 relative à la suspension des délais légaux judiciaires et contractuels

Cette loi prévoit, à son article 5, la possibilité pour le juge de suspendre les délais d'exécution du contrat du fait de la situation sécuritaire. Elle ajoute, à son alinéa 3 que la partie de bonne foi peut obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'elle aurait subi du fait de la dépréciation de la monnaie⁽¹⁾.

Certains juristes ont cru déceler dans cet article une admission de la théorie de l'imprévision au Liban et plusieurs créanciers s'y sont fondés

(1) Art 5:

Il appartient aux tribunaux de décider de suspendre les délais à la lumière de la preuve de l'impossibilité d'exécution des obligations ou de demander l'exécution durant les délais légaux pour des raisons de sécurité ou de lenteur de la justice.

Dans tous les cas, les parties peuvent renoncer avant ou après aux effets de la suspension à condition que leur renonciation soit expresse ou par écrit.

Dans tous les cas, la partie de bonne foi pourra obtenir une indemnité juste à cause du préjudice subi du fait de la dépréciation monétaire.

Une indemnité équitable sera octroyée à la partie de bonne foi du fait des dommages causés par la dépréciation monétaire.

pour demander la révision de leur contrat suite à la dévaluation de la livre libanaise.

Cependant, la Cour de cassation libanaise a maintenu une position de grande prudence, pour ne pas dire de frilosité, refusant de réviser le contrat pour imprévision sur le fondement de l'article 5. Elle en a fait une lecture très stricte, restreignant son champ d'application à un cas bien précis⁽¹⁾: le droit à réparation ne serait ouvert que lorsque le dommage découlant de la dévaluation des cours est le résultat de l'octroi par le juge d'un délai d'exécution supplémentaire à l'une des parties et qu'il y a eu une dépréciation monétaire pendant cette période.

Ainsi, depuis 1991, la Cour de cassation réaffirme le principe de la force obligatoire du contrat, et considère de manière constante⁽²⁾ qu'il n'existe pas en droit libanais de textes qui autorisent le juge à réviser le contrat⁽³⁾.

Dans un arrêt rendu par la chambre civile de la Cour de cassation⁽⁴⁾, le moyen du pourvoi avançait la révision du solde du prix de la vente d'un bien immobilier suite à la dépréciation monétaire et reprochait à l'arrêt attaqué de ne pas avoir pris en considération la dépréciation de la monnaie libanaise survenue entre la date de la conclusion du contrat de vente de l'appartement et la date à laquelle la décision fut rendue et la violation de l'article 5 de la loi no 50/91. La Cour de cassation rejeta sa demande au motif que l'arrêt attaqué a précisé que le dernier alinéa de l'article 5 s'applique aux délais contractuels suspendus par les tribunaux. Elle écarta l'interprétation donnée par le pourvoi en cassation selon laquelle il convient d'appliquer cet article à tous les délais et comme principe général. La Cour de cassation a donc estimé que l'arrêt attaqué a bien appliqué la loi en consacrant le principe selon

(1) Cass. civ. 16/07/91,

(2) Il convient de noter qu'un arrêt- resté isolé à notre connaissance- rendu par la Cour de cassation le 12/10/ 1992, a adopté une interprétation extensive de l'article 5 de la loi no 50/1991. En effet, la Cour de cassation a considéré que l'article 5 de cette loi constitue une consécration par le législateur de la théorie de l'imprévision.

(3) Cass. civ. 29/11/2001

(4) Cass. civ., 1, no 44/2003, 12/06/2003.

lequel le contrat est la loi des parties et en refusant de le modifier suite aux bouleversements économiques et les circonstances exceptionnelles.

Cette position de rejet de la Cour de cassation qui ne s'autorise pas à réviser un contrat en cas de circonstances exceptionnelles sans texte spécial a été consacrée par plusieurs arrêts⁽¹⁾.

2- L'article 4 du nouveau code de procédure civile libanais

L'article 4 NCPC dispose :

« Il est défendu au juge, sous peine d'être poursuivi pour déni de justice :

- 1- De s'abstenir de juger sous prétexte de l'obscurité ou du silence de la loi.
- 2- (..) en cas d'obscurité de la loi, le juge doit l'interpréter dans le sens qui lui donne un effet qui soit conforme avec l'objet du contrat et en harmonie avec les autres textes de loi.
- 3- En l'absence de texte, le juge s'appuie sur les principes généraux, la coutume et l'équité.

Si ce texte permet au juge, en l'absence de texte, de se fonder sur les principes généraux, la coutume et l'équité, on ne peut pas se baser sur cet article pour permettre au juge la révision des contrats⁽²⁾.

La Cour réaffirme le principe de la force obligatoire :du contrat « Attendu que le recours au dernier alinéa de l'article 4 du code de procédure civile reste conditionné par l'absence d'un texte légal régissant le cas soumis au tribunal, condition qui n'est pas vérifiée en l'espèce, dans la mesure que les contrats de prêt et d'hypothèque précisent la relation existante entre les parties qui est régie par des textes

(1) Cass. civ. 1, 28 janvier 2003, *Cassandre*, 2003, p. 23.
Cass. civ., 6 mars 2014, *Cassandre*, 2014, 3, p. 431.

(2) Cour d'Appel de Beyrouth, no 1199/2014 ,

législatifs et spécifiquement l'article 221 alinéa 1 du COC lequel dispose que les contrats légalement formés lient les contractants⁽¹⁾.

En marge de la théorie de l'imprévision, certains créanciers ont tenté de se placer sur le terrain de la cause invoquant l'absence de cause. La Cour de cassation rejette aussi cet argument au motif que l'existence de la cause ne s'apprécie qu'au moment de l'existence du contrat⁽²⁾.

Suite à la réforme du droit français, et la réception de l'imprévision par les pays de la région, et face aux rumeurs d'une possible dépréciation de la livre libanaise stabilisée depuis 1990, le droit libanais va-t-il à son tour, admettre l'imprévision ?

II- L'appel au rééquilibrage du contrat par le juge

Il nous semble qu'un certain nombre d'arguments militent en faveur d'une admission de la théorie de l'imprévision en droit libanais (A), ce qui nous conduira à envisager les infléchissements possibles de la solution actuelle (B).

A-Arguments en faveur de l'admission de la théorie de l'imprévision

Un courant doctrinal très actif milite pour l'admission d'une révision judiciaire du contrat en cas d'imprévision.

- Monsieur le doyen Favez Hage-Chahine considère que « le code libanais porte cependant les germes d'un pouvoir modérateur permettant au juge de rééquilibrer le contrat comme l'article 221 alinéa 2 qui dispose que le contrat doit être exécuté conformément

(1) Cass. civ. 1, 28 janvier 2003, précité et, dans le même sens Cass. civ., 6 mars 2014, Cassandre 2014, 3, p. 431.

(2) Ainsi dans une affaire impliquant un contrat prorogé, le créancier faisait valoir que, du fait de la prorogation du contrat, sa créance était devenue presque inexistante, à cause de la dévaluation de la monnaie, et que son obligation est, de ce fait, devenue sans cause).

Cass. civ. 1re, no 133/2003, 4 déc. 2003, Cassandre 2003, p. 17

à la bonne foi et à l'équité, l'article 241, alinéa 3, l'article 266 et l'article 300 »⁽¹⁾.

- L'article 221 dispose, à son alinéa 2 que : « Elles (les conventions) doivent être comprises, interprétées et exécutées conformément à la bonne foi, à l'équité et aux usages »⁽²⁾.

Monsieur la Président Sami Mansour, a prôné la révision par le juge du contrat pour imprévision, dans son ouvrage⁽³⁾ en 1987, après que la dépréciation de la livre libanaise ait atteint 1/500.

Il a considéré que la stabilité contractuelle ne se réalise pas dans le maintien d'un contrat sans modification malgré son déséquilibre car le débiteur désavantagé par l'exécution du contrat préférera encourir la responsabilité contractuelle plutôt que de l'exécuter (qui sera moins coûteuse car elle se limitera aux dommages prévus lors de la conclusion du contrat). Le créancier demandera alors la résiliation du contrat face à la non exécution de celui-ci par le débiteur.

Mansour a ensuite réfuté les arguments juridiques avancés pour refuser la théorie de l'imprévision.

Il considère que le principe de bonne foi, principe général, fonde la révision du contrat pour imprévision.

- Le terrain de la cause : certains auteurs se sont placés sur le terrain de la cause en estimant que la cause doit exister tout au long de la vie du contrat.
- A la lumière de l'état actuel du droit positif libanais, nous nous permettons d'avancer quelques propositions

(1) Favez HAGE CHAHINE, *Comment la réforme sera-t-elle accueillie au Liban et dans les pays arabes ?* travaux du colloque de l'USEK 2017.

(2) Equivalant à l'ancien art. 1134, al 3, devenu l'article 1104, « Elles doivent être exécutées de bonne foi. Ancien article 1135 du code civil devenu article 1104 » Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

(3) Sami Mansour, 1987, *عنصر الثبات و عامل التغيير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني، بيروت*.

B-Propositions

Nous pouvons envisager un assouplissement de la position de la jurisprudence de deux manières :

- Soit le juge, en cas de dépréciation monétaire, modifie l'interprétation de l'article 5 et élargit son champ d'application à tous les cas de dépréciation monétaire. Il convient d'appliquer cet article de manière générale à tous les délais dans l'exécution du contrat ayant abouti à un déséquilibre contractuel.
- Soit, indépendamment de cela, de manière générale en se fondant sur l'obligation de bonne foi qui conduira à atténuer l'intensité de la force obligatoire du contrat.

On serait favorable à une jurisprudence plus audacieuse mais avec un encadrement afin d'éviter l'arbitraire du juge.

Faut-il, au-delà, appeler à une réforme législative ?

Dans ce cas, le législateur donnerait le feu vert au juge pour modifier le contrat en cas de déséquilibre contractuel causé par un bouleversement des circonstances ayant présidé à la conclusion du contrat.

Monsieur le Doyen Favez Hage Chahine considère qu'il serait souhaitable d'ajouter une disposition analogue à celle de l'article 1195 du nouveau code ou à celle de l'article 147 alinéa 2 du code Egyptien.

Mais dans ce cas, jusqu'où ira cette modification ? Le droit français n'a pas mis de limites à l'intervention du juge. Celui-ci va-t-il s'auto-limiter ? Il est encore tôt pour le savoir.

Une telle réforme ne serait pas fantaisiste. Cette solution est d'ailleurs retenue de manière très large en droit comparé dans les pays arabes : pays arabes, pays européens et récemment par le droit français (art. 1195 C. Civ.)⁽¹⁾.

(1) Ce texte, qui admet la révision du contrat pour cause d'imprévision, prévoit 3 étapes.

1ere étape : le débiteur de l'obligation, devenue excessivement onéreuse, peut demander la renégociation du contrat à son cocontractant

La révision du contrat est en effet permise, en cas de circonstances exceptionnelles rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour l'une des parties dans le Code civil algérien (art. 107 al. 3), le code syrien (art. 148. al. 2), le code égyptien, le code libyen et le code koweïtien.

Dans tous les cas prévus par ces codes, la révision du contrat pour cause d'imprévision consiste en une seule étape qui est la saisine du juge par l'une des parties afin de procéder à l'adaptation du contrat. Le juge a alors le pouvoir de modifier le contrat. Il n'a pas le pouvoir d'y mettre fin, en dehors d'un texte ou à défaut de l'accord des parties⁽¹⁾.

D'après le Professeur Frayez Hage Chahine, ce texte sera favorablement accueilli dans les pays arabes qui accordent exceptionnellement au juge le pouvoir de rééquilibrer le contrat dont l'exécution est devenue exceptionnellement onéreuse à la suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité.

La révision du contrat par le juge est permise, en cas de circonstances exceptionnelles rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour l'une des parties dans le Code civil algérien (art.107 al.3), le code syrien (art. 148 al.2), le code égyptien (art. 147 alinéa 2), le code libyen et le code koweïtien.

Dans tous les cas prévus par ces codes, la révision du contrat pour cause d'imprévision passe par une seule étape qui est la saisine du juge par le débiteur afin de procéder à l'adaptation du contrat. Le juge a le pouvoir de modifier l'obligation devenue excessive. Il n'a pas le pouvoir de mettre fin au contrat, en dehors d'un texte ou à défaut de l'accord des parties.

Dans l'attente d'un infléchissement de la position du juge ou d'une réforme législative, on ne saurait trop conseiller aux parties d'insérer dans leur contrat des clauses de renégociation par lesquelles les parties

2e étape : A défaut de négociation, les parties peuvent convenir de la résolution ou de demander de commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat.\

3e étape, A défaut de cet accord, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin.

(1) V. FAYEZ HAGE CHAHINE, art. précité.

s'obligent à négocier de nouveau le contrat si les données essentielles à son équilibre viennent à être modifiées, comme par exemple, la clause de Hardship, nommée clause de sauvegarde ou la clause de benchmarking qui, dans les contrats de service, permet de comparer et d'ajuster les prix avec ceux du prestataire du service.

Les contractants, surtout dans les contrats d'affaires de longue durée, doivent se responsabiliser et ne pas toujours compter sur la clémence du juge, car contracter c'est prévoir.

PREMIÈRE TABLE RONDE
Incidences de la réforme en droit commun

**L'Arbitrabilité des litiges du droit de la
consommation en droit français et libanais**

Ahmad Ichrakieh

« La partie faible et l'arbitrage forment a priori un couple mal assorti »⁽¹⁾ signifie que l'arbitrage étant un moyen de résolution des litiges économiquement importants, est à éviter dans les relations entre une partie forte (un professionnel) et une partie faible (le consommateur)⁽²⁾

Il est évident que les relations entre professionnel et consommateur sont des relations contractuelles déséquilibrées, le contrat de consommation est un contrat déséquilibré. De ce fait, il se distingue par rapport aux autres contrats qui supposent deux parties équivalentes. Le recours à des législations spécifiques est donc justifié⁽³⁾. Le contrat de consommation est un contrat hybride qui peut porter sur des objets diversifiés tels que, la vente, le bail, l'assurance et des services multiples. Par conséquent, il est difficile de le définir d'une manière propre, en effet il est défini comme contrat de consommation du seul fait qu'il réunit un professionnel et un consommateur.

Le consommateur selon la loi libanaise sur la protection des consommateurs, est toute personne physique ou morale qui achète ou utilise un bien, un service quelconque ou un produit à des fins qui ne sont pas liées directement à son activité professionnelle.

(1) S. Bollé ; « *le faible et l'arbitrage*, par M. de Fontmichel, préf. Th. Clay, *Economica*, 2013 », *Cahiers de l'arbitrage*, 2013, n 4, p. 1163.

(2) H. MOTULSKY, « *L'arbitrage dans les conflits du travail* », *Ecrits-Etudes et notes sur l'arbitrage*, 1974, p. 113.

(3) Ph. MALINVAUD, *Manuel des droits des obligations*, Litec, 10ème Ed., 2007, p. 146.

Le professionnel est toute personne physique ou morale, du secteur privé ou publique, qui exerce pour son compte ou pour le compte d'autrui, une activité quelconque telle que la distribution, la vente, la location des biens ou la prestation de service⁽¹⁾.

Par ailleurs, le contrat de consommation est le contrat qui réunit un professionnel en position de force en raison de ces connaissances techniques et de ces capacités financières développées, à un consommateur⁽²⁾.

En général, le contrat de consommation est un contrat d'adhésion, dont le consommateur ne possède que la faculté d'accepter ou de refuser un contrat préétabli par un professionnel dans l'intérêt de ce dernier. En effet, le consentement donné par le consommateur n'est pas toujours éclairé.

L'arbitrage comme mode extrajudiciaire de résolution des litiges ne cesse de prouver son efficacité, grâce à sa rapidité, sa malléabilité et sa confidentialité. Son efficacité prouvée lui a permis de franchir les frontières du commercial vers les litiges du droit privé.

Actuellement, la majorité des entreprises introduisent dans leurs contrats les liant aux consommateurs des clauses compromissaires pour résoudre les litiges susceptibles de naître de ce type de contrat⁽³⁾.

Le code de la consommation française considère que la clause compromissoire insérée dans un contrat de consommation n'est plus irréfragablement abusive, il constitue une simple présomption d'abus de la part du professionnel, et il incombe à ce dernier de prouver le contraire. En effet, le législateur français classe la clause compromissoire dans la liste grise des clauses abusives⁽⁴⁾.

Récemment, le code civil a subi deux réformes consécutives, la dernière en date remonte à 2016.

(1) Art. 2, de la loi 659/2005 sur la protection du consommateur du 4 février 2005.

(2) Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Armand Colin, 2005, n172.

(3) E. LOQUIN, « *Arbitrabilité et protection des parties faibles* », DIP, 2006, p. 136.

(4) Décret n°2016-884 du 29 juin 2016

Cette dernière réforme intitulée « la modernisation de la justice pour la XXIème siècle » J21⁽¹⁾, a tranché la polémique sur la validité de la clause compromissoire dans les contrats de consommation, la polémique désormais touche un autre point litigieux concernant l'inopposabilité de cette clause par rapport au consommateur.

Aussi faut-il dire que le législateur français demeure confus sur le sujet : d'une part, il ne cesse d'élargir le champ de l'arbitrage et d'autre part, soucieux de la protection du consommateur, il se montre hésitant à admettre définitivement l'arbitrage comme moyen de résolution des litiges issues du contrat de consommation.

Selon l'article 2061 du code civil français, il est désormais possible de recourir à l'arbitrage entre consommateur et professionnel à condition que le consommateur réitère son consentement une fois le litige né, et que la clause compromissoire ne soit pas rédigée d'une manière privant ce dernier de son droit de saisir la juridiction étatique.

Dans l'esprit de la protection de la partie faible, le nouvel article 2061 dans son 2^{ème} alinéa dispose que, celui qui s'engage en dehors de son activité professionnelle (le consommateur) dispose d'un réel droit d'option de choisir entre la juridiction étatique et l'arbitrage.

D'ailleurs, ces réformes successives montrent l'hésitation du législateur français quant à admettre l'arbitrage comme un moyen préférable pour résoudre les litiges du droit de la consommation.

Par contre, en droit libanais, à part la loi sur la protection des consommateurs⁽²⁾, il n'existe aucun texte interdisant le recours à l'arbitrage en matière de consommation.

La loi libanaise sur la protection des consommateurs est contradictoire, car, d'une part, elle a instauré la création des commissions spécialisées dotées d'une compétence exclusive pour résoudre les litiges qui sont susceptibles de naître de l'application ou l'interprétation de cette loi et d'autre part, elle a donné au consommateur le droit de saisir la juridiction pour être dédommagé des

(1) La loi n 2016-1574 du 18 novembre 2016 – art. 11

(2) La loi n° 659/2005 « la protection du consommateur » du 4 février 2005.

préjudices résultant du contrat de consommation et dans son article 26 sur les clauses abusives, dans l'alinéa 8, elle considère comme abusive la clause qui supprime ou entrave le droit du consommateur de recourir à l'arbitrage.

De plus, jusqu'à présent, les tribunaux libanais n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur le sujet.

Cette confusion législative par rapport à l'arbitrabilité des litiges du droit de la consommation en droit libanais et à la lumière de la dernière réforme du code civil français, nous permet de nous interroger sur la possibilité de recourir à l'arbitrage pour résoudre les litiges du contrat de consommation.

Cet article portera essentiellement sur la dernière réforme de l'article 2061 du code civil français et son incidence sur les dispositifs protecteurs du code de la consommation française d'une part, et sur la loi libanaise sur la protection du consommateur d'autre part, afin de nous interroger successivement sur l'arbitrabilité des litiges de la consommation en droit français et en droit libanais.

- I. L'arbitrabilité des litiges de la consommation dans l'arbitrage interne régi par les principes généraux du droit positif français et libanais.
- II. L'arbitrabilité des litiges de la consommation suivant les dispositifs protecteurs du consommateur en droit français et libanais.

I. L'arbitrabilité des litiges de la consommation dans l'arbitrage interne régi par les principes généraux du droit positif français et libanais.

Le terme arbitrabilité, signifie l'aptitude d'un litige à faire l'objet d'un arbitrage⁽¹⁾, il suppose de soustraire aux juridictions étatiques

(1) P. LEVEL, « *L'arbitrabilité* », *Rev. Arb.*, 1992, p. 213.

certaines litiges, soit par la volonté des parties, soit par une règle de droit⁽¹⁾.

La convention d'arbitrage en droit français et libanais peuvent prendre la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. Cette étude portera essentiellement sur l'efficacité de la clause compromissoire dans les contrats de consommation, sachant que la dernière réforme du code civil 18 novembre 2016 porte exclusivement sur la clause, les solutions concernant le compromis seront traitées à fur et à mesure de la rédaction.

L'article 1442 CPC français⁽²⁾ définit la clause compromissoire et le compromis tels que, la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.

L'efficacité de la clause compromissoire en matière du droit de la consommation dépend des articles 2059, 2060 et 2061 du code civil français⁽³⁾ et des articles L212-1 et R212-2-10⁽⁴⁾ du code de la consommation française et des articles 762 CPC⁽⁵⁾ libanais et 1037 COC libanais⁽⁶⁾ ainsi que l'article 26 de la loi libanaise sur la protection du consommateur.

La réforme du code civil français est partielle, et il est regrettable que la réforme n'ait pas touché aux articles 2059 et 2060 C.civ.

Nous trouvons des définitions identiques en droit libanais à l'article 762 et 765 CPC. Le champ d'application de la clause compromissoire

(1) N. COIPEL-CORDONNIER, *les conditions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, L.G.D.J., 1999, p. 237.

(2) Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011- art. 2.

(3) Code Civil,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

(4) Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2, Décret n°2016-884 du 29 juin 2016 .

(5) Le code des procédures civiles libanaises du 6 octobre 1983, JOR n°40, p. 3.

(6) Le code des obligations et des contrats du 9 Mars 1932

en droit libanais englobe les contrats civils, commerciaux et administratifs, à condition que l'objet de ses contrats soit transigible Art. 1073 COC.

Cependant, il n'existe en droit libanais aucun article précis traitant la validité de la clause compromissoire à l'égard de l'article 2061 C.civ. Français. D'où l'intérêt d'analyser les textes généraux en matière d'arbitrage, tel que les articles 762 CPC et l'article 1073 COC

Les solutions en droit français et libanais seront traitées successivement.

A. La solution en droit français

1. La clause compromissoire en droit français, de la nullité à l'inopposabilité

Article 2061⁽¹⁾, modifié par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 11 dispose :

La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée.

Selon cet article, le législateur français est passé de la nullité relative de la clause compromissoire dans les contrats liant un professionnel à un particulier « consommateur » à la validité de cette clause dans tous les contrats, sans qu'il soit possible de l'imposer à un particulier qui contracte en dehors de son activité professionnelle.

Après des années de méfiance envers l'arbitrage, le législateur français finit par admettre la validité de la clause compromissoire dans tous les contrats, mais il demeure hésitant quant à l'admettre en tant que moyen de résolution des litiges dans les contrats de consommation.

(1) La loi n 2016-1574 du 18 novembre 2016 – art. 11

En effet, la clause compromissoire est valide mais inopposable au consommateur.

a) L'évolution de la solution

Cette préoccupation de protéger la partie faible dans le contrat trouve son origine dans le célèbre arrêt Prunier 1843⁽¹⁾. En effet, la cour de cassation a annulé une clause compromissoire dans un contrat d'adhésion. La crainte pour la Cour se traduisait par le motif que l'insertion de clauses compromissoires dans des contrats d'adhésion ne se généralise et n'aboutisse à imposer le recours à l'arbitrage à des personnes en position de faiblesse qui ne l'auraient pas nécessairement voulu.

Si « l'on validait dans le cas d'assurances contre l'incendie la simple convention ou clause compromissoire, il faudrait reconnaître et consacrer sa validité dans tous les contrats lors desquels on aurait consenti, en cas d'inexécution ou de difficultés dans l'exécution, se soumettre à des arbitres non désignés Et que l'on serait privé des garanties que présentent les tribunaux...L'obligation de nommer des arbitres lors du compromis a pour but d'éviter les incidents et les procès sur la composition d'un tribunal arbitral, et principalement de mettre les citoyens en garde contre leur propre irréflexion, qui les porterait à souscrire avec trop de légèreté et d'imprévoyances à des arbitres futurs, sans être certains d'avoir pour juges volontaires des personnes capables et dignes de confiance »⁽²⁾.

Selon le professeur JARROSSON « on trouve dans ces motifs une préfiguration du droit de la consommation, de la nécessité de protéger le consommateur contre le professionnel, de ne pas faire de l'arbitrage une nouvelle arme du fort contre le faible, du spécialiste contre le profane »⁽³⁾.

(1) Cass. Civ., 10 juillet 1843, note Devilleneuve, Concl. Hello ; D. 1843. 1. 343, Rev. Arb. 1992, p. 399.

(2) Cass. Civ., 10 juillet 1843.

(3) S. Bollé ; « *le faible et l'arbitrage, par M. de Fontmichel, préf. Th. Clay, Economica, 2013* », *Cahiers de l'arbitrage*, 2013, n 4, p. 1163.

Ce n'est que plus tard que le législateur français s'occupera du sort de la clause compromissoire en matière civile en consacrant, par la loi du 5 juillet 1972, l'article 2061 du code civil, lequel disposait que « la clause compromissoire est nulle, s'il n'est pas disposé autrement par la loi »⁽¹⁾.

Unaniment critiqué par la doctrine, l'article 2061 finit par être modifié par la loi du 15 mai 2001 NRE : selon cette réforme l'article disposait que « sous réserves des dispositions législatives particulière, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raisons d'une activité professionnelle »⁽²⁾.

La loi 2016-1547 du 18 novembre 2016 de « modernisation de la justice pour le XXIème siècle, J21 »⁽³⁾, marque une nouvelle étape dans la confiance faite envers l'arbitrage interne en mettant fin à la nullité des clauses compromissoires.

Cette loi 2016-1547 a pour but d'encourager les modes alternatifs de règlement des différends, sa principale innovation concernant l'arbitrage consiste dans la réforme de l'article 2061 du code civil.

b) La réforme de l'article 2061 C.civ.

Avec cette réforme, la clause compromissoire est passée de la nullité à la validité

Le premier alinéa de cet article consacre la nécessité d'acceptation de la clause compromissoire par la partie atraite à l'arbitrage

Le second prévoit l'inopposabilité de la clause compromissoire à la partie qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle.

De ce fait, cet article pose deux conditions pour l'efficacité de la clause compromissoire dans les contrats dont l'une des parties est une partie faible «consommateur»

(1) Ancien Article 2061 du 16 septembre 1972

(2) Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 – art. 126 JORF 16 mai 2001.

(3) La loi 1547-2016 sur la modernisation de la justice pour la 21ème siècle, J21, du 18 novembre 2016.

- 1) l'acceptation
- 2) l'inopposabilité à la partie faible

- 1) L'acceptation

Désormais, le régime de la clause compromissoire se place sur le terrain de l'acceptation et non plus sur sa validité. La clause compromissoire bénéficie dorénavant d'un principe de validité. En effet, elle est valable dès que les parties l'ont voulu.

La notion de l'acceptation selon l'article 1118 C.civ. est la manifestation de la volonté du contractant, et l'article 1113 C.civ. rajoute que cette manifestation de volonté peut prendre la forme d'une déclaration expresse ou d'un simple comportement équivoque de la part de son auteur, de ce fait l'acceptation peut être expresse ou tacite⁽¹⁾.

Il est regrettable que le texte utilise le terme « acceptation », il aurait été préférable de le remplacer par le « consentement ».

Tous les contrats civils peuvent recevoir une clause compromissoire. Dès lors qu'elle a été acceptée, la clause compromissoire peut être insérée dans tous les contrats, sous la condition que les parties aient « la libre disposition des droits » suivant l'article 2059 C.Civ.

- 2) L'inopposabilité de la clause compromissoire à la partie qui a contracté dans le cadre de son activité professionnelle

Le second alinéa du nouvel article 2061 dispose : « lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ».

Cet alinéa étend le champ de l'arbitrabilité, il consacre le principe de la validité de la clause compromissoire dans les contrats entre un professionnel et une partie faible. Avant cette réforme, le recours à

(1) Ch. Jarrosson et J.-B. Racine, « *les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi modernisation de la justice du XXI^e siècle* », *Revue de l'arbitrage* 2016, v. 4, p. 1007.

l'arbitrage dans ce type de contrat était possible par un compromis conclu après la naissance du litige⁽¹⁾. Désormais, le recours à l'arbitrage est devenu possible par une clause comme par un compromis d'arbitrage.

Ce second alinéa offre une véritable option à la partie qui contracte en dehors du cadre de son activité professionnelle, de choisir librement entre le recours à l'arbitrage ou aux juridictions étatiques pour tout litige susceptible de naître de son contrat⁽²⁾. Le législateur finit donc par admettre la solution adoptée par la jurisprudence en matière des litiges du contrat de travail individuel. La jurisprudence a validé la clause compromissoire dans le contrat de travail international, tout en la rendant inopposable au salarié s'il préférerait finalement le juge étatique⁽³⁾. La règle a ensuite été étendue au contrat de travail interne⁽⁴⁾.

Cette notion de « Contracter en dehors du cadre de son activité professionnelle » désigne différentes parties, notamment le consommateur, il incombe au tribunal de déterminer si la partie qui invoque cette exception d'inopposabilité a contracté en dehors du cadre de son activité professionnelle ou non⁽⁵⁾.

Dès lors, il convient de déterminer à quel moment cette nouvelle exception doit être invoquée, et si la partie faible peut y renoncer au moment de la conclusion du contrat. Ces questions n'ont pas été éclairées par la nouvelle réforme. Selon un premier avis, cette inopposabilité doit être invoquée dès la naissance du litige et avant que le professionnel ou le consommateur n'ait consenti à la procédurale

(1) M. Boucaron-Nardetto, « *la réforme de l'article 2061 du code civil français* », Arbitrage, vol. X, n 1, 2017, p. 113, ISSN 1888-5373.

(2) **J.-J. Thulliez**, « *la refonte de l'art 2061 C.Civ. par la Loi Justice du 21ème siècle* », la chambre de médiation, de conciliation et d'arbitrage en Occitanie, lettre n 3, novembre 2017, www.arbitrage-toulouse.com/actualite-de-la-chambre/articles-de-la-lettre/25-refonte-art-2061-c-civ-par-la-loi-justice-du-21eme-siecle.html

(3) Cass. Soc., 16 février 1999.

(4) Cass. Soc., 30 novembre 2011

(5) Civ. 1re, 20 déc. 2017, n° 16-21.425, JCP 2018. 312, note P. Casson ; Th. Clay, « *Arbitrages et modes alternatifs de règlement de litiges* », *Recueil Dalloz* 2018 p.2448 ; B. Mallet-Bricout, « *Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi « Justice du XXIe siècle : un nouveau souffle* », *RTD Civ.* 2017 p.221.

arbitrale, en désignant son arbitre sans réserve, faute de quoi, elle ne pourra plus s'en prévaloir en cours d'instance⁽¹⁾. Selon un autre avis, à l'égard de la nullité relative de l'ancien article, cette exception peut être invoquée à tout moment en cours d'instance, ce qui conférerait une portée maximale à l'option offerte par le nouvel article 2061⁽²⁾.

Quant à la deuxième question, la partie ne peut renoncer à un droit que lorsqu'il est acquis, ce qui correspond au moment de la naissance. Car à ce moment-là, la partie faible le fait en connaissance de cause.

Finalement, il revient au juge saisi sur l'affaire de statuer sur le bien-fondé de l'exception d'inopposabilité invoquée, ainsi que sur la renonciation à ce droit⁽³⁾.

2. L'Articulation du nouvel article 2061 avec les articles 2059 et 2060 du code civil.

Les principes qui gouvernent l'arbitrabilité des litiges en droit français sont posés par les articles 2059 et 2060 C.civ.

Aux termes de l'article 2059 C.civ. « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ». En effet, pour compromettre, il faut avoir la libre disposition des droits en litige. Ainsi, soumettre le litige à l'arbitrage est une des manières de disposer de ses droits⁽⁴⁾. Selon un auteur, « un droit est disponible lorsqu'il est sous la totale maîtrise de son titulaire, à telle enseigne qu'il peut tout

(1) Ch. Jarrosson et J.-B. Racine, « *les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi modernisation de la justice du XXI^e siècle* », *Revue de l'arbitrage* 2016, v. 4, p. 1018 ; Th Clay, « *les articles relatifs aux conventions d'arbitrage* », *Cahiers de l'arbitrage*, 1 juin 2017, n 1, p. 17 ; Cass. Civ. 2^eme, 21 novembre 2002, *Rev. Arb.*, 2004. 283, note M. Bandrac.

(2) L. Weiller, « *compte rendu de l'atelier du groupe de pratique arbitrale du CFA : Le domaine d'efficacité de la clause compromissoire* », *Revue de l'Arbitrage* 2017, v. 3, p. 1089.

(3) J. Pellerin, « *Commentaire de l'article 11 de la loi justice pour la XXI^e siècle : les nouvelles dispositions sur l'arbitrage* », *Gaz. Pal.*, 2017, n 5, p. 54.

(4) B. MOREAU, « *Compromis- Clause compromissoire* » *Rép. Civ. Dalloz*, juillet 2004, p. 2. Ch. JARROSSON, « *L'arbitrabilité : Présentation méthodologique* » *Rev. Jur. Com.*, 1996, p. 2.

faire à son propos et notamment l'aliéner, voire y renoncer»⁽¹⁾, les droits indisponibles sont donc, les droits que l'ordre public interdit à leur titulaire de disposer ou encore de leur abandonner, en effet ces droits échappent à la volonté de leur titulaire. Tel sera le cas des droits du consommateur qui sont protégés par l'ordre public de protection du droit de la consommation.

L'ordre public conduit à rendre indisponibles les droits protégés du consommateur dans le contrat de consommation, en d'autres termes, les droits du consommateur dans un contrat de consommation sont-ils arbitrables ?

L'ordre public de protection a « vocation à produire son plein effet au moment où les personnes protégées sont les plus vulnérables aux situations de déséquilibre, c'est-à-dire au moment de la création de leurs droits»⁽²⁾, donc l'indisponibilité des droits est relative dans le temps⁽³⁾.

En effet, à quel moment le consommateur retrouve-t-il la libre disposition de ses droits ? Le consommateur ne pourra renoncer à ses droits protégés tant que subsiste la situation d'inégalité, c'est-à-dire au moment de la formation du contrat⁽⁴⁾.

En matière du droit de la consommation, l'ordre public de protection ne s'oppose pas à ce que, durant l'existence du contrat de consommation, un compromis d'arbitrage soit conclu entre le professionnel et le consommateur. Dès lors que le consommateur est considéré maître de ses droits lorsque le droit protégé devient exigible⁽⁵⁾, il peut à ce moment-là renoncer à son droit acquis, par

(1) P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *Revue de l'Arbitrage.*, 1992, p. 232.

(2) E. CAMOUS, *Règlements non-juridictionnels des litiges de la consommation-contribution critique à l'analyse des modes alternatifs des règlements des conflits*, L.G.D.J., Paris 2002, p. 10.

(3) Ch. JARROSSON, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *Rev. Jur. Com.*, 1996, p. 5.

(4) J. NOUGLIN, *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Litec, Paris, 2004, p. 11.

(5) E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles » *DIP*, 2006, p. 141.

conséquent, le compromis d'arbitrage conclu postérieurement à la naissance du litige est licite en matière du droit de la consommation⁽¹⁾.

Enfin, il revient de relever que l'article 2059 est intimement lié à l'article 2060 qui interdit de compromettre dans « les matières qui intéressent l'ordre public »

Aux termes de l'article 2060 C.civ. « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

Cet article 2060 C.civ., constitue une application particulière de la règle posée par l'article 6 du même code qui interdit aux conventions particulières de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

L'ordre public visé par cet article est « l'ordre public qui considère qu'au nom de l'intérêt social tel litige ne peut être abordé que par un juge étatique ; l'arbitrage est alors exclu, car les droits litigieux sont rendus indisponibles par les liens très étroits qu'ils entretiennent avec l'Etat, ses institutions, ou les intérêts essentiels de la société »⁽²⁾.

Ainsi pris dans son sens littéral, cet article constitue un réel obstacle à l'arbitrabilité des litiges du droit de la consommation. L'article 2060 comporte des ambiguïtés ; « le flou qui l'entoure a parfois égaré les esprits. Certains ont déduit de la seule présence en la cause d'une disposition d'ordre public que les droits litigieux devenaient *ipso facto* indisponibles et, dès lors, que le litige était inarbitrable»⁽³⁾. Toutefois, la jurisprudence est venue apporter une interprétation nuancée du texte. En effet, appliquer le texte de l'article 2060 à la lettre conduit à rendre

(1) M. Boucaron-Nardetto, « la réforme de l'article 2061 du code civil français », Arbitrage, vol. X, n 1, 2017, p. 113, ISSN 1888-5373.

(2) Ch. JARROSSON, « L'arbitrabilité : Présentation méthodologique » Rev. Jur. Com., 1996, p. 2.

(3) Ch. JARROSSON, *Op.cit.*, p. 5.

inarbitrable un litige du seul fait qu'il porte sur une matière intéressant l'ordre public et ferait perdre à l'arbitrage tout son intérêt⁽¹⁾.

Une telle interprétation conduirait à l'exclusion de l'arbitrage dans quasiment tous les domaines, car il n'est pratiquement plus aucun domaine qui relève entièrement de la volonté des parties et ne touche d'une part ou d'autres à une règle d'ordre public.

Désormais en pratique, l'inarbitrabilité de la matière ne découle pas de ce que le litige touche à l'ordre public mais uniquement du fait que l'ordre public a été violé « L'interdiction de compromettre dans les matières ne signifie pas que tout litige relatif à une convention ou à une opération soumise à certains égards à une réglementation présentant un caractère d'ordre public se trouverait de ce fait soustrait à l'arbitrage »⁽²⁾.

Depuis, la jurisprudence française est constante en la matière.

Le critère de l'ordre public ainsi posé, il en résulte que la simple mise en cause des dispositions de l'ordre public du droit de la consommation n'est pas un obstacle à l'arbitrabilité des litiges⁽³⁾.

Le maintien en vigueur des articles 2059 et 2060 C.civ. pourrait-il influencer l'efficacité de la clause compromissoire insérée dans un contrat de consommation

En principe, la clause compromissoire insérée dans ce type de contrat où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits est entachée de nullité relative. En revanche, la clause compromissoire consentie par celui qui ne contracte pas dans le cadre de son activité professionnelle lui est simplement inopposable.

Les sanctions prévues dans les deux articles, bien que différentes au niveau normatif, elles se convergent au niveau de leurs résultats concrets. En effet, toutes deux conduisent à ce que la clause compromissoire ne produise pas ces effets envers la partie faible. Pour

(1) *Ibid.*, p. 5.

(2) Arrêt Tissot du 29 novembre 1950, Cass. Com. Dalloz 1951, p. 150. ; L. IDOT, note sous Cour de Cassation, Paris, 20 janvier 1989, Rev. Arb., 1989, p. 280.

(3) E. LOQUIN, « *L'arbitrage des litiges de droit de la consommation* » vers un code Européen de la consommation- Codification, unification et harmonisation du droit des Etats de l'Union Européenne, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 363.

résoudre ce conflit, il convient de revenir à l'application des règles générales en matière de conflits des lois, la résolution devrait s'opérer en faveur du nouvel article 2061 C.civ., d'une part parce qu'il s'agit d'un texte postérieur à l'article 2059, d'autre part parce qu'il apparaît comme un texte plus spécial que ce dernier⁽¹⁾.

Pour certains auteurs⁽²⁾, il eût été avantageux de remplacer le terme « libre disposition des droits », par celui de « droits patrimoniaux », beaucoup plus significatif et déjà appliqué en jurisprudence. Car avec la réforme, les droits du consommateur en matière d'arbitrage sont désormais disponibles au moment de l'acceptation du contrat : il possède en effet une exception d'inopposabilité, lui permettant de les rendre de nouveau « indisponible » par sa propre volonté.

Pour l'article 2060 il a été décidé en jurisprudence qu'une règle d'ordre public est arbitrale, or il eût été nécessaire de reformer cet article en adoptant la solution jurisprudentielle en la matière.

Pour d'autres, le législateur aurait pu abroger les articles 2059 et 2060 du code civil qui sont entrés dans l'oubli et n'ont pas été appliqués depuis très longtemps⁽³⁾.

B. La solution en droit libanais

Le champ de l'arbitrabilité en droit libanais est plus large qu'en droit français. Aux termes de l'article 762 C.P.C, « Il revient aux contractants d'insérer dans le contrat commercial ou civil conclu entre eux une

(1) L. Weiller, « *compte rendu de l'atelier du groupe de pratique arbitrale du CFA : Le domaine d'efficacité de la clause compromissoire* », *Revue de l'Arbitrage* 2017, v. 3, p. 1083.

(2) Th. Clay, « *les articles relatifs aux conventions d'arbitrage* », *Cahiers de l'Arbitrage*, 2017, n 15, p. 27, Ch. Jarrosson et J.-B. Racine, « *les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi modernisation de la justice du XXI^e siècle* », *Revue de l'arbitrage* 2016, v. 4, p. 1007.

(3) M. Boucaron-Nardetto, « *la réforme de l'article 2061 du code civil français* », *Arbitrage*, vol. X, n 1, 2017, p. 113, ISSN 1888-5373. ; L. Weiller, « *compte rendu de l'atelier du groupe de pratique arbitrale du CFA : Le domaine d'efficacité de la clause compromissoire* », *Revue de l'Arbitrage* 2017, v. 3, p. 1096.

clause disposant que seront résolus par voie d'arbitrage tous les litiges susceptibles de transaction qui pourront naître de l'exécution ou de l'interprétation de ce contrat ». En effet, le législateur libanais consacre la validité de principe de la clause compromissoire dans les contrats commerciaux et civils pour les litiges susceptibles de transaction.

Donc en principe, l'arbitrage est possible dans tous les litiges issus des contrats civils et commerciaux, à condition, que ces litiges soient transigibles et n'intéressent pas l'ordre public libanais.

Jusqu'à présent, les tribunaux libanais n'ont pas eu l'occasion de se prononcer en la matière. Toutefois, ils se sont statuer sur des litiges similaires impliquant des parties faibles (salarié) ou des parties protégées par l'ordre public libanais (Agent commercial)

Or, il n'existe au Liban aucun texte, ni de jurisprudence qui interdise l'arbitrage en matière de consommation

Ainsi, l'arbitrabilité des litiges de la consommation suivant le critère des droits susceptibles de transaction (Art. 762 CPC et Art. 1037 COC) sera traitée dans un premier temps, puis nous évoquerons le critère de l'ordre public et la possibilité de recourir à l'arbitrage en matière de consommation

1. l'arbitrabilité des litiges de la consommation selon le critère des droits susceptibles de transaction

Aux termes des articles 762 et 765 CPC⁽¹⁾, tous les litiges qui sont susceptibles de transaction sont arbitrables. En effet, le droit libanais établit un lien étroit entre la transigibilité et l'arbitrabilité. En d'autres termes, tout ce qui est susceptible de transaction est susceptible d'arbitrage

Selon le professeur Ch. Jarrosson, « on retrouve en effet le même lien entre arbitrabilité et libre disposition des droits, au besoin par le détour au domaine de la transaction »⁽²⁾, en effet, les droits transigibles

(1) Le code des procédures civiles libanaises du 6 octobre 1983, JOR n°40, p. 3.

(2) Ch. JARROSSON, « *L'arbitrabilité : présentation méthodologique* » Rev. Jur. Com., 1996, p. 2, n6

sont les droits disponibles ou qui sont à la libre disposition de leur titulaire.

Dans ce sens, il a été jugé au Liban, que les parties ont le droit de renoncer à leurs droits protégés par une règle d'ordre public, dès que les droits en litiges deviennent acquis, et ces derniers ne deviennent acquis qu'au moment de la naissance du litige⁽¹⁾.

2. l'arbitrabilité des litiges de la consommation selon le critère de l'ordre public

Selon l'Art. 1037 COC, « On ne peut transiger sur une question d'Etat ou d'ordre public, ou sur les droits personnels qui ne sont pas dans le commerce ; mais on peut transiger sur un intérêt pécuniaire résultant d'une question d'état ou d'un délit»⁽²⁾.

Cet article ne cite pas expressément les litiges en matière de consommation, mais c'est sur la référence aux matières concernant l'ordre public qu'il faut s'interroger

Il a été jugé, que l'application des règles impératives ou d'ordre public par les arbitres est admise en matière internationale, sous le contrôle à posteriori des juridictions étatiques⁽³⁾. Avec l'admission de cette solution en matière internationale, rien n'empêche que cette même solution ne soit appliquée en arbitrage interne sous le contrôle des juridictions libanaises elles-mêmes.

Aussi, dans un jugement du Tribunal d'Instance de Beyrouth, rendu le 16 juin 1996 en matière d'indemnité de résiliation d'un contrat de représentation commerciale protégé par une règle d'ordre public et comportant une clause compromissoire.

Le tribunal a considéré que le texte de l'article 4 du décret 34-67 sur la représentation commerciale, interdisant au représentant commercial de compromettre ou de renoncer à son droit d'être indemnisé est une règle d'ordre public, et le taux de l'indemnité sera déterminé par la

(1) Arrêt Obeji, Cass. Civ. 11 janvier 2005, Al Adel, 2005, p. 62.

(2) Le code des obligations et des contrats du 9 Mars 1932

(3) Arrêt Suchard, Cass. Lib., du 20 février 2006, Al Adel 2006, p. 610.

justice. De plus, le tribunal soulève que le terme justice est utilisé dans le texte en termes généraux, et l'arbitrage actuellement fait partie de la justice au Liban, de plus l'arbitre exerce une mission similaire à la mission de juge, donc rien n'empêche que cette règle impérative d'ordre public ne soit appliquée par l'arbitre sous le contrôle a posteriori du juge étatique lors d'une demande d'exequatur ou un recours en annulation de la sentence arbitrale. De plus, la compétence exclusive attribuée au tribunal du lieu de l'activité du représentation commerciale est une règle qui s'inscrit dans l'ordre administratif interne des juridictions concernant la répartition des tâches entre les différentes chambres.

II. L'arbitrabilité des litiges de la consommation suivant les dispositifs protecteurs du consommateur en droit français et libanais.

A. La solution en droit français

Le droit de la consommation comporte des dispositifs protecteurs destinés à protéger le consommateur en matière de clauses contractuelles.

Le droit de la consommation vise à protéger le consommateur de l'abus du professionnel. De ce fait, est abusive toute clause qui a pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat (Art L212-1 du code de la consommation).

En effet, la clause compromissoire insérée dans le contrat de consommation, pourrait empêcher directement ou indirectement le consommateur de se prévaloir de ces droits.

D'où la nécessité de s'interroger sur le caractère abusif de la clause compromissoire dans un premier temps. Aussi faut-il s'interroger sur l'incidence de la réforme de l'article 2061 sur le droit de la consommation

1. La clause d'arbitrage dans le contrat de consommation est une clause grise

Le code de la consommation française comporte deux catégories de clauses abusives, L'article L212-1 de ce code et ses décrets d'application énumère à titre indicatif une liste de clauses à caractère abusif.

L'article R212-1 du décret n° 884-2016 du 29 juin 2016 énumère les clauses qui sont irrefragablement abusives et qui sont réputées non écrites. Cette liste de clause est la liste noire

La deuxième catégorie de clauses qualifiée comme liste grise, comporte les clauses présumées abusives. Dans ce type de clause, il incombe au professionnel d'apporter ? la preuve contraire. (Art. R212-2 décret n° 884-2016 du 29 juin 2016)

Figurant dans la deuxième liste, dite grise, la clause qui a pour effet, ou pour objet de Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges.

Pour que cette clause ne soit pas considérée abusive, il faut qu'il soit rédigé d'une manière à ne pas conférer un avantage significatif au professionnel par rapport au consommateur, soit en imposant un siège éloigné, soit en le faisant supporter les frais de l'opération. Pire encore, en fermant au consommateur toute voie que celle de l'arbitrage, pour faire valoir ses droits⁽¹⁾. On risque en pratique de l'exposer à un déni de justice. Ce sont d'ailleurs des raisons de cet ordre qui affleuraient dans le célèbre arrêt Prunier, lequel avait neutralisé la clause compromissaire, en des termes qui ont pu être qualifiés par le

(1) J.-P. Chazal, « *clauses abusives* », Rép. Civ. Dalloz, septembre 2002, spéc. N°9 à 105.

professeur JARROSSON comme « préfiguration du droit de la consommation »⁽¹⁾.

Depuis la réforme du 18 novembre 2016, le consommateur possède une option : accepter la clause compromissoire ou saisir le juge étatique. Donc il est dans l'intérêt du professionnel d'adopter une rédaction équilibrée de cette clause, d'une part pour convaincre le consommateur d'opter pour l'arbitrage et d'autre part pour éviter de tomber dans le piège des contrats d'adhésion de l'article 1171 C.civ⁽²⁾.

Le caractère abusif de la clause compromissoire sera donc apprécié au cas par cas. Quant à l'autorité chargée d'apprécier le caractère abusif de la clause compromissoire, c'est à l'arbitre, en vertu du principe de compétence-compétence, qu'il appartient de déterminer si cette clause présente ou non un caractère abusif afin de statuer sur sa propre compétence. Ce n'est qu'a posteriori, lors de l'exequatur ou d'un éventuel recours en annulation de la sentence arbitrale, que le juge étatique retrouvera sa compétence, sauf si la clause compromissoire est jugée manifestement nulle ou manifestement inapplicable⁽³⁾.

2. L'incidence de la réforme de l'article 2061 C.civ sur les dispositifs protecteurs du droit de la consommation

Lors de cette réforme, il est regrettable que le législateur ne se soit pas interrogé sur l'incidence du nouvel article 2061 sur les dispositifs protecteurs du droit de la consommation (Art. L2-12-1 et R212-2-10 du code de la consommation)

Ce nouvel article offre une protection plus large au consommateur que celle prévue dans le code de consommation. Dès lors, la question sera de préciser selon l'adage *specialia generalibus derogant*, « les lois de portée générale ne dérogent pas à celles qui ont un objectif spécial ».

(1) S. Bollé ; « *le faible et l'arbitrage*, par M. de Fontmichel, préf. Th. Clay, *Economica*, 2013 », *Cahiers de l'arbitrage*, 2013, n 4, p. 1163.

(2) Article 1171 Code Civil français, Ordonnance du 16 février 2016, « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ».

(3) Paris 28 avril 2004, *Rev. Arb.*, 2005

Lequel de ces articles l'emportera sur l'autre, il est donc nécessaire de déterminer lequel de ces textes est le spécial.

Selon le professeur Jarrosson, il est habituel que le spécial déroge au général, mais en l'occurrence il est difficile de distinguer si le droit spécial est constitué par l'article 2061 ou par la disposition réglementaire qui, dans le cadre du régime des clauses abusives, vise la clause compromissoire. « N'aurait-il pas été nécessaire, en même temps que l'on adoptait le nouvel article 2061, d'ôter la clause d'arbitrage à la liste de l'article R212-2 du code de la consommation? »⁽¹⁾.

Par le nouvel article 2061 C.civ., le législateur français pose un principe de validité des clauses compromissoires dans tous les contrats, de plus il a supprimé la référence « aux dispositions législatives particulières » déjà présente dans l'ancien texte. Ainsi posé, cet article 2061 paraît être une disposition spéciale en matière de clause compromissoire et ses conditions d'efficacité. Il avait été affirmé par la doctrine, avant la réforme du J21, que l'article 2061 dans son ancien régime excluait l'application de l'ancien Article L132-1 du code de la consommation (Article L212-1 C. consommation) dans l'ordre interne français⁽²⁾.

D'ailleurs, l'article R212-2 C. consommation instaure une présomption d'abus de la clause compromissoire. Cette présomption est simple et peut être renversée si le professionnel apporte la preuve du caractère non abusif de cette clause. La clause compromissoire peut ne pas s'avérer abusive et être jugée *in fine* licite⁽³⁾. Dès lors, à supposer que cette preuve du caractère non abusif de la clause compromissoire soit effectivement apportée, le consommateur restera-t-il fondé à se prévaloir de l'exception de l'inopposabilité ? Il paraît que l'option offerte au consommateur entre justice étatique et arbitrage reste ouverte

(1) Th. Clay, « les articles relatifs aux conventions d'arbitrage », *Cahiers de l'Arbitrage*, 2017, n 1, p. 17., Ch. Jarrosson et J.-B. Racine, « les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Revue de l'arbitrage* 2016, v. 4, p. 1021.

(2) Ph. Delebecque, « Arbitrage et droit de la consommation » *Droit et Patrimoine.*, n°104, mai 2002, p. 46.

(3) Cass. Civ., 1^{ère} ch., 25 février 2010

même en présence d'une clause régulière en tous aspects⁽¹⁾. Cette nouvelle exception d'inopposabilité permet au consommateur d'éviter de discuter le caractère abusif de la clause compromissoire pour demander sa nullité devant l'arbitre. Selon l'exposé sommaire accompagnant l'amendement présenté le 30 avril 2016 « pour éviter que le consommateur ne soit obligé de discuter le caractère abusif de la clause devant l'arbitre, comme l'impose le principe selon lequel celui-ci est le juge de sa propre compétence, il conviendrait que la clause soit facultative. Ainsi le consommateur aura le choix, soit de comparaître devant l'arbitre, soit d'agir devant un tribunal étatique»⁽²⁾.

Finalement, de nombreuses questions restent en suspens, il revient donc à la jurisprudence de se prononcer sur ces questions.

B. La solution en droit libanais

Le législateur libanais a adopté le 4 février 2005 la loi n°659-2005 sur la protection du consommateur. Cette loi dispose la création des commissions spécialisées, dotées d'une compétence exclusive pour résoudre les litiges entre un consommateur et un professionnel ou un producteur résultant de l'application ou de l'interprétation de cette loi.

Il est dès lors important de s'interroger sur l'étendue de cette « compétence exclusive », et d'examiner si elle est susceptible de rendre inarbitrable les litiges du droit de la consommation, puis nous évoquerons le caractère non abusif de la clause compromissoire dans la loi libanaise sur la protection du consommateur

(1) L. Weiller, « *compte rendu de l'atelier du groupe de pratique arbitrale du CFA : Le domaine d'efficacité de la clause compromissoire* », *Revue de l'Arbitrage* 2017, v. 3, p. 1095 ; M. Boucaron-Nardetto, « *la réforme de l'article 2061 du code civil français* », *Arbitrage*, vol. X, n 1, 2017, p. 113, ISSN 1888-5373.

(2) Exposé sommaire de la loi 1547-2016 présenté le 30 Avril 2016 [http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/14/projets/pl3872/\(index\)/projets-loi](http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/14/projets/pl3872/(index)/projets-loi)

1. sur la compétence exclusive des commissions de solution des litiges

La loi libanaise sur la protection du consommateur n°659-2005 du 4 février 2005, prévoit expressément dans son article 98 la mise en place des commissions de solutions des litiges, « dotées d'une compétence exclusive pour connaître les litiges entre un consommateur et un professionnel ou producteur résultant de l'application ou de l'interprétation de la loi sur la protection du consommateur... »

Cette compétence exclusive pourrait exclure le recours à l'arbitrage pour résoudre les litiges du droit de la consommation.

Le texte de la loi comporte de nombreuses contradictions et d'ambiguïté, notamment au niveau de la compétence exclusive de la commission de solution des litiges.

La loi sur la protection du consommateur libanais est contradictoire sur la compétence exclusive de la commission des solutions des litiges. D'une part, elle accorde cette compétence à la commission et d'autre part elle la retire par les dispositions de l'article 3 et l'article 31

La compétence exclusive de cette commission est en contradiction avec le texte de l'article 3, qui reconnaît à tout consommateur le droit de « jouir du droit d'action directe ou collective par l'intermédiaire des groupements d'association afin de préserver ses droits ou être dédommagé du préjudice qu'il aurait subi », cependant l'article 31 de la même loi rajoute que « l'action en garantie doit être intentée ou les procédures de conciliation ou solution des litiges enclenchées dans un délai d'un mois.... »

En effet, l'article 3 pose le droit d'action du consommateur comme un véritable principe. De plus, le droit d'action du consommateur est exprimé en termes généraux, de sorte qu'il doit englober non seulement l'action judiciaire mais également l'action arbitrale. (L'arbitrage au Liban fait partie de la justice) et d'après l'article 31 ce droit d'action est cité indépendamment des procédures de médiation disposées dans cette loi aux articles 82 et 97.

En conséquence, le droit libanais sur la protection du consommateur n'offre pas d'une manière ferme une compétence exclusive aux commissions de solution des litiges⁽¹⁾.

2. La clause compromissoire n'est pas abusive au regard de la loi sur la protection des consommateurs

L'article 26 de la loi 659-2005 considère comme abusive, la clause excluant le droit du consommateur de recourir à l'arbitrage et pour le règlement des litiges conformément à cette loi, et qui porte à la charge du consommateur les frais et dépenses qui pourraient résulter des dits recours.

Donc d'après cet article, le recours à l'arbitrage est non seulement permis sur clause compromissoire, mais est considérée abusive toute clause qui empêche un tel recours⁽²⁾.

La contradiction de cette loi concerne également l'article 26. En effet, est réputée abusive la clause qui a pour but ou pour objet de créer au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

Ainsi posé, il n'apparaît pas clairement en quoi la clause qui interdit l'arbitrage créerait un déséquilibre entre les droits et obligations des parties.

Il résulte de tout ce qui précède qu'il n'existe en droit libanais aucun texte de loi, ni de jurisprudence interdisant l'arbitrage des litiges du droit de la consommation

(1) Khalil Ghosn, « l'arbitrage et la loi sur la protection du consommateur 659 du 4 février 2005 » www.alliedlegas.com

(2) F. NAMMOUR, « *La loi libanaise n 659/2005 du 4 février 2005 sur la protection du consommateur* », *Revue Al Adl*, 2006/2, p. 565., R. ASSAF, « *L'unification du régime juridique des conventions d'arbitrage interne et international* », *Rev. Lib. Arb.*, 2009, p. 51.

Conclusion

« La partie faible et l'arbitrage forment a priori un couple mal assorti »⁽¹⁾.

La plupart des lois contemporaines ont tendance à étendre la portée de l'arbitrage. L'arbitrage s'est avéré très efficace pour résoudre tous les litiges en raison de sa souplesse, sa rapidité et sa confidentialité.

Le législateur français, dans le cadre de la loi 1547-2016 sur la "modernisation de la justice pour le XXI^e siècle", visait à désencombrer les tribunaux en ouvrant la porte grande aux autres modes de résolutions des litiges. En outre, il n'a pas abandonné son rôle fondamental dans l'instauration de la justice, et il n'a pas oublié la nécessité de protéger le consommateur (la partie faible).

Ainsi, le législateur français a atteint plusieurs objectifs grâce à cet amendement, d'où nous pouvons tirer les conclusions suivantes :

1. Nous concluons que le législateur français a autorisé l'arbitrage dans tous les contrats civils et commerciaux, y compris le contrat de consommation.
2. En ce qui concerne la clause compromissoire. Lorsque le consommateur n'a pas connaissance de la nature du litige pouvant survenir entre lui et le professionnel lors de la conclusion du contrat, le consommateur a le droit de réfléchir deux fois avant d'accepter l'arbitrage, une fois en l'acceptant comme une clause dans le contrat et une fois en lui donnant le droit de l'abandonner lors de la survenance du litige.
3. Il a harmonisé la solution juridique concernant la clause compromissoire et le compromis dans les litiges de consommation. Avant cette réforme, le recours à l'arbitrage dans le contrat de consommation était possible par un compromis conclu après la naissance du litige. Désormais, le recours à l'arbitrage est devenu possible par une clause comme par un compromis d'arbitrage.

1 S. Bollé ; « *le faible et l'arbitrage*, par M. de Font Michel, préf. Th. Clay, *Economica*, 2013 », *Cahiers de l'arbitrage*, 2013, n 4, p. 1163.

4. Il a supprimé la contradiction qui existait entre la nullité de la clause compromissoire dans les contrats conclus en dehors de toute activité professionnelle, et le caractère non-abusif de la clause compromissoire dans le code français de la consommation.
5. Il a réitéré son intention de renforcer la confiance dans l'arbitrage en tant que moyen de résolution de tous les différends, même dans les litiges dont l'une des parties se trouve dans la position de faiblesse. Faisant de l'arbitrage un tribunal pour tous et pas seulement pour les forts.

Finalement, une autre tâche très importante reste à la charge des centres d'arbitrage spécialisés. Il leur incombe d'adopter des procédures d'arbitrages rapides, simplifiées et peu coûteuses, qui renforcent la confiance des consommateurs et les convainquent que l'arbitrage constitue le meilleur moyen d'obtenir leurs droits du professionnel.

Par conséquent, il est nécessaire d'inviter le législateur français à intervenir à nouveau pour :

1. Remplacer le terme "acceptation" figurant dans le nouvel article 2061 du Code civil par celui du "consentement", ce dernier étant plus conforme aux règles juridiques régissant les contrats. Parce que l'acceptation est l'expression de la volonté d'une partie alors que le consentement constitue la rencontre de la volonté de deux parties au contrat.
2. Remplacer le terme « libre disposition des droits » figurant à l'article 2059, par celui de « droits patrimoniaux », beaucoup plus significatif et déjà appliqué en jurisprudence. Car avec la réforme, les droits du consommateur en matière d'arbitrage sont désormais disponibles au moment de l'acceptation du contrat : il possède en effet une exception d'inopposabilité, lui permettant de les rendre de nouveau « indisponible » par sa propre volonté lors de la naissance du litige.
3. Supprimer l'article 2060 du code civil français, qui n'a pas été appliqué depuis longtemps et n'a pas fait l'objet de la dernière réforme.

4. Le législateur français doit abroger le paragraphe 10 de l'article R212-2.10 pour éviter tout conflit avec le nouvel article 2061 du Code civil ou confirmer la nature spéciale du nouvel article 2061 dans tous les litiges impliquant un contrat contenant une clause d'arbitrage. Cela n'a aucun sens pour le législateur d'avoir donné au consommateur le droit d'opter pour une clause compromissoire dans le contrat et de la confirmer lorsque le différend survient, puis de lui priver de ce droit par la règle des clauses abusives.

En ce qui concerne le droit libanais, le législateur libanais a signé une contradiction et la loi libanaise sur la protection du consommateur est sortie du contexte de la légalisation comparée. Cependant, nous pouvons dessiner ce qui suit :

Cette loi libanaise ne contient aucune règle, générale ou spéciale, interdisant le recours à l'arbitrage pour résoudre les litiges de consommation. En outre, la loi libanaise sur la protection des consommateurs considère que la clause compromissoire ne constitue pas une violation de l'équilibre contractuel en faveur du professionnel et n'est donc pas abusive. Au contraire, toute clause limitant le droit du consommateur de recourir à l'arbitrage est considérée comme abusive.

Par conséquent, nous appelons le législateur libanais à modifier la loi libanaise sur la protection du consommateur et à dissiper la confusion entre la compétence exclusive du Comité de règlement des litiges pour examiner tous les différends découlant de l'application de cette loi et le droit du consommateur de recourir à la juridiction ordinaire et à l'arbitrage. En soulignant le droit du consommateur de recourir à l'arbitrage pour résoudre les litiges de consommation.

En plus de lever l'ambiguïté liée à l'article 26, paragraphe 8, de la loi libanaise sur la protection du consommateur, en le reformulant plus clairement, en indiquant son intention concernant la possibilité d'un arbitrage dans les litiges relatifs au contrat de consommation.

DEUXIÈME TABLE RONDE
Incidences de la réforme en droit des affaires

- Isabelle GROSSI, La capacité des personnes morales à l'aune de la réforme du droit civil, un coup d'épée dans l'eau?
- JOCELYNE SAFA GANNAGE, L'incidence de la loi de ratification sur la cession de droits sociaux et sur la clause de garantie de l'actif et du passif
- Gaby CHAHINE, L'impact de la réforme du droit des contrats sur les opérations de joint-venture
- Safaa Mougharbel, Incidences de la réforme en droit des affaires. La période précontractuelle et le nouveau droit des avant-contrats d'affaires
- Cybèle Jalloul, L'impact de la réforme du droit des contrats français sur le contrat de franchise. État actuel du droit Libanais

DEUXIÈME TABLE RONDE

Incidences de la réforme en droit des affaires

La capacité des personnes morales à l'aune de la réforme du droit civil, un coup d'épée dans l'eau?

Isabelle GROSSI

Maître de conférences - HDR (Aix-Marseille Université)

• Introduction

Champ d'application de l'étude – D'emblée il convient de préciser qu'il est ne sera question ici que de la capacité contractuelle puisque le thème du colloque est le droit des contrats. Exit, donc, la capacité processuelle de la personne morale⁽¹⁾. Il ne sera pas non plus question de toutes les personnes morales, même si nous les évoquerons à titre résiduel, puisque là encore l'intitulé du colloque concerne les incidences de la réforme en droit des affaires. La personne morale la plus représentative en ce dernier domaine est bel et bien la société. Et d'ailleurs, c'est à son propos que les questions pratiques sont les plus problématiques.

Tentative d'éclaircissement de différentes notions – Le thème de la capacité des personnes morales est délicat. Cela s'explique par la particularité de la situation. Pour s'exprimer, en effet, la personne morale a besoin d'un représentant ; la société ne peut émettre de volonté. C'est pourquoi du reste, une doctrine autorisée distingue la capacité de jouissance de la personne morale de sa capacité d'exercice, laquelle ne se concrétise qu'à travers ses représentants légaux⁽²⁾.

(1) V. not. art. 117 C. proc. civ. sur le défaut de pouvoir, comme irrégularité de fond qui affecte la validité de l'acte. *Adde*, le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice.

(2) G. Wicker, *Personne morale*, Rép. civil Dalloz, § 64.

Précisément, la capacité de la société se distingue des pouvoirs de ses dirigeants⁽¹⁾. A preuve, la société peut tout à fait avoir la capacité de conclure un contrat, alors que ses dirigeants ne disposeraient pas seuls du pouvoir de le conclure en son nom et pour son compte. C'est ainsi, par exemple, que les sociétés à risque illimité ont la capacité de s'engager au-delà de l'objet social dès lors que les associés autorisent ce dépassement⁽²⁾, alors que pareil dépassement n'engage pas la société lorsqu'il est réalisé par le gérant.

Mais quelle est la différence entre ces deux notions ? Les dispositions relatives à la capacité concernent l'aptitude d'une personne à agir pour soi-même, celles relatives à la représentation concernent les pouvoirs à agir pour autrui⁽³⁾. Précisément, l'ordonnance de 2016 est venue intégrer des nouvelles règles en matière de capacité d'une part **et** de représentation, d'autre part. Les deux catégories ne se confondent donc pas. L'action interrogatoire de l'article 1158 du Code civil ne s'applique pas, en effet, à la capacité des personnes morales. De même le défaut de capacité ne peut être couvert par l'apparence de l'article 1156 du Code civil⁽⁴⁾.

Le thème de la capacité des sociétés est également délicat, on le verra, car il fait intervenir des notions à contour variable, non définies, tels que l'intérêt social, l'objet social, la raison d'être et superpose différentes textes, d'origine européenne et nationale, généraux et spécifiques.

(1) V. dernièrement en ce sens, S. Jambort, A la recherche de la capacité des personnes morales, Journ. sociétés mars 2019, n°172, p. 29.

(2) V. art. 1852 C. civ., lequel dispose que « *les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises selon les dispositions statutaires ou, en l'absence de telles dispositions, à l'unanimité des associés* ». Adde, art. 1854 du même Code prévoyant que « *Les décisions peuvent encore résulter du consentement de tous les associés exprimé dans un acte* ».

(3) E. Gaillard, La notion de pouvoir en droit privé, préf. G. Cornu, Economica, 1985, n°75, p. 53.

(4) V. en ce sens, P. Mousseron, Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social, D. 2016, p. 906.

Enfin, la doctrine n'est pas unanime sur les questions relatives à la capacité, ce qui ne contribue pas à simplifier la thématique.

Les textes récents ont affecté la matière. Quelles sont alors les nouvelles règles en matière de capacité des personnes morales, et plus particulièrement des sociétés à l'aune des modifications du Code civil?

Le Code civil, jusqu'en 2016, posait, en son article 1123, le principe en vertu duquel « *toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* ». Le texte n'opérant aucune distinction selon la personne (physique ou morale), ce principe semblait donc pouvoir profiter aux personnes morales et leur donner pleine capacité d'agir. La capacité des personnes morales était régie par les textes spéciaux à chacune d'entre elle.

Les personnes morales étaient enfermées dans le principe de spécialité. En d'autres termes, la capacité des personnes morales devait être cantonnée dans le champ défini par leur spécialité ; la spécialité du groupement, de même que l'intérêt qui justifie l'acquisition de la personnalité morale, se définissant en considération de son but, et de son objet⁽¹⁾. La personne morale n'a d'existence que dans la limite de l'intérêt qui la fonde. En conséquence, sa spécialité marque les limites de sa capacité de jouissance. Selon certains auteurs, cette dernière capacité de jouissance était soumise à deux principes : celui de la spécialité dite légale⁽²⁾ et celui de la spécialité dite statutaire.

Relevant du premier principe, les personnes morales doivent agir dans le but qui est fixé pour elles par les textes. Ainsi, par exemple, l'association ne peut-elle agir que dans un but autre que partager des bénéfices (article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901⁽³⁾). De même, l'activité du groupement d'intérêt économique est nécessairement auxiliaire de celle de ses membres (article L. 251-1, alinéa 2 du Code de commerce). Le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, et non de réaliser des bénéfices pour lui-

(1) Rajoute Guillaume Wicker, art. cit., § 72.

(2) V. contra, P. Mousseron, art. cit., qui distingue, en amont, la capacité des sociétés du but de ces derniers postulé au sein de l'article 1832 C. civ. (objectif de la société qui est de partager les bénéfices et profiter de l'économie).

(3) JO, 2 juill.

même. Enfin, on le verra ultérieurement plus en détail, selon l'article 1832 du Code civil, l'activité de la société doit tendre à un partage des bénéfices ou à la réalisation d'économie pour les associés.

Secondement, pour certains, la limitation de l'activité des sociétés résulte de l'objet et du but concrets déterminés par leur acte constitutif. Les limitations sont d'ordre général, par exemple pour la fondation, accueillir des handicapés, mais se rajoutent également des limites dans l'acte constitutif de certaines catégories d'actes : c'est l'incapacité statutaire⁽¹⁾. Ce principe de spécialité statutaire, on le verra, est en réalité limité car l'objet social est généralement assez large et la jurisprudence restreint également la capacité de la société à l'aune de l'intérêt social⁽²⁾.

L'ordonnance du 10 février 2016 a modifié une telle présentation, et c'est une innovation majeure, puisqu'elle est venue encadrer expressément la capacité des personnes morales. Le nouvel article 1145 du Code civil tel qu'issu de l'ordonnance pouvait se lire ainsi : son alinéa 1^{er} affirmait le principe de pleine capacité, réservé aux personnes physiques (« *toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi* »). Quant à son alinéa second, il disposait que « *La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles* ». La capacité (de jouissance, entendons-nous) des personnes morales était donc limitée.

Une nouvelle notion, floue, était intégrée comme critère de capacité des personnes morales : celle de l'utilité de l'acte à la réalisation de l'objet statutaire. Une grande partie de la doctrine s'inquiétait de l'application des nouveaux textes aux sociétés, même si le renvoi aux règles appliquées aux sociétés avait de quoi rassurer⁽³⁾ : le juge ne

(1) G. Wicker, art. cit., § 72.

(2) V. Cass. com., 23 sept. 2014, n°13-17.347, D. Actua., 7 octobre 2014, obs. A. Lienhard, substituant l'intérêt social à l'objet social à propos d'une sûreté prise par une société civile, V. plus généralement infra.

(3) Le professeur Dondero ne l'était pas quant à lui. V. B. Dondero, Les effets de la réforme du droit des contrats sur la capacité et la représentation des sociétés, BJS sept. 2016, n° 115m9, p. 510.

pourrait-il pas annuler l'acte accompli par une société sous prétexte de son inutilité ?

C'est pourquoi, la loi de ratification du 20 avril 2018 est venue constituer ici une vraie réforme de la réforme. Le nouvel alinéa 2 de l'article 1145 dispose désormais que « *La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles* ». Il s'agit donc d'un retour (partiel car pas le cas pour les contrats conclus entre 2016 et 2018) à l'ancien article 1123 du Code civil.

La réforme du Code civil de 2016 en cette matière a-t-elle été alors un coup d'épée dans l'eau ? L'article 1145 alinéa 2 sert-il vraiment à quelque chose⁽¹⁾? Certes il s'agit d'un simple texte d'annonce qui « *ne crée aucune règle, il la fait miroiter* »⁽²⁾. Mais comme l'indique le professeur Renaud Mortier, ce nouveau texte a le mérite de réduire les contraintes des sociétés : « *à ceux qui diront « un texte inutile du plus », nous répondrons : « un texte dangereux en moins »* »⁽³⁾.

Finalement, le nouveau droit des contrats apporte-t-il quelque chose à la capacité des personnes morales ? La réponse est incontestablement positive car, déjà, en vertu des règles d'application de la loi dans le temps (règles de droit transitoire issues de la loi de 2018), l'ordonnance de 2016 s'applique toujours aux contrats conclus entre le 1^{er} octobre 2016 au 30 septembre 2018. Par ailleurs, sur le terrain substantiel, les nouvelles dispositions du Code civil de droit commun servent à répondre à des questions propres à la capacité des sociétés.

En conséquence, il est important de savoir en quoi le droit des contrats encadre la capacité des sociétés (I), pour traiter ensuite des règles applicables aux contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2018. Pour ces derniers, la capacité est abandonnée aux règles propres aux sociétés (II).

(1) Certains soutiennent qu'il ne sert plus à rien, V. J.-F. Hamelin, Le contrat de société ou l'éternel incompris du droit des contrats, LEDC mai 2018, n°111n3, p. 6.

(2) R. Mortier et G. Buy, Droit des sociétés et nouveau droit des contrats : contrainte ou souplesse ?, in Les nouvelles contraintes des sociétés, ss. dir. B. Brignon et I. Grossi, Lextenso, éd. Joly, Pratique des affaires, 2018, p. 147, spéc. 150.

(3) Ibid.

I- La capacité des sociétés encadrée par le droit commun des contrats

Il est donc toujours d'actualité de se pencher sur la consécration d'une capacité limitée des sociétés dans le Code civil (A), même si cette actualité n'est que provisoire (B).

A) Consécration de la capacité limitée des sociétés dans le Code civil

Une des grandes nouveautés de l'ordonnance de 2016 a été de s'intéresser à la capacité des personnes morales pour la limiter à certains actes (a). Toutefois, cette capacité a été en partie étendue (b).

a) Une capacité limitée à certains actes

On l'a dit, l'ordonnance du 10 février 2016 est venue consacrer un nouveau critère de capacité des personnes morales : les actes utiles à la réalisation de l'objet tel que défini par les statuts et les actes qui leur sont accessoires.

Aux actes utiles à la réalisation de l'objet statutaire – La notion d'utilité de l'acte n'est pas connue du droit des sociétés, lequel connaît plutôt, pour les textes, les actes qui entrent ou qui sont conformes à l'objet social. De même, la notion d'objet social n'est pas définie et elle vient d'être renforcée par la loi PACTE par une notion plutôt floue : celle de « raison d'être »⁽¹⁾. Quant à la jurisprudence, elle s'intéresse à l'acte non contraire à l'intérêt social. L'utilité, notion vague⁽²⁾, venait restreindre encore plus le champ de la capacité des sociétés. Cela était d'autant plus problématique que ce critère semblait induire une appréciation subjective de l'opportunité de l'acte pour la société. Et cela

(1) Selon Thibault Massard, la raison d'être correspondrait à un objet social étendu, il s'agirait d'un « méta objet social » ou d'un « infra objet social » suivant un régime juridique très similaire à l'objet social, V. Th. Massard, Réforme des articles 1833 et 1835 du Code civil : l'équilibre entre performance financière et extra-financière des sociétés, Gaz. Pal. 18 déc. 2018, p. 51.

(2) B. Dondero,

contrairement au principe traditionnel de la liberté de gestion⁽¹⁾. Un acte pourrait ainsi relever de l'objet social de la société, mais ses conditions sensiblement défavorables pour cette dernière seraient de nature à le rendre inutile⁽²⁾.

L'acte inutile serait l'acte désavantageux pour la société. L'utilité pouvait relever en toile de fond à l'intérêt social⁽³⁾. Mais d'autres questions, nombreuses, se posaient : est-ce une utilité purement économique ou peut-elle être d'ordre stratégique ? Qui va apprécier l'utilité de l'acte ? Comment ? S'apprécie-t-elle ex ante ou ex post⁽⁴⁾ ? Autant de questions qui plongeait la question de la capacité des sociétés dans l'incertitude et les praticiens dans l'inquiétude.

La portée de cette innovation est pour le moins incertaine.

Les accessoires aux actes utiles – La capacité de la personne morale était étendue aux actes qui sont accessoires aux actes utiles à la réalisation de l'objet statutaire. Les actes « accessoires » ne renvoient pas aux actes accessoires aux statuts.

La formule reste curieuse⁽⁵⁾. D'une part, l'ordonnance ouvre le champ de la capacité des personnes morales en recourant à la notion d'accessoire qui n'est pas connue pour être la plus précise. Il s'agirait d'un acte qui se rattache à l'acte utile par un lien juridique ou matériel.

Par ailleurs, l'ordonnance permet de faire entrer un acte dans le champ de la capacité au titre de son caractère accessoire sans exiger de cet acte qu'il soit lui-même utile à la réalisation de l'objet social.

(1) D. Gallois-Cochet, Réforme du droit des contrats et capacité des sociétés, Droit des sociétés n° 8-9, Août 2016, comm. 142.

(2) Schlumberger, art. cit.

(3) M. Mekki, Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ?, Le contrat(1), Revue des sociétés 2016 p. 483 ; N. Dupouy et A.-F. Zattara-Gros, La capacité des sociétés après la réforme du droit des obligations : enjeux théoriques et pratiques, JCP N, n° 48, 1er Décembre 2017, 1328. V. contra, P. Mousseron, art. cit., estimant que la boussole de l'acte utile est véritablement l'objet social et non l'intérêt social.

(4) La capacité doit exister lors de la formation du contrat de société, l'appréciation devrait alors s'opérer ex ante, V. P. Mousseron, art. cit.

(5) P. Mousseron, art. cit.

b) Une capacité étendue

Par l’accomplissement d’actes normaux – Cependant, l’article 1148 du Code civil disposait, et dispose toujours, 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* ».

S’agissant de l’autorisation de la loi, l’on ne peut considérer que reconnaissance légale de la validité des actes de dirigeants de sociétés commerciales à responsabilité limitée au-delà de l’objet social pourrait valoir autorisation au titre de l’article 1148 du Code civil. En effet, les textes disposant que la société est engagée même par les actes du dirigeant qui ne relèvent pas de l’objet social ne concernent pas la capacité au sens de l’article 1148⁽¹⁾.

S’agissant de l’autorisation par les usages, le texte ne précise pas si l’usage s’entend d’usages généraux existant dans certains secteurs d’activité ou d’usages spécifiques à certaines sociétés. En l’absence de distinction, les deux types d’usages seraient pertinents, avec une primauté pour ces derniers usages eu égard à leur caractère plus spécial⁽²⁾. Une société pourrait ainsi faire attester du caractère usuel d’une garantie de passif nonobstant le fait que cet engagement ne soit pas nécessairement utile à son objet social.

La référence à des actes « conclus à des conditions normales » évoque le régime des conventions réglementées qui utilise la même formule. À ce titre, la normalité pourra découler « des usages de la profession et des pratiques en vigueur » au sein des sociétés concernées.

Par le respect des règles applicables à chaque personne morale – La capacité des personnes morales était limitée par le critère de l’acte utile « *dans le respect des règles applicables à chacune d’entre elles* ». Certains^(3) considéraient que cette précision concernait les

(1) P. Mousseron, art. cit.

(2) Ibid.

(3) A. Lecourt, L’impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques, RTD Com. 2016, p. 767.

réglementations spéciales applicables aux sociétés particulières telles que les SEL, les SCP, les SPFPL... D'autres, la majorité, estimaient que cette précision faisait référence, notamment, aux règles spéciales applicables aux SARL et SPA en vertu de l'ancien article 10 de la directive 2009/101/CE du 16 septembre 2009, devenu article 9 de la directive 2017/1132 UE du 14 juin 2017 et de sa transposition dans le Code de commerce. La capacité n'est pas une condition de validité des actes passés par les SARL et SPA qui sont tenues même des engagements ne relevant pas de l'objet social (en présence d'un tiers de bonne foi).

Toutes ces interrogations ont conduit la loi de ratification à supprimer le concept utilitariste de la validité des actes accomplis par les personnes morales, on l'a vu. L'article 1145 du Code civil nouvelle mouture opère un retour au *statu quo*, mais un retour que partiel, car en effet, l'ordonnance du 10 février 2016 s'applique encore à certains contrats dont la validité est limitée lorsqu'ils sont conclus par une société.

B) Maintien provisoire de la capacité limitée

L'article 16 de la loi du 20 avril 2018 distingue entre les modifications qui opèrent une véritable réécriture des normes issues de l'ordonnance du 10 février 2016, et celles qui procèdent à leur simple interprétation, de sorte qu'elles feraient alors corps avec ces dernières depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance (soit le 1er octobre 2016).

L'article 1145 fait partie des premières dispositions nommées, si bien que son nouveau contenu sera seulement applicable aux actes juridiques conclus ou établis à compter du 1er octobre 2018, date d'entrée en vigueur de la loi du 20 avril 2018. Il en résulte que son alinéa 2 initial, effacé à compter du 1er octobre 2018, continuera de régir les actes passés entre le 1er octobre 2016 et le 30 septembre 2018, ce qui devrait signifier que les éventuelles innovations qui lui étaient attachées devraient s'appliquer aux actes passés durant cette période de deux ans.

L'ancien article 1145 alinéa 2 tel qu'on vient de le développer s'applique, dans le respect des règles applicables à chacune des sociétés.

Pour les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, des textes spéciaux les concernent : directive et articles du Code de commerce, on le verra. En conséquence, le critère de l'utilité de l'acte ne s'applique pas. Même si ces textes visent les pouvoirs des dirigeants ils influencent la capacité de la société qui est engagée par des actes qui ne relèvent pas de l'objet social. Ces dispositions neutralisent donc l'article 1145 du Code civil⁽¹⁾. La validité de l'acte excédant l'objet social ne peut être contestée par la société au motif que cet acte ne serait pas utile à la réalisation de l'objet social statutaire⁽²⁾.

En revanche, pour les sociétés civiles⁽³⁾, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple, il n'existe pas de textes spécifiques étendant l'engagement de la société pour des actes n'entrant pas dans leur objet. Il n'y a pas de texte propre qui dérogerait à l'article 1145 C. civ. Les textes relatifs à l'objet social dans ces sociétés (art. 1849 et L. 221-5) ne concernant pas la capacité, ces sociétés peuvent donc se fonder sur les articles 1145 et 1147 pour agir contre un acte conclu par leurs représentants légaux qui ne seraient pas utiles à la réalisation de l'objet social⁽⁴⁾.

Il faut espérer que le juge interprètera la réforme à la lumière de la réforme, surtout que la portée des innovations est incertaine. L'on peut douter que les juges retiendront celle qui remettrait en cause leurs propres solutions, et ce pour une période temporelle aussi brève, sans compter que les auteurs de l'ordonnance n'étaient apparemment pas désireux d'instituer un contrôle d'opportunité des actes passés par les personnes morales. Il reste que, tout étant réduit, le risque d'une interprétation maximaliste demeure.

(1) N. Dupouy et A.-F. Zattara-Gros, art.

(2) J.-R. André et M. Storck, La capacité juridique des sociétés civiles, JCP N 2017, n° 46, 1310.

(3) V. art. 1849 C. civ., estimant que les actes entrant dans l'objet social engagent la société.

(4) Mémento F. Lefèbvre, Sociétés commerciales, 2019, n°4019.

Ce risque étant d'autant plus délicat que la sanction attachée à l'incapacité est la nullité relative (article 1147 du Code civil). D'aucuns diront que ce texte ne s'applique pas aux personnes morales, car aucun texte du Code civil ne précise que l'acte passé par une société en violation de cette limite est celui d'un incapable⁽¹⁾. Selon nous, l'article 1147 ne distinguant pas l'incapacité des personnes physiques de la non-capacité des personnes morales, s'applique à ces dernières (prescription de l'article 2224 du Code civil : cinq ans à compter de la conclusion du contrat). Cela étant, le contractant capable a le droit de s'opposer à l'action en nullité engagée contre lui (article 1151 du Code civil) en établissant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a profité à celle-ci ou en opposant la confirmation de l'acte par son cocontractant devenu ou redevenu capable.

Quant à l'article 1844-10 du même Code, il ne saurait déroger non plus à la nullité posée par l'article 1147. L'alinéa 3 qui vise les causes de nullité des actes et délibérations ne s'applique pas aux contrats conclus par la société avec des tiers, acte externe⁽²⁾. D'ailleurs, la jurisprudence ne s'y trompe pas. Non seulement, la société peut se prévaloir de la nullité (absolue)⁽³⁾ de l'acte conclu en dehors de sa capacité à l'égard du tiers cocontractant de bonne foi, mais cette nullité est soumise à la prescription de droit commun⁽⁴⁾.

II- La capacité des sociétés abandonnée aux règles qui leurs sont propres

Aujourd'hui, pour les contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2018, on revient au *statu quo ante* : la capacité des personnes morales n'est

(1) Mémento F. Lefèbre, Sociétés commerciales, 2019, n°4019 ; N. Dupouy et A.-F. Zattara-Gros, art. cit.

(2) D. Bureau, Nullités sans frontières ?, À propos du domaine des articles L. 235-1 et s. C. com, in *Liber amicorum Ph. Merle*, Dalloz 2013, p. 79.

(3) Cass. 1^e civ., 18 oct. 2017, n°16-17.184, BJS 2018, p. 286, note E. Schlumberger ; RTD civ. 2018, p. 107, note H. Barbier ; JCP 2017, 1269, obs. Y.-M. Serinet ; RD banc. din. 2017, comm. 243, obs. D. Legeais ; Banque et droit 2017, p. 62, note N. Rontchevsky ; Gaz. Pal. 2018, n°23, p. 80, obs. M. Buchberger.

(4) Cass. 1^{er} civ., 18 oct. 2017, préc.

plus limitée par la règle générale de l'acte utile à la réalisation de l'objet social. Le Code civil renvoie aux règles applicables à chaque société.

Les règles légales, quand il y en a, en droit spécial des sociétés seulement, concernent les pouvoirs des dirigeants, et non directement la capacité de la société.

En réalité, la capacité des sociétés est bornée par le principe de spécialité⁽¹⁾. Sans nul doute, il s'agit du principe de spécialité légale, faisant référence, au fond à l'intérêt social (A). *A priori*, le principe de spécialité statutaire, relatif à l'objet social statutaire, ne devrait pas être concerné par la question de la capacité des sociétés. En effet, cette question a trait au pouvoir de représentation des dirigeants sociaux⁽²⁾. A y regarder de plus près, cependant, cette question intéresse également la capacité des personnes morales sociétaires (B).

A) L'intérêt social détermine la capacité des sociétés

La capacité de la société est limitée par sa spécialité légale, son objet légal⁽³⁾. La société, instituée par un contrat, a pour objet, nous précise l'article 1832 du Code civil, la réalisation de bénéfices ou d'économie. Dès lors, elle doit agir pour poursuivre la réalisation de cet objet qui caractérise ce pourquoi la société a été instituée et correspond en définitive à son intérêt.

L'article 1832 du Code civil exige toujours des sociétés qu'elles agissent dans un but intéressé (la loi PACTE n'y a rien changé), donc qu'elles passent des actes dans leur intérêt propre⁽⁴⁾.

Il est donc possible de considérer que la société a une capacité de jouissance limitée à la réalisation d'actes non contraires à son intérêt. C'est d'ailleurs dans cette voie que s'est engagée la jurisprudence à propos des sociétés à risque illimité (a). Mais la loi PACTE nous

(1) E. Schlumberger, La modification de la capacité des personnes morales par la loi de ratification du 20 avril 2018, Defrénois 20 sept. 2018, n° 139a3, p. 15.

(2) V. supra.

(3) D. Poracchia, Capacité et représentation légale en droit des sociétés à la lumière du Code civil, RTDF 2016/3, p. 90.

(4) Ibid.

conduit également à penser que demain, la contrariété à l'intérêt social pourrait également être le critère de capacité des sociétés à risque limité (b).

a) De l'application jurisprudentielle du critère aux sociétés à risque illimité...

La Cour de cassation, depuis plusieurs années, considère, à propos de sûretés consenties par des sociétés à risque illimité, que le cautionnement, même accordé par le consentement unanime des associés n'est pas valable s'il est contraire à l'intérêt social⁽¹⁾. Et cela peu importe que l'acte entre dans son objet social statutaire, précise l'arrêt du 23 septembre 2014⁽²⁾. Reste que les critères de la conformité à l'intérêt social ne sont pas clairement établis par la jurisprudence⁽³⁾.

Autrement dit, la contrariété à l'intérêt de la société empêche tout simplement la société à risque illimité de conclure un acte car la société voit sa capacité juridique limitée à la réalisation, non de l'objet social, mais de son objet légal⁽⁴⁾. C'est d'ailleurs pourquoi la nullité est ici absolue, selon l'arrêt de la chambre civile de la haute juridiction du 18 octobre 2017⁽⁵⁾.

Cette solution évoluera-t-elle avec l'adoption des nouvelles règles du Code civil et tout particulièrement l'article 1147 (nullité relative en cas d'incapacité) ? Il n'est pas impossible que demain la Cour de cassation applique cette disposition aux actes passés par les sociétés contrairement à leur intérêt social, puisqu'elle ne fait aucune distinction entre personne physique et personne morale.

(1) Cass 3e civ., 12 sept. 2012, n°11-17.948.

(2) Cass. com., 23 sept. 2014, n°13-17.347.

(3) Non seulement elle considère que la conformité est mise à mal quand la mise en œuvre de la garantie menace la pérennité de la société, mais elle semble d'autres fois exiger que la société retire une contrepartie directe ou indirecte de la garantie octroyée. Sur cette question, V. R. Dalmau, La nullité des sûretés consenties par les sociétés civiles en garantie des dettes d'autrui : un ouvrage encore sur le métier, À propos de décisions récentes de la Cour de cassation, Rev. sociétés 2018, p. 487.

(4) D. Poracchia, art. cit.

(5) Cass. 1e civ., 18 oct. 2017, n°16-17.184.

De même, la question se pose de savoir si la loi PACTE adoptée par l'Assemblée nationale le 11 avril 2019 risque de faire évoluer la situation. En effet, certaines sociétés pourront intégrer dans leurs statuts leur « raison d'être », leur devise (valeurs et objectifs à long terme)⁽¹⁾. Cette raison d'être pourrait-elle étendre la capacité des sociétés à risque illimité en leur permettant éventuellement de la poursuivre alors même que cette action pourrait être contraire à l'intérêt de la société ?

La raison d'être, dispose le nouvel article 1835, est « *constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité* ». Elle ne correspond donc pas véritablement au pourquoi la société est constituée en plus de la réalisation de bénéfices et d'économie. Il s'agit plus de la manière dont la société va se comporter pour atteindre cet objectif.

Ainsi, l'intérêt social continuerait seul à définir les frontières de la capacité des sociétés à risque illimité.

Ces solutions, qui intéressent avant tout les sociétés à risque illimités, peuvent également concerner les sociétés à risque limité.

b) ... à l'application possible aux sociétés à risque limité

En ce qui concerne les sociétés à risque limité, la situation n'est certes pas la même. En effet, la jurisprudence depuis l'arrêt du 12 mai 2015⁽²⁾, confirmé à propos d'une SAS le 19 septembre 2018⁽³⁾, estime que « *serait-elle établie, la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas, par elle-même une cause de nullité des engagements souscrits* » par le dirigeant.

Selon cette jurisprudence, les sociétés à risque limité ne voient pas leur capacité limitée par la spécialité légale (objet légal, intérêt social). Elles peuvent agir en dehors de leur intérêt propre.

(1) R. Mortier, La société à mission en France et dans le monde, Journ. sociétés avril 2019.

(2) Cass. com., 12 mai 2015, n°13-28.504, Dr. sociétés 2015, com. 147, note M. Roussille.

(3) Cass. com., 19 sept. 2018, n°17-17.600, BJS 2018, n°119c5, p. 627, note J.-F. Barbiéri.

Mais cette solution ne sera-t-elle pas remise en cause demain par les juges au regard du nouvel article 1833 du Code civil tel que modifié par la loi PACTE ? La société devant être gérée dans l'intérêt social, il est possible de penser que les juges considèrent cette règle comme une règle bornant la capacité de jouissance de toutes les sociétés, y compris celles à risque limité. Si la société doit être gérée dans son intérêt, elle ne peut donc accomplir des actes qui lui seraient contraires⁽¹⁾.

En conséquence, la capacité de toutes sociétés serait limitée par le principe de spécialité légale : agir pour réaliser des bénéfices et des économies et donc créer de la richesse. Si cette interprétation de l'article 1833 devait être retenue, la contrariété à l'intérêt social serait à elle seule une cause de nullité. Si elle ne devait en revanche pas être retenue (et ne remettrait pas en cause la jurisprudence du 12 mai 2015), cela ne voudrait pas dire pour autant que l'acte conclu contrairement à l'intérêt de la société à risque limitée soit valable.

D'une part, la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 février 2018, eu l'occasion de considérer que cette contrariété traduit un dépassement de l'objet social qui entraîne pareillement la nullité de l'engagement (cautionnement), pour autant que le tiers cocontractant ait eu connaissance de ce dépassement⁽²⁾.

D'autre part, si le dirigeant agit en toute conscience contrairement à l'intérêt social il aura détourné ses pouvoirs puisqu'il doit gérer la société dans son intérêt. Or, l'article 1157 du Code civil autorise la société à invoquer la nullité, si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer.

B) L'objet social détermine également la capacité des sociétés

Selon certains auteurs, l'objet social détermine la capacité de jouissance de la société et donc de l'étendue des pouvoirs du dirigeant⁽³⁾. Nous ne les rejoignons pas. Cependant selon nous l'objet

(1) J.-F. Barbiéri, note ss. Cass. com., 19 sept. 2018, préc.

(2) Cass. com., 14 fév. 2018, n° 16-16.013.

(3) M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, Droit des sociétés, 31e éd., LexisNexis, 2018, p. 66. *Adde*, J.-R. André et M. Storck, estimant qu'en droit des sociétés jusqu'au 10 février 2016, la capacité était rattachée à la notion d'objet social.

social peut rejaillir sur la capacité des sociétés à risque limité (a) comme illimité (b).

a) Pour les sociétés à risque limité

On l'a dit, les règles spéciales relatives aux pouvoirs de représentation des dirigeants de sociétés à responsabilité limitée et de sociétés par actions ne relèvent pas de la capacité de jouissance des sociétés. Cependant, elles peuvent avoir une incidence sur cette dernière.

En effet, l'article 9 § 1 de la directive du 14 juin 2017 (ancien article 10 § 1 de la directive du 16 septembre 2009), d'abord, précise que la société est valablement⁽¹⁾ engagée vis-à-vis des tiers par les actes accomplis par ses organes, même si ces actes ne relèvent pas de l'objet social de cette société⁽²⁾.

Cette règle rejaillit nécessairement sur la capacité de la société, car elle interdit l'exercice par la société de toute action en nullité, quel que soit le fondement, donc interdit l'exercice par la société d'une action en nullité fondée sur son incapacité à conclure l'acte accompli par son représentant légal⁽³⁾.

Pareil raisonnement vaut pour les textes de droit interne que sont ceux relatifs aux sociétés à responsabilité limitée (article L. 223-18 du Code de commerce), sociétés anonymes (de type moniste, article L. 225-56 I du Code de commerce, de type dualiste, article L. 225-64 du Code de commerce), sociétés par actions simplifiées (article L. 227-6

(1) L'article 9 se situe au sein de la section 2 relative à la nullité de la société de capitaux et validité de ses engagements.

(2) « *A moins que lesdits actes n'excèdent les pouvoirs que la loi attribue ou permet d'attribuer à ces organes. Toutefois, les États membres peuvent prévoir que la société n'est pas engagée lorsque ces actes dépassent les limites de l'objet social, si elle prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances. La seule publication des statuts ne suffit pas à constituer cette preuve* ».

(3) D. Gallois-Cochet, Réforme du droit des contrats et capacité des sociétés, Droit des sociétés n° 8-9, Août 2016, comm. 142.

du Code de commerce). La société est donc engagée par les actes de son représentant qui ne relèvent pas de l'objet social.

Nous observerons cependant que si certains actes n'entrant pas dans l'objet social des sociétés à risque limité peuvent éventuellement lui être rattaché, c'est à la condition que le tiers soit de bonne foi et que l'acte ne soit pas contraire à son intérêt⁽¹⁾.

b) Pour les sociétés à risque illimité

En ce qui concerne les sociétés à risque illimité, le gérant engage la société entrant dans l'objet social (articles 1849 du Code civil et L. 221-5 du Code de commerce). *A contrario*, l'acte dépassant l'objet social est nul. Certains auteurs considèrent que ce principe de spécialité statutaire limite la capacité de jouissance de la société⁽²⁾.

On l'observe en ce qui concerne la vente immobilière par une société civile dont l'objet social n'intègre pas expressément la passation d'un tel acte. Une jurisprudence a pu retenir que cette acte n'étant pas inclus, il n'engageait pas la société⁽³⁾.

Pour conclure, la réforme du Code civil concernant la capacité des sociétés a ébranlé la doctrine et la pratique. Fort heureusement, la loi de ratification est revenue à plus de raison. Un coup d'épée dans l'eau dirons-nous ? Pas exactement car elle a laissé des traces et permet parfois de venir au secours du droit des sociétés. Tout ça pour ça ! D'aucuns diront. Beaucoup de bruit pour rien ? Pas tant que cela, le droit des contrats a montré qu'il pouvait être attentif au droit des sociétés et peut-être donc faire bon ménage...

(1) Cass. com., 14 fév. 2018, préc.

(2) J.-R. André et M. Storck, La capacité juridique des sociétés civiles, JCP N 2017, n°46, 1310, considérant que l'objet social ne doit pas être rédigé de manière trop précise car cela réduirait la capacité de la société à contracter.

(3) Cass. 3 civ., 6 sept. 2011, n° 10-21.815 ; Cass. 3e civ., 23 oct. 2013, n° 12-22.720.

DEUXIÈME TABLE RONDE
Incidences de la réforme en droit des affaires

**L'incidence de la loi de ratification sur la cession de
droits sociaux et sur la clause de garantie de l'actif et
du passif**

JOCELYNE SAFA GANNAGE

• **Introduction**

La cession de droits sociaux constitue aujourd'hui avec l'ère de la mondialisation et l'apparition de sociétés gigantesques multinationales ,une opération centrale ,quasi incontournable de la vie économique .En effet, cette opération participe activement à la dynamique de croissance et de développement des sociétés puisqu'elle devient mode d'acquisition d'une entreprise à l'activité prometteuse ou porte de sortie pour un actionnaire en quête de liberté.

La cession de droits sociaux fait aujourd'hui l'objet de transactions astronomiques ainsi que l'objet d'un grand intérêt jurisprudentiel et doctrinal .En effet la littérature sur le sujet abonde et les contentieux autour de la mise en œuvre des garanties de passif et d'actif sont intarissables.

De son côté l'actualité n'est pas en reste puisqu'elle met en jeu les grandes multinationales en position de cédant ou cessionnaire de droits sociaux ou en position d'audit de l'actif ou passif des sociétés cédées ou dont les parts sociales ou titres sont cédés.

De ce fait, la question qui se pose est de savoir si la coloration intrinsèquement sociétaire de ce contrat ne rend pas l'application du droit civil d'autant plus difficile et mal adaptée, en l'occurrence l'application de la loi de ratification du 20 Avril 2018.

Ceci, surtout que le législateur n'a pas consacré un régime juridique unifié propre à ce contrat bien spécifique ce qui est plutôt surprenant

dans le cadre d'une opération aussi originale et capitale que la cession de droits sociaux opérant cession de contrôle ou opérant fusion.

Une large marge de manœuvre est donc laissée aux praticiens, aux hommes d'affaires ainsi qu'au jeu du marché lesquels finissent par réguler les intérêts contradictoires grâce à des techniques appropriées, une mécanique bien huilée celle de la logique des affaires.

La problématique en somme se résume à savoir si le régime juridique de droit commun des contrats tel que modifié par la loi de ratification du 20 Avril 2018, aura un impact sur le droit des sociétés et plus précisément sur la cession de droits sociaux à laquelle se grefferait une clause de garantie d'actif et de passif.

Afin de pouvoir répondre clairement à cette question, il faudra définir et décrire au préalable dans une première partie l'opération de cession de droits sociaux et établir les conditions qui nécessitent l'insertion de clauses de garantie d'actif et de passif au contrat de cession de droits sociaux.

Dans une seconde partie il faudra examiner l'incidence de la loi de ratification sur l'opération de cession de droits sociaux, au niveau de l'élaboration et formation du contrat de cession où sera étudiée la nouvelle définition des contrats d'adhésion ainsi que l'exclusion de la réticence dolosive .Il faudra examiner aussi l'incidence de la loi de ratification au niveau de l'exécution et inexécution du contrat où seront analysées les modifications apportées à la théorie de l'imprévision , à la monnaie du contrat et à la révision du prix.

Première Partie:

Description de l'opération de cession des droits sociaux avec insertion des clauses de garantie d'actif et de passif.

A-L'opération de cession des droits sociaux

L'opération de cession des droits sociaux est celle qui concerne la cession par le titulaire soit de parts sociales d'une société de personnes , soit de titres (actions et obligations) d'une société de capitaux à un

cessionnaire personne physique ou morale .Cette cession se définit non pas comme une cession de biens mais plutôt comme une cession de créances, permettant au cessionnaire d'acquérir la jouissance de certains droits dans la société : D'une part, droits politiques (comme le droit de vote, ou le droit d'être administrateur) et d'autre part droits financiers(comme le droit aux bénéfices, à la cessibilité des actions ou des parts, le droit au remboursement de l'apport d'origine à la liquidation.)

Cette cession peut porter sur une part insignifiante des titres sociaux ou parts sociales par rapport à la valeur du capital ; ce pourcentage infime de participation dans le capital ne permettra pas de détenir le pouvoir de décision dans les assemblées générales et il s'agira alors d'une cession de droits sociaux sans prise de contrôle sur l'entreprise

Or, pour détenir le pouvoir sur l'entreprise,, il faudrait encore que la cession de titres sociaux ou de parts sociales puisse devenir une cession de contrôle c.a.d. une cession de la majorité des titres ou parts dans le capital assurant la majorité des votes au sein des assemblées générales et permettant ainsi d'acquérir par la cession le pouvoir de décision et de contrôle sur l'entreprise et par suite sur toute l'activité sociale .

D'où la cession de droits sociaux qui nécessiterait une garantie de l'actif et du passif pour le cessionnaire, est celle qui se situe au-delà de la simple participation dans le capital sans être considérée nécessairement une opération de fusion laquelle permet l'acquisition de tout le capital social de la société objet de la fusion par une autre société qui s'approprie ainsi tout le patrimoine (actif et passif compris) de la société objet de la fusion.

Ainsi donc, c'est seulement dans le cas de cession de droits sociaux avec cession de contrôle ou dans le cas de fusion que le cessionnaire sera intéressé par une clause de garantie d'actif ou de passif.

Dans les cas de cession de contrôle et dans le cas de fusion ,le cessionnaire s'attend à acquérir une activité sociale au potentiel prometteur et dont le secteur est en pleine croissance ou du moins, il s'attend à mettre la main sur une entreprise dont la valeur d'actif et de passif correspond au prix qu'il aura versé au moment de la cession

C'est là, que le cessionnaire sera amené à exiger du cédant la garantie de la véracité de la valeur annoncée de l'actif et passif de la société dont il veut acquérir les droits surtout que l'opération de cession lui aura coûté un investissement de capitaux considérables.

Par suite, tout évènement pouvant affecter ou diminuer la valeur du patrimoine social en diminuant la valeur de l'actif ou en augmentant la valeur du passif et dont la cause existe avant la cession sans avoir été révélée au cessionnaire ;cet évènement pourra faire l'objet de la garantie d'actif ou de passif et pourra donner lieu à une indemnité à payer par le cédant au cessionnaire.

Il est toutefois important de souligner que la cession de droits sociaux opérant une cession de contrôle sur l'activité sociale et sur l'entreprise ne peut opérer une cession de l'actif et du passif social c.a.d. du patrimoine social puisque celui-ci appartient exclusivement à la seule personne morale société bien distincte de la personne physique des associés.

Seule l'opération de fusion permettra la cession de tout le patrimoine de la société objet de la fusion à la société absorbante.

B-La clause de garantie d'actif et de passif

A cet égard, la pratique des affaires en matière de cession de contrôle ou de fusions- acquisitions a conduit les parties à insérer dans le contrat de cession de droits sociaux, une clause de garantie d'actif et de passif laquelle engage le cédant à indemniser le cessionnaire si l'actif diminue ou si le passif augmente (créances douteuses ou latentes) suite à la cession et ceci pour une cause antérieure à la cession et que le cessionnaire n'a pu connaître.

La garantie d'actif et de passif permet ainsi à l'acquéreur de limiter les risques inhérents à la société cible puisqu'elle garantit l'authenticité des éléments comptables qui ont permis de valoriser la société cible lors des négociations. Cette garantie est toujours réclamée par l'acquéreur et sa rédaction doit être l'œuvre de professionnels.

Le cédant inclut généralement dans la garantie une obligation d'information à la charge du cessionnaire lui permettant d'être informé

le plus rapidement possible par ce dernier d'un évènement qui pourrait déclencher l'application de la garantie. Le montant de l'indemnisation pourra être supérieur au prix de l'acquisition ; cependant en pratique ce montant est généralement plafonné.

L'acquéreur exige de plus en plus « des garanties pour la garantie » de la part du cédant (cautions bancaires, assurances qui prennent en charge la garantie du passif à raison de 1% à 3% du montant de la transaction .En outre, le montant maximal et minimal de la garantie est fixé avec ses modalités et mise en œuvre et durée d'application.)

De son côté, le cédant est également protégé grâce à ces clauses puisque le contrat est très précis, le risque étant pris en compte dans la négociation du prix de l'indemnité éventuelle, les clauses devant aussi apporter le maximum de précision sur les faits.

Le préjudice contre lequel se couvre le cessionnaire correspond à la différence entre les conditions escomptées de la reprise au vu de chiffres apparents (après audit) des valeurs d'actif et de passif et les conditions réelles de celles-ci : évènements existant avant la cession qui ne se révèlent qu'après la cession, ex : non révélation de la non-conformité des stocks, ou de leur valeur réelle ,créances latentes ou douteuses non révélées ou rapports de commissaires aux comptes manquant d'impartialité ou d'objectivité à cause de conflits d'intérêt, non révélation des surcoûts dus à l'absorption ou à la fusion.

Et les contentieux à cet égard sont très nombreux ex. : cassation commerciale, arrêt du 15 Janvier 1995 lors de l'acquisition par la société d'édition Albin Michel des actions de la société SPI à raison de 75% du capital de SPI.

La jurisprudence de la cour de cassation française a même admis depuis 2008 que la clause de garantie est attachée à la chose cédée ou à l'entreprise cédée et qu'en cas de revente des parts ou actions elle puisse être invoquée par le sous acquéreur. (cassation commerciale – 12 Février 2008).

Une fois identifiée l'opération de cession de droit sociaux à laquelle se greffent les clauses de garantie d'actif et de passif, il nous reste à mettre la lumière dans une 2^{nde} partie sur l'impact de la loi de

ratification du 20 Avril 2018, sur le contrat de cession de droits sociaux décrit précédemment ainsi que sur les clauses de garantie d'actif et passif .L'impact de cette loi de ratification sera examiné au stade de la négociation et la formation du contrat ainsi qu'au stade de l'exécution et de l'inexécution du contrat .

Deuxième Partie :

Incidence de la loi de ratification sur la cession des droits sociaux et les clauses de garanties.

A- Au niveau de la formation et l'élaboration du contrat de cession des droits sociaux,la définition du contrat d'adhésion a été étendue d'une part et d'autre part, la notion de réticence dolosive été exclue du domaine des vices du consentement.

1- **Concernant l'extension de la définition du contrat d'adhésion** par la loi de ratification de 2018, à compter du 1^{er} Octobre 2019, le contrat d'adhésion n'est plus celui dont les conditions générales soustraites à la négociation sont déterminées à l'avance par l'une des parties (art. 1110 al 2 du cc).

Le contrat d'adhésion est défini aujourd'hui comme « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables déterminées à l'avance par l'une des parties ».

La loi de ratification abandonne ainsi toute référence à la notion de conditions générales ou conditions standard qui concerne les contrats de masse, ancrant ainsi la définition du contrat d'adhésion autour de l'absence de négociabilité des clauses du contrat car décidées par l'une des parties même si ces clauses ne sont pas des clauses standard .De plus, un contrat comportant des clauses non négociées ne sera pas considéré contrat d'adhésion si ses clauses étaient négociables.

Il sera donc désormais beaucoup plus facile de qualifier « contrats d'adhésion » les conventions que l'on rencontre habituellement en droit des sociétés telles que le pacte d'actionnaire ou les statuts d'une société

par actions et surtout la cession de droits sociaux laquelle était considérée un contrat de gré à gré et ne comportait pas nécessairement des conditions générales ou standard suivant l'ancienne définition du contrat d'adhésion. Le contrat de cession de droits sociaux sera dorénavant considéré contrat d'adhésion s'il contient des clauses non négociables et décidées par l'une des parties.

L'intérêt de l'extension de la définition du contrat d'adhésion est de pouvoir désormais inclure le contrat de cession de droit sociaux dans cette définition et de permettre à ce contrat de bénéficier ainsi, du régime des clauses abusives n'ayant vocation à s'appliquer qu'aux contrats d'adhésion (art. 1171 du cc).

Cette notion de clauses abusives fait écho à celles, prescrites par le code de la consommation liant un professionnel et un consommateur ou un non professionnel(art. L212-1- code de la consommation,) or l'art.1171 du c.c. issu de la loi de ratification étend le régime des clauses abusives du droit de la consommation au droit commun des contrats quad il s'agit de contrats d'adhésion.

En parallèle de la redéfinition du contrat d'adhésion, le législateur avec l'art. 1171 al.1 du c.c. , a opté pour une réduction du champ d'application des clauses abusives puisque seule une clause non négociable déterminée à l'avance par l'une des parties (cad contrat d'adhésion) et créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties sera considérée abusive et par conséquent sera réputée non écrite..

D'où ,selon la nouvelle rédaction de l'art.1171 du c.c., due à la loi de ratification , le cessionnaire ou cédant de droits sociaux pour faire considérer une clause non écrite, devra procéder à une preuve délicate à savoir : prouver d'abord que la clause n'était pas négociable et qu'elle était déterminée à l'avance par l'une des parties (d'où contrat d'adhésion) et ensuite prouver que la clause est abusive c.a.d. qu'elle entraîne un déséquilibre des droits et obligations des cocontractants.

La preuve à apporter reste difficile en pratique puisqu'il s'agit de déterminer les critères de non négociabilité d'une clause qu'on veut annuler, ce qui laisse au juge un large pouvoir d'appréciation.

Les critères pris en considération par le juge seront-ils ceux de :

- La sophistication ou complexité des clauses par rapport à un cocontractant non professionnel, non initié au monde des affaires et qui échappent donc à sa compréhension et à sa capacité de négociation ce qui paraît improbable en matière de cession de droit sociaux laquelle opère une cession de contrôle vu que dans ce cas, les cocontractants sont généralement des sociétés initiées à la pratique des affaires.
- Les critères seront-ils aussi ceux du caractère inhabituel des clauses ce qui expliquerait leur non négociabilité ?
- Ou bien concerneront-ils plutôt les circonstances entourant l'opération de cession de droits sociaux ? ex : société cédante en difficulté face à un groupe de sociétés cessionnaires exerçant une pression car jouissant d'une grande force économique et de ce fait lui imposant ses conditions dans le contrat. ?
- Ou encore l'impossibilité pratique de négociation des statuts si les cessionnaires constituent une masse indistincte et nombreuse d'actionnaires en cas d'opération de souscription ou d'augmentation du capital ?

Ces questions relatives à la négociabilité ou pas des clause qui sont de surcroit abusives nous conduisent à examiner le concept « d'abus de dépendance » qui est une manifestation de la violence conduisant à un vice du consentement tel qu'il est entendu à l'art.1143 du c.c. Or, la nouvelle rédaction de l'article 1143 du c.c par la loi de ratification réduit le domaine de l'abus de dépendance. En effet, cet article considère qu'il y a violence lorsqu'une partie abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage excessif.

Mais cet article modifié considère toutefois que la dépendance du contractant ne doit plus être appréciée en fonction de sa seule personne mais à la lumière de ses relations avec son cocontractant, autrement dit, cet amendement ne permet pas de protéger au sens strict une personne

considérée comme faible ou vulnérable, mais bien une partie à un contrat qui se trouve en position de sujétion, de dépendance v/s à une autre.

Cette définition assez floue laisse encore une fois, un large pouvoir d'appréciation au juge .En effet, il faudra dorénavant prouver que l'un des partenaires au contrat de cession de droits sociaux jouissait d'une position dominante soit au niveau de sa force économique, soit au niveau de son expérience de professionnel et d'initié mais cela ne suffit pas, puisqu'il il faudra encore prouver que ce partenaire dominant avait abusé de sa position dominante dans ses relations avec l'autre partenaire en position de faiblesse et ceci eu égard aux circonstances.

Sous cet éclairage , on peut estimer que l'éventualité d'un déséquilibre manifeste des prestations dues à un abus de dépendance propice à l'abus est assez faible dans le cadre de l'opération de cession de droits sociaux entraînant cession de contrôle ou fusion. Il est rare en effet que le cessionnaire ou le cédant ne soient pas des sociétés et il est encore plus rare que ces sociétés ne soient pas dirigées par des praticiens initiés au dur monde des affaires.

Les seules hypothèses envisageables de partenaires en état de dépendance propice à l'abus , seraient celle d'une société cédante en difficulté financière obligée de céder une grande partie de son capital à n'importe quel prix et conditions afin d'éviter la catastrophe , ou bien celle d'un cessionnaire personne physique non initiée, intéressée à l'achat de quelques titres dans un but purement spéculatif, dans une vision à court terme et qui de ce fait n'est intéressée à la situation de l'entreprise et à l'activité sociale que dans la mesure où elle peut influencer sur le cours de la bourse et sur la plus-value opérée sur ses titres et même dans ce cas il est rare que ce type de cessionnaire ne se fasse pas conseiller par des experts avisés.

2- Concernant les vices du consentement, la loi de ratification opère à l'art 1137 al 2 du cc ,l'exclusion de la réticence dolosive portant sur l'estimation de la valeur de la prestation d'où « ne constitue plus un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour

l'autre partie » ce qui vient consacrer définitivement la jurisprudence Baldus de la Cass.civ.du 3 Mai 2000 .

En matière de cession de droits sociaux, cet ajout permettra de conforter la position du cédant investi du droit de ne pas tout dire au cessionnaire à l'occasion des audits portant sur la société cédée.

Désormais, l'obligation d'information du cédant ne portera plus sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Or l'on sait le nombre de litiges relatifs à la réticence dolosive constituée lorsque le cédant cache sciemment la situation financière obérée de la société dont les parts sont cédées (cass. comm. 9 Mars 1983) ou lorsque le cédant n'avise pas le cessionnaire de l'éventualité du passif fiscal pesant partiellement sur la société et dont le montant est tel que la vie même de l'entreprise est compromise ou lorsque le FC de la société était dépourvu de clientèle et que les cédants avaient dissimulé aux cessionnaires les difficultés d'exploitation etc..(cass. comm. 8 Juillet 2003).

A cet égard, la jurisprudence française avait même devancé la loi de ratification puisqu'elle admettait déjà difficilement qu'un dol par réticence puisse être invoqué lorsque les cessionnaires sont des professionnels compétents ou d'anciens dirigeants ou fondateurs de la société dont les parts sont acquises . La Cour de Cassation 20 ans auparavant, avait même consacré un véritable devoir de se renseigner pesant sur le cessionnaire en considérant que le dol devait être apprécié au regard de la qualité du cessionnaire et de la capacité de ce dernier à avoir accès aux informations que le cédant ne lui avait pas spontanément communiqué.

Ainsi, la Cour de Cassation avait retenu la qualité de professionnel du cessionnaire, pour constater son imprudence, sa faute grossière à ne pas procéder à des vérifications financières, à des contre expertises, à procéder à plusieurs audits financiers, juridiques, fiscaux, techniques, environnementaux en affirmant que le cessionnaire professionnel était sensé connaître les risques liés à l'opération (cass. com.20 Mars 2003).

La jurisprudence française est toujours aussi sévère à l'égard du cessionnaire puisqu'elle estime aussi que ce dernier est non seulement

tenu par une obligation de s'informer lui-même mais aussi d'informer le cédant de l'évènement mettant en jeu la garantie dans le délai convenu sinon il est déchu de la garantie.

D'où l'incidence de la loi de ratification en matière d'exclusion de la réticence dolosive n'est pas fondamentale (ce n'est donc pas une nouveauté) puisque'elle ne fait que conforter une pratique généralisée et consacrée par la jurisprudence française à l'égard du cessionnaire professionnel en le privant du moyen de défense qu'est le dol par réticence du cédant et ceci bien avant la loi de ratification.

Par contre, l'impact de la loi de ratification en matière d'exclusion de la réticence dolosive est beaucoup plus important si le cessionnaire de droits sociaux n'est pas un professionnel. Toutefois, cette éventualité reste assez faible puisque les cessionnaires, comme nous l'avons déjà souligné, sont le plus souvent des professionnels et s'ils ne le sont pas, ils se font souvent conseiller par des professionnels avisés.

Le débat pourrait toutefois porter sur la valeur éthique de cette exclusion puisque'elle semble privilégier l'efficacité des affaires, la rentabilité économique aux dépens de la justice contractuelle et du principe de bonne foi des cocontractants et de la moralisation des relations juridiques.. Il y aurait même comme un encouragement au cédant à exécuter son obligation d'information de manière imparfaite toutes les fois que les gains attendus de cette dissimulation sont supérieurs aux dommages-intérêts à payer.

En définitive, si la réticence dolosive n'est plus un vice du consentement en droit civil depuis la loi de ratification et si de plus la jurisprudence de la cour de cassation avait déjà consacré ce principe bien avant la loi de ratification en matière de cession de droits sociaux et de fusion ; la pratique du droit des affaires elle, est venue en contrepartie, offrir une protection au cessionnaire de droits sociaux en cas de diminution de la valeur de l'actif ou de l'augmentation de la valeur du passif de la société dont il désire acquérir les parts ou les titres, ceci afin de couvrir les risques non prévus, non visibles et donc non assumés par le cessionnaire lors de la cession, bien que leur cause ait existé avant la cession. Cette protection permet donc au cessionnaire d'insérer dans le contrat de cession des clause de garantie de passif et

d'actif qui viennent ainsi couvrir le défaut d'information intentionnel du cédant c.a.d. couvrir le défaut de transparence ou de visibilité du vice existant dans l'actif ou dans le passif au moment de la cession.

Ainsi la garantie d'actif et de passif engagera le vendeur ou cédant à indemniser le cessionnaire si l'actif diminue ou si le passif augmente après la cession et pour une cause antérieure à la cession. Les clauses de garantie décrites précédemment, viennent ainsi remplacer le vide législatif en cas de réticence dolosive du cédant et compenser aussi la sévérité jurisprudentielle à cet égard. L'impact de l'art 1137 al.2 du c.c. de la loi de ratification eu égard aux correctifs apportés aux vices du consentement notamment eu égard à la réticence dolosive, s'en trouve encore une fois énormément amoindri par rapport aux contrats de cession de contrôle et aux opérations de fusion.

B- Au niveau de l'exécution du contrat

1- L'imprévision

L'une des nouveautés introduites par la loi de ratification de 2018 à l'article 1195 du c.c a été de consacrer un régime légal de l'imprévision c.a.d. ouvrir la possibilité, pour une partie en cas d'échec de la négociation contractuelle à l'amiable, de saisir le juge pour qu'il force l'autre partie à réviser le contrat, à réviser le prix ou à résoudre le contrat.

Une exception est toutefois apportée au régime de l'imprévision au vu du nouvel article L.211-40-1 du code monétaire et financier. En effet, le régime légal de l'imprévision ne sera pas applicable aux obligations résultant d'opérations sur les titres et contrats financiers évoqués à l'article L.211-1 du code monétaire et financier.

D'où les cessions de droit sociaux portant sur des titres de sociétés de capitaux se trouvent à partir du 1^{er} Octobre 2019 soustraites du champ d'application de la révision judiciaire du contrat pour imprévision.

Cette exception est justifiée par le fait que les contrats de cession de titres ou contrats financiers intègrent naturellement un aléa dans le contrat pouvant donc laisser supposer que le régime de l'imprévision est écarté d'office dans la mesure où les parties acceptent d'en assumer le risque. (Le régime de l'imprévision paraît donc mal adapté au secteur financier sensible au changement et volatile par nature, les changements imprévisibles des circonstances n'étant pas rares dans ce domaine.)

A contrario, rien n'exclut l'application du régime légal de la loi de ratification c.a.d. de l'article 1195 du code civil avec révision judiciaire du contrat en cas d'imprévision si la cession des droits sociaux porte sur des parts sociales de sociétés de personnes surtout si l'exécution de cette cession est différée dans le temps (entre le signing et le closing) signature et clôture des comptes sociaux, ce qui augmente la probabilité de survenance de changements imprévisibles et par conséquent l'application de la théorie de l'imprévision.

Quel sera donc l'impact de ce régime légal issu de la loi de ratification portant sur l'imprévision en matière de cessions de droit sociaux.

Eu égard à la cession de parts sociales, les parties peuvent toujours écarter le régime légal puisqu'il n'est pas d'ordre public et ceci au profit de l'accord contractuel.

Eu égard à la cession de titres sociaux exclue du régime légal de l'imprévision, les parties n'ont pas d'autre choix pour gérer l'imprévision que de recourir à un régime contractuel bien défini.

En effet les parties peuvent prévoir des clauses dans le contrat de cession de droits sociaux (qu'il s'agisse de titres ou parts sociales) comme par exemple la clause de « Hardship » ou clause de sauvegarde et qui est celle qui se rapproche le plus de la notion d'imprévision envisagée par le cc

et qui permet de gérer l'imprévision dans les contrats.

En effet selon l'art. 6-2-2, des principes unidroit, il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations soit que le coût de l'exécution des obligations

ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué et ceci :

- a) à condition que ces évènements soient survenus ou aient été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat.
- b) que la partie lésée n'ait pas pu raisonnablement lors de la conclusion du contrat prendre de tels évènements en considération.
- c) que ces évènements aient échappé au contrôle de la partie lésée et que le risque de ces évènements n'aient pas été assumés par la partie lésée. Par contre, si les risques ont été assumés ce qui est généralement le cas dans la cession de titres, la clause de sauvegarde ne pourra pas jouer.

Les clauses de sauvegarde sont fréquentes dans les contrats internationaux, elles nous rappellent les clauses de garantie de l'actif ou du passif prévues dans le contrat de cession de droits sociaux et décrites précédemment dans notre analyse, sauf que, et il faut le préciser, dans les clauses de garantie, la cause des évènements doit avoir existé avant la cession, cette condition n'étant pas exigée dans les clauses de sauvegarde ou en matière d'imprévision.

Il convient aussi de souligner, que la clause de garantie a un champ d'application plus étroit que celui de la théorie de l'imprévision puisqu'elle ne couvre que les évènements futurs c.a.d. survenant après la cession mais dont les causes sont antérieures à la cession et qui sont supposées être connues du cédant et donc prévisibles pour le cédant.

La théorie de l'imprévision, elle, permet de couvrir les évènements imprévisibles qui surviennent après la cession et dont les causes peuvent exister indistinctement, avant ou après la cession et qui ne pouvaient donc être connues des cocontractants.

La pratique des affaires semble donc devancer le régime légal de l'imprévision en prévoyant des techniques plus adaptées et il semble donc plus judicieux d'écarter le régime légal de révision judiciaire et d'aménager contractuellement l'imprévision, soit en prévoyant des clauses de hardship, soit des clauses de garantie d'actif et de passif

En effet, le régime légal avec la loi de ratification, présente des zones d'ombre synonymes d'insécurité pour les cocontractants et donne par conséquent au juge un pouvoir sur le contrat pouvant être défavorable aux parties.

Cette démarche proactive de la part des parties concernées a l'avantage de pallier la plupart des incertitudes dues à l'absence totale de jurisprudence sur le sujet concernant le régime légal de révision judiciaire.

2- Le paiement en devises

Suivant l'art. 1343-3 du c.c. le paiement en France d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros-Néanmoins aux termes du même article « une autre devise que l'Euro peut être stipulée si l'obligation procède d'un contrat international ou d'un jugement étranger »

Or la modification apportée par la loi de ratification élargit les cas dans lesquels les paiements peuvent être stipulés en devise étrangère, puisqu'avec l'amendement, ce paiement en devise ne se limitera plus au contrat international mais s'étendra au cas où il procède d'une opération à caractère international.

A cet égard, il convient de distinguer entre le contrat international et l'opération à caractère international

Le contrat international est celui qui est conclu entre 2 Etats ou bien celui qui est conclu entre un Etat et une société étrangère..

C'est celui qui intéresse aussi le droit international privé quand il est conclu entre personnes physiques ou morales de droit privé dans leurs relations internationales cad celles où se glisse un élément d'extranéité ou élément étranger comme pour la vente internationale de marchandises entre exportateur et importateur et qui fait l'objet de la Convention de Vienne de 1980, le vendeur et acheteur étant de nationalité différente.

Par contre ,l'opération à caractère international selon la définition tirée de la jurisprudence française est celle qui confère la qualité d'internationalité à un contrat qui ne comporte pas d'éléments

d'extranéité à lui seul mais qui opère un échange ou transfert de biens au-delà des frontières. A ce propos, la cour d'appel de Paris a considéré que les conditions d'internationalité étaient réunies dans un contrat conclu à Rome entre 2 sociétés italiennes et portant sur la vente stipulée en lires italiennes d'un navire battant pavillon italien, arguant du fait que l'opération impliquait un mouvement de biens économiques à travers les frontières.

Par conséquent, en matière de cession de droits sociaux, sera considérée aussi opération à caractère international, l'accord conclu entre deux sociétés françaises de faire financer par une banque française un projet d'acquisition de droits sociaux dont l'exécution se situe à l'étranger.

Le changement apporté par l'art. 1343- du c.c. à cet égard est donc efficace et dans le sens de la réalité économique.

Il faut ajouter que l'art. 1343 du c.c. énonce que le paiement en devise étrangère est admis s'il intervient entre professionnels lorsque l'usage d'une monnaie étrangère est communément admis. Ce sera au juge de dire ce qu'il faut entendre par « usage communément admis ». Le rôle du juge est par là, une fois encore élargi.

C- Au niveau de l'inexécution du contrat

La loi de ratification a réécrit l'art. 1223 al.1 et 2 du c.c. ce qui permet dorénavant au créancier de l'obligation inexécutée de réduire unilatéralement le prix si ce prix de cession n'a pas encore été payé. Par contre, si le prix a été intégralement payé, c'est au juge que le créancier à défaut d'accord du débiteur peut demander la réduction du prix.

Toutefois, rien n'empêche que cette réduction unilatérale du prix soit convenue entre les deux parties d'où elle n'est plus unilatérale.

Si l'on revient au droit des sociétés et notamment à la cession de droits sociaux, le cessionnaire pourra utiliser le pouvoir que lui accorde l'article 1223 al 1 et 2 du c.c.

Toutefois, les dispositions de cet article n'étant pas impératives, rien n'interdit aux parties d'envisager certaines clauses pour aménager une révision du prix en cas de changements imprévisibles . On recense notamment les clauses d'adaptation automatique, les clauses d'indexation des prix. Les clauses « Material Adverse Change » en matière de cession de titres ou encore les clauses « d'earn out » pour les achats de sociétés ou fusions- acquisitions.

De toute façon dans les clauses de garantie du passif et de l'actif, le cédant s'engage souvent à payer davantage que le prix reçu de la vente pour indemniser le cessionnaire en insérant une clause de complément de prix.

• Conclusion

En conclusion, on peut affirmer que l'impact de la loi de ratification de 2018 reste faible pour 2 raisons :

D'une part, certaines de ses dispositions ne sont pas d'ordre public et peuvent donc être écartées par la volonté des parties dans le contrat.

Et d'autre part, la cession de droits sociaux est une opération essentielle dans le monde des affaires. Or, le monde des affaires a pour caractéristique d'être en constante évolution ,d'être sujet à des changements souvent rapides et imprévisibles ; l'urgence ou contraintes économiques poussant le plus souvent les praticiens, hommes d'affaires et représentants de sociétés à prévoir des techniques adaptées à cet univers si particulier, plus souples et moins étriquées que celles aménagées par le législateur, techniques permettant de résoudre des problèmes souvent complexes sans devoir pour cela, attendre le long et laborieux processus d'élaboration et de promulgation des lois et de leur application et interprétation jurisprudentielle.

D'où l'on peut se demander dans quelle mesure les dispositions même amendées du code civil par la loi de ratification peuvent impacter positivement et efficacement sur des opérations aussi spécifiques, originales et complexes que celle du droit des affaires et des sociétés sans devoir être étriquées , mal adaptées ou sans devenir rapidement obsolètes.

DEUXIÈME TABLE RONDE
Incidences de la réforme en droit des affaires

**L'impact de la réforme du droit des contrats sur les
opérations de joint-venture^(*)**

Gaby CHAHINE

“In short, America assimilated French experience, borrowed the name from Scotland, and domesticated its own business organization, which it denominated joint venture or joint adventure⁽¹⁾”

La *joint venture*^{**}. Une expression qui tombe dans notre audition tel un bruit sourd qui semble ne rien évoquer ou presque. Franciser la prononciation, ‘*joint venture*’ ne paraît pas nous éclaircir davantage sur le sens profond de cette expression.

Cependant, cette première impression n’est qu’une apparence trompeuse. L’expression *joint venture* porte déjà en elle la semence de sa signification. Sa première moitié évoque dans l’esprit un lien, un ensemble ou une communauté. Sa seconde moitié, quant à elle, nous rappelle sans doute que nous sommes face à un projet risqué, voire une aventure.

L’aventure est une entreprise, au sens économique du terme. C’est un capital, investi dans une idée présentant une valeur marchande. Le lien, quant à lui, est de nature juridique, c’est un engagement pris par chacun des co-aventuriers de vivre ensemble, selon des « *règles de vie* » bien précises, ladite aventure.

La *joint venture* est donc une entreprise commune (!).

En effet, avant-même la fin du monde bipolaire engendré par la guerre froide, des disparités économiques importantes sont apparues

(*) Dr. Gaby CHAHINE, Professeur des universités, juge judiciaire.

(1) Taubman J., *The Joint Venture and Tax classification*, New York, Federal legal publications, 1957, p.81.

entre les pays occidentaux à économie libérale et les pays à économie socialiste⁽¹⁾. C'est cette disparité qui a poussé les *managers* de l'époque à imaginer un système de transfert de technologies permettant une coopération équitable. Un système d'association paritaire qui, sans heurter les fondements de la *planification étatique*, soit conforme à la vision occidentale des relations d'affaires, ce fut la *joint venture*⁽²⁾.

Perçue alors comme une option de second choix, les spécialistes du commerce international ont vite parié sur sa disparition suite à l'ouverture progressive de l'économie socialiste. Il n'en fut rien⁽³⁾. Les exemples de *joint ventures* librement conclues en dehors de toute forme de coercition ne manquent pas aujourd'hui. Ainsi, pendant la dernière décennie, leur nombre a augmenté trois fois plus vite que les autres techniques de rapprochement structurel mais aussi d'investissements directs à l'étranger⁽⁴⁾.

Cette progression rapide des *joint ventures* n'est que le reflet des transformations économiques, sociales et géopolitiques de grande ampleur qui ont marqué, dès la fin des années 1980, les relations internationales mais aussi le marché désormais globalisé⁽⁵⁾.

La *joint venture* est donc une stratégie d'entreprise. Elle se définit économiquement comme :

(1) V., sur ce point, Maotti L., *Les échanges compensés internationaux*, Pedone, 1994.

(2) V., l'étude commune menée par la CEE et les Nations Unies : *Les coentreprises en Europe orientale et en Yougoslavie : évolution de la législation, 1977-1979*. V., aussi, Barbarin I., *Les joint ventures en matière pétrolière*, thèse Economie et relations internationales, Aix-en-Provence, 1982. ; Goulene A. *La joint venture, une technique de coopération avec l'Europe de l'Est : l'exemple roumain*, thèse, Nice, 1995.

(3) Garette B. et Dussauge P., *Les stratégies d'alliance*, préface de Jean-Luc Lagardère, Les éditions d'organisation, 1995. V., aussi, Contractor F.J., Lorange P., *Cooperative Strategies in international Business*, Lexington Books, 1988 ; Goldenberg S., *International Joint Venture in action*, Hutchinson Business Books, 1988; Franko L.G., *Joint venture survival in multinational corporations*, Praeger, 1971.

(4) Garette B. et Dussauge P., *Op. Cit.*, spécialement p.55.

(5) V., Porter M.E., *Competition in Global Industries*, Harvard Business School Press, 1986.

« Une association entre plusieurs entreprises indépendantes qui choisissent de mener à bien un projet ou une activité spécifique en coordonnant les compétences, moyens et ressources nécessaires plutôt que :

- De mettre en œuvre ce projet ou cette activité de manière autonome, en supportant seules les risques, et en affrontant seules la concurrence.
- De fusionner entre elles ou de procéder à des cessions ou acquisitions d'activités.⁽¹⁾»

Envisagée ainsi, elle présente des avantages certains⁽²⁾. Elle est considérée comme un excellent moyen d'internationalisation de l'entreprise et de renforcement du phénomène de concentration. Elle est source de synergie, mais aussi un modèle avantageux de répartition des risques, d'accès au savoir-faire et de transfert de technologies⁽³⁾.

En effet, « formule économiquement typée » la *joint venture* est aussi une « formule juridiquement atypique⁽⁴⁾ ». Ainsi, le Professeur Guyon a pu affirmer devant la Cour de Cassation libanaise que la *joint venture* était une notion « indéfinissable (...) qui empreinte les schémas des groupes de contrats mais aussi du droit des sociétés (...) et que plusieurs auteurs se sont attaqués à elle sans pouvoir la définir⁽⁵⁾ ».

(1) Garette B. et Dussauge P., *Op. Cit.*, p.27.

(2) Nous observons dans la pratique plusieurs types de *joint venture*, telles : JV pour la soumission et exécution de marchés ; JV de co-production ou de co-commercialisation ; JV de co-exploitation de ressources naturelles ou de savoir-faire ou de technologies ; JV de recherche-développement...etc.

(3) Naulleau G., *La joint venture internationale : une forme complexe et habile d'entreprise*, in Gérard et comprendre, annales de l'Ecole des mines, mars 1990, n°30, p.4.

(4) Vivant M., *Le joint venture, ou parlez-vous français ?*, in JCP éd. E, suppl., Cahiers de droit de l'entreprise, n°5, 1979, p.1.

(5) Guyon Y., consultation auprès la Cour de Cassation Libanaise, Affaire *Khayat c/ Oxford University Press*, Inédite. Voir aussi, autour de la définition des *Joint ventures*, Fouchard Ph., Préface à l'ouvrage de Pironon V., *Les joint ventures contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz 2004.

La *joint venture* est donc une opération contractuelle. Elle est aussi un opérateur du commerce international introduit sur le marché par ses partenaires sous forme d'une société commerciale.

« *Contrat travesti en société, société travestie en contrat*⁽¹⁾», la *joint venture* est bien une notion bipolaire. Elle est donc, à ce titre, susceptible d'intéresser doublement notre colloque. Une première fois en tant **qu'opération** contractuelle et une seconde fois en tant **qu'opérateur** – société commerciale.

Face à la réforme et son « *biotope devenu instable*⁽²⁾», l'ambition de la présente recherche ne peut être que modeste et ses développements forcément sélectifs ! Une forme d'initiation, non une présentation exhaustive.

Ainsi, nous commençons dans une première partie par identifier cette forme particulière d'entreprise à travers l'identification de **l'opération** ainsi que l'identification de **l'opérateur**.

Notre seconde partie sera, quant à elle, consacrée à une certaine *lecture sélective* de l'impact de la réforme sur les *joint ventures*. Ces opérations qui, tantôt semblent échapper à la réforme, et tantôt semblent saisies par ses aspects multiples.

I – Identification de la joint venture.

La *joint venture* est un « *un système de contrats*⁽³⁾ » qui crée « *une forme associative (...) de collaboration*⁽⁴⁾ », qui est « *entouré par une société*⁽⁵⁾ », et qui vise à assurer aux partenaires « *indépendants entre*

(1) Chahine G., *La joint venture* sociétaire internationale, *modélisation et contraintes*, Thèse, Montpellier 2004, voir résumé *in fine*.

(2) Massart Th., Introduction au *dossier spécial sur la réforme du droit des contrats*, in *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, n°147, mai 2016, Dossier 3, n°2.

(3) Lesguillons H., Préface à l'ouvrage : les associations d'entreprises (*Joint Venture*) dans le droit du commerce international, de Baptista L-O. et Durand-Barthez P., 2ème édition, FEC, 1991.

(4) Friedmann W.G., Kalamanoff G., Monaghan Th.E., et Pirie J.C., *The Right of Private Investors in, and Legal Nature of Joint Ventures*, New York, 1963, p.6.

(5) Raymond Cl., *Le contrat de « Joint Venture » in Innominatverträge*, mélanges Schlupep Schultess, Zurich, 1988. V., aussi du même auteur, *Réflexions sur la nature*

eux, (le droit) à la gestion conjointe de leur entreprise (...) et dont la finalité est d'aboutir à un objectif déterminé⁽¹⁾».

A – identification de l'opération de joint venture :

Le contrat est une condition *sine qua non* de l'existence de la *joint venture*⁽²⁾. C'est sur le contrat, et uniquement sur lui que repose la *joint venture* – même sociétaire – qui n'est en aucun cas un *status created by law*⁽³⁾ (un statut légal).

Dès lors, ce sont les règles issues du droit des contrats qui ont vocation à s'appliquer, en d'autres termes, les « *ordinary rules governing the interpretation of contracts*⁽⁴⁾».

La *joint venture* en tant qu'opération procède d'un contrat aux composantes les plus variées. Ce contrat est l'expression de la « *vérité*⁽⁵⁾» des rapports des partenaires. Ses fonctions varient selon que l'on se place au moment de la formation de la *joint venture* ou qu'on se projette dans ses évolutions futures.

Ainsi, au moment de la formation de l'entreprise, le contrat se présente comme l'acte constitutif de la coopération, sa charte et sa *magna carta*. Aussi, au cours des évolutions futures de l'entreprise, le complexe contractuel est un acte de prévision, qui va tenter d'anticiper les crises de la coopération, mais aussi son éventuelle circulation ou résolution. C'est enfin, un acte d'accompagnement de la société

juridique du contrat de joint venture, in *Journal des Tribunaux*, Lausanne, 1975, p.58.

(1) Baptista L-O. et Durand-Barthez P., *Op. Cit.*, p.50 et 51.

(2) L'arrêt *Hyman V. Regenstein* précise à cet égard que : « *The sine qua non of joint ventures is a contract...* », cité par Baptista L-O. et Durand-Barthez P., *Op. Cit.*, p.15.

(3) *United States V. Standard Oil Company of California*, in *SDNY*, 1959, 270, F2d 50.

(4) *Winnet V. Metzger*, cité par Baptista L-O. et Durand-Barthez P., *Op. Cit.*, p.15.

(5) Baptista L-O., et Barthez-Durand P., *Les associations d'entreprises (joint venture)* dans le commerce international, 2ème édition, Feduci 1991, p.114.

commune, opérateur de la *joint venture*. **C'est donc un contrat-organisation**⁽¹⁾.

Le contrat exprime l'objectif commun des partenaires. La poursuite de cet objectif commun étant un « *point fondamental*⁽²⁾ » qui se situe « *au départ de toute l'analyse des contrats de coopération*⁽³⁾ ». Le contrat exprime encore *l'animus cooperandi*, c'est à dire un certain esprit dans la conduite de la coopération contractuelle. C'est une relation intime caractérisée par un mariage des trois notions classiques *d'intuitus personae*, d'égalité et de loyauté des partenaires. Il s'agit en fait de chercher à installer « *un équilibre (...) entre eux*⁽⁴⁾ ». C'est donc un dépassement de la simple notion de contrôle⁽⁵⁾ de l'entreprise, vers une égalité des partenaires, égalité qui s'affirme au-delà des disparités dans les participations au capital⁽⁶⁾. Au demeurant, ceci ressemble

(1) Voir au sujet des contrats-organisations, Didier P., Brèves notes sur les contrats-organisations, in Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, 2015, p.5 et s.

(2) Dubisson M., *Les caractères juridiques du contrat de coopération en matière industrielle et commerciale*, in DPCI, 1984, T. 10, n°3, p.303.

(3) *Ibidem*.

(4) Shabert T., *Paris-Bonn, impression d'Allemagne*, in Le Point n°1184, du 27 mai 1995, p 71.

(5) Pour approfondir davantage cette notion, voir, Gastaud J-P., Personnalité morale et droit subjectif, L.G.D.J, 1977, n°86. ; Loussouarn Y., préface à la thèse de Champaud C., Le pouvoir de concentration de la société par actions, Thèse, Rennes 1961, Sirey 1962, p.VII. ; Oppetit B., Les rapports des personnes morales et de leurs membres, Thèse Paris II, 1963, p.156. ; Vanhaecke M., Les groupes de sociétés, Thèse, Caen 1957, L.G.D.J. 1959, n° 14.

(6) La doctrine juridique est unanime pour affirmer l'importance majeure du principe d'égalité: M. Dubisson soutient que « *l'égalité entre les parties à un contrat de coopération constitue une absolue nécessité. Elle est de l'essence même d'un tel accord...* » ; M. Brill que « *le lien de collaboration entre les sociétés mères (...) doit être égalitaire* » ; M. Mestre affirme que « *le recours à une filiale commune postule une gestion égalitaire* » ; MM. Mercadal et Janin admirent les parties qui coopèrent « *sur un pied d'égalité juridique, sans aucune soumission à l'une d'entre elles, en vertu de la confiance réciproque et mutuelle qui les animent* ». Ces auteurs sont cités par, Chahine G., *La joint venture sociétaire internationale, modélisation et contraintes*, Thèse, Montpellier 2004, n°113, p.57.

certainement à un affront à l'équation infaillible du droit des sociétés, c.à.d. cette connexion « *radicale*⁽¹⁾ » entre capital et pouvoir⁽²⁾.

En réalité, en tant que contrat l'opération de *joint venture* est plurielle. Il s'agit d'un complexe contractuel hiérarchisé⁽³⁾ formé par un accord de base, véritable noyau dur du système, autour duquel gravite un certain nombre d'accords satellites⁽⁴⁾.

L'accord de base est la charte de la coopération et le pacte d'organisation de l'entreprise commune. Il répond donc à ce que la doctrine appelle un pacte d'associé⁽⁵⁾. Une approche empirique de son contenu nous permet souvent d'identifier plusieurs strates de règles spécialisées :

- Règles de confidentialité et autres clauses relatives à l'accès à la data room ;
- Règles relatives à la gestion des situations d'imprévision et de *hardship* ;
- Règles relatives à la gestion de situations de blocages et/ou de rupture (clause de *swing man* ou *umpire*, clause de recours à l'expertise, à l'échelon hiérarchique supérieur, à la médiation, à l'arbitrage, clause de retrait, clause d'exclusion);
- Règles relatives à la sauvegarde des équilibres initiaux (clause de *buy or sell*, clause américaine, clause dite de roulette russe, différents types de clauses d'agrément, de préemption et de préférence...etc.)
- Règles d'organisation du contrôle conjoint de l'entreprise⁽⁶⁾ (convention de vote, pactes de préférence, dissociation entre

(1) Schiller S., Limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales, Préface de F. Terré, LGDJ, 2002.

(2) Voir à ce sujet, Stork M., *Définition légale du contrôle d'une société en droit français*, in Revue des sociétés, 1986 n°3, p.396.

(3) Chahine G. ; *Op.cit.* n° 159 et s., p. 80 et s.

(4) Langefeld-Wirth K., Les *joint ventures* internationales, GLN Joly, 1992, p.8.

(5) Voir autour de cette notion, Lamy, Droit des sociétés, édition 2002, n° 3148 et s.

(6) Voir à ce sujet, Chevallier A-M., *L'accord d'actionnaire dans une filiale commune*, in RDAI, 1988, n°7, p.868. ; Pironon V., Les *joint ventures*, contribution

propriété du capital et détention du pouvoir...etc.) et de répartition de ces résultats économiques⁽¹⁾.

- Etc⁽²⁾...

Autour de l'accord de base, et en situation d'infériorité et de dépendance à son égard, nous retrouvons un ensemble d'accords satellites qui viennent compléter le paysage classique de la *joint venture*. A ce titre, nous pouvons signaler :

- Les accords de transfert de technologies ou de savoir-faire⁽³⁾ ;
- Les accords de financement de l'entreprise commune ;
- Contrats de baux ou de crédits-bails ;
- Contrats de licences industrielles et d'autorisation de toutes sortes relatives aux éléments de propriétés commerciales et/ou industrielles ;
- Contrats de gestion des situations de concurrence entre les partenaires⁽⁴⁾ ;
- Etc⁽⁵⁾...

L'ensemble accord de base – accords satellites s'insère dans un schéma pyramidal, donc hiérarchisé⁽⁶⁾. Il s'ensuit une communauté de

à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale, Dalloz 2004, n°117, p.63.

(1) Voir à ce sujet, Friedmann W-G., et Beghin J-P., *Joint international business ventures in developing countries, Case studies and analysis of recent trends*, Columbia University Press, 1971, p.11.

(2) Pour d'amples développements autour du contenu de l'accord de base, voir CHAHINE G., *Op.cit.* n° 227 et s. p. 120 et s et n° 381 et s., p. 204 et s.

(3) Voir à ce sujet Karim V., *Les contrats de réalisation d'ensemble industriel et le transfert de technologie*, Montréal, 1987, p.3.

(4) Voir à cet égard, Lesguillons H., *Coopération industrielle et droit de la concurrence*, Lamy contrats internationaux, 2004, 7-751.

(5) Pour d'amples développements autour du contenu des accords satellites, voir CHAHINE G., *Op.cit.* n° 153 et s. p. 76 et s.

(6) Voir, Perrouin J., *La hiérarchie des conventions en droit privé*, thèse, Toulouse 2000, n° 13, p.15. ; Chedeville D., *La liaison entre contrats*. Malbosc-Cantegril F., *Essai sur l'acte juridique conjonctif*, Thèse, Toulouse 1991.; Seube J-B., *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec 1999. ; Cabrillac R., *L'acte juridique*

destin qui s'exprime par l'application d'un régime juridique unitaire⁽¹⁾ à l'ensemble de ces composantes contractuelles.

Ainsi identifiée, l'opération contractuelle ne peut s'exprimer que par le biais de la personnalité morale, d'où un recours quasi-systématique de la part de la pratique à l'institution d'un opérateur-société commerciale.

B – identification de l'opérateur de joint venture :

La nature associative de la *joint venture* signifie que les partenaires sont tenus à mettre en commun des biens ou leur industrie et qu'ils ont droit au partage des profits. Ce schéma ne paraît, à nous juristes de tradition civiliste, point insolite. On le retrouve dans notre bonne vieille société en participation que la *joint venture* semble avoir plagié (!).

La *joint venture* en tant qu'opérateur est une société commerciale instrumentalisée par l'opération, c.à.d. par le pacte d'associés. Loin d'être le fruit d'un choix libre, le recours à l'institution d'une société commerciale reflète simplement un besoin, celui de donner à l'entreprise commune une existence juridique en tant que sujet de droit. Elle est donc la voie de la reconnaissance.

Perçu comme un mal indispensable beaucoup plus qu'un avantage intrinsèque, l'opérateur de la *joint venture* est donc encadré dans son fonctionnement par le contrat. Ce mariage du contrat et de la société est source de multiples difficultés.

L'observation de la pratique internationale nous montre que l'opérateur, société commerciale, prend souvent en France la forme de société anonyme. Ce choix s'explique surtout par un effet psychologique⁽²⁾. Seule la société anonyme est reconnue par les

conjunctif en droit privé français, LGDJ, 1990. ; Marmayou J-M., L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties, PUAM, 2002. ; Bacache-Gibeili M., La relativité des conventions et les groupes de contrats, LGDJ, 1996.

(1) A travers l'extension de la clause compromissoire, l'extension de l'ensemble des défaillances contractuelles...etc. Voir à ce sujet, Chahine G. ; *Op.cit.* n° 169 et s., p. 86 et s.

(2) Chahine G., *Op. cit.*, n°370, p. 198.

investisseurs sur la scène internationale et présente une certaine crédibilité.

Or, pour les juristes que nous sommes, ce choix peut vraisemblablement surprendre. Ceci d'autant plus en le comparant avec l'espace de liberté offert par la société par actions simplifiée (SAS) ou la société en participation. La SAS a d'ailleurs été introduite en droit français sur les recommandations du MEDEF⁽¹⁾ afin d'offrir un cadre juridiquement souple à la coopération inter-entreprises. La grande nouveauté de cette société dite simplifiée est justement de permettre à la liberté contractuelle des partenaires de s'exprimer le plus manifestement possible, soit au sein même des statuts soit par le biais de pactes extrastatutaires⁽²⁾. De son côté, la société en participation offre également un cadre fort attrayant à des projets de *joint ventures* ponctuelles⁽³⁾ (prospection d'un marché, commercialisation d'un produit déterminé sur un marché, transport, assurances, marchés publics...etc.).

En effet, s'il est vrai que l'on assiste depuis la loi de 1966 à une contractualisation⁽⁴⁾ du fonctionnement des sociétés anonymes, donc une forme d'allègement des contraintes qui accompagnent leur pilotage juridique, il n'en demeure pas moins vrai que cette forme sociale reste profondément institutionnalisée et lourde à manipuler⁽⁵⁾. Comment concilier, dès lors, l'opération de *joint venture* avec son opérateur ? Comment concilier le contrat – espace de liberté et la société – espace de contraintes ? Comment éviter une concurrence entre la *lex contractus* et la *lex societatis* ?

(1) En octobre 1990, Groupe de travail présidé par Field B. – voir à ce sujet les observations publiées au Bulletin Joly, 1990, n°296, p. 939.

(2) Voir à ce sujet : Guyon Y., Présentation générale de la SAS, revue des sociétés 1994, p.207.

(3) Merle Ph., sociétés commerciales, précis Dalloz, 10ème édition, 2005, n° 601 et s., p.733 et s.

(4) Voir, *La modernisation du droit des sociétés*, in, La documentation française, 1996.

(5) Bissara Ph., L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions, Revue des sociétés, 1990, p.553.

A cet égard, les partenaires s'efforceront d'aménager le fonctionnement de la société anonyme – opérateur de la *joint venture*. L'aménagement passe d'abord par l'introduction d'un certain *intuitus personae* dans le fonctionnement de la société anonyme-opérateur de la *joint venture*. Il passe ensuite par l'instauration d'un véritable contrôle conjoint et égalitaire de l'opérateur par une forme de déconnexion entre le capital et le pouvoir.

Les valeurs de confiance réciproque désignées dans le vocable juridique sous l'expression *d'animus cooperandi*, reposent essentiellement sur le choix de la personne du cocontractant. Cependant, le choix de départ risque parfois de s'altérer. En présence de personnes morales partenaires, la personnalité juridique dépend des caprices du contrôle. Tantôt c'est la participation détenue par un partenaire de la *joint venture* qui risque de lui échapper. Tantôt, c'est le contrôle même de la personne morale partenaire qui risque de glisser de mains amies à des mains indésirables.

Afin de se prémunir contre ces risques, les partenaires vont prévoir des mécanismes statutaires ou simplement conventionnels. Il s'agit de prendre en considération *l'intuitus societatis* en empêchant le départ indésirable de l'un d'entre eux. Mais aussi *l'intuitus socii* en tentant de maîtriser l'organisation des participations et le maintien de la même logique de contrôle au sein de chaque groupe associé par le biais de mesures anti-dilution.

Il s'agit donc d'introduire *l'intuitus personae* propre aux sociétés de personnes au sein de la société anonyme qui constitue l'exemple type des sociétés de capitaux.

Par ailleurs, Le contrôle conjoint est une notion spécifique de la *joint venture* et qui prend des aspects forts divers. Il s'exprime au maximum par le biais de la règle de l'unanimité, et au minimum comme une obligation de concertation et de collaboration active.

Ainsi, son exercice appelle l'aménagement des statuts légaux des sociétés commerciales afin d'y dissocier l'une des connexions les plus radicales de son régime, à savoir la connexion entre l'apport pécuniaire

et le pouvoir politique⁽¹⁾. Cette déconnexion appelle le renforcement des droits politiques de l'associé face à la collectivité mais aussi au sein de la collectivité⁽²⁾.

Cette déconnexion passe par un renforcement des droits légaux d'information⁽³⁾ des partenaires, par une mise en place d'une gouvernance égalitaire⁽⁴⁾, par une multitude de conventions de vote⁽⁵⁾, et enfin par une réorganisation générale des assemblées et de leur fonctionnement⁽⁶⁾.

II – La joint venture face à la réforme du droit des contrats :

Notre présente réflexion est partie de l'idée suivante. Comme la *joint venture* est un contrat, l'intuition du chercheur est qu'elle devrait être impactée par la réforme. Or, une étude approfondie montre qu'il n'en est pas ainsi toujours.

(1) Schiller S., Limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales, Préface de F. Terré, LGDJ, 2002.

(2) Voir sur l'ensemble de ces techniques, Chahine G., *op.cit.*, n°450 et s., p. 244 et s.

(3) Voir sur le droit à l'information des associés, Velardocchio D., *La transparence en droit des sociétés sur les nouvelles régulations économiques*, in Droit et patrimoine, novembre 2001, n° 98. ; Le Tourneau P., l'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle ; Essai, Dalloz 2000, p 177. ; Urbain-Parléani I., *Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers les actionnaires*, in Rev. Soc. 2003 n°4, p 779 et s.

(4) Voir à ce sujet, Gourlay G., Le conseil d'administration de la société anonyme, Paris 2001, p.211. ; Sordino M-C., *Aménagements conventionnels et révocation ad nutum des dirigeants des sociétés anonymes*, in Mélanges Ch. Mouly, Litec, 2000, p.245; Caussain J-L., *La précarité de la fonction de mandataire social*, in Bull. Joly, 1993, 151, p.523.

(5) Voir à ce sujet, Constantini A. *Réflexions sur la validité des conventions de vote*, in *Le contrat au début du XXI^e siècle* ; Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ 2001, p 254. ; Jeantin M. *Les conventions de vote*, in *La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, Colloque de Deauville 16-17 juin 1990, publiée dans la Rev. Jur. Com n° spécial novembre 1990, p 124 et s. ; Viandier A, *observations sur le droit de vote* JCP éd E 1986, 15405.

(6) Voir, Mémento pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales, 2004, n°11089. V., aussi Merle Ph., Droit commercial, Sociétés commerciales, Dalloz 2002, n°483, p.512.

En effet, la *joint venture* envisagée comme contrat d'organisation de l'entreprise commune échappe à la réforme. Toutefois, la *joint venture* est vite rattrapée par ladite réforme dès lors qu'il s'agisse du pacte d'associé.

A – La joint venture, opération qui échappe à la réforme :

Pour M. Roujou De Boubée, « *le contrat réalise un compromis entre des intérêts antagonistes ou tout au moins différents*⁽¹⁾ ». Cette vision du contrat était aussi celle du code civil de 1804, texte aux assises individualistes, bourgeoises et libérales.

Héritée du droit romain qui ne connaissait que les contrats – commutations⁽²⁾ cette grille de lecture semble malheureusement être maintenue par la réforme⁽³⁾.

En effet, contrairement au projet initial d'ordonnance⁽⁴⁾ qui était porteur d'une définition novatrice du contrat destiné à la production « des effets de droit », le texte final de la réforme a adopté, par le biais de l'article 1101 une approche des plus classiques. Ce dernier article dispose en fait que le contrat est un accord « destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

Or, cette définition du contrat est loin de pouvoir rendre compte de la vérité du contrat de *joint venture* en tant que contrat-organisation reflétant un intérêt commun⁽⁵⁾.

(1) G. Roujou de Boubée, Essai sur l'acte juridique collectif, in *Revue internationale de droit comparé*, 1963, 15-1., p. 234-239.

(2) Voir à ce sujet, Chenede F., *Les commutations en droit privé*, (préface de Ghazi A.) *Economica* 2008.

(3) Chantepie G. et Latina M., *La réforme du droit des obligations*, Dalloz 2016, ss art. 1101, n° 75 et s., p. 70 et s.

(4) Pour un commentaire du projet d'ordonnance, Blanc N., *Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, in, *Gaz. Pal.* 29 avril 2015, p. 3 et s.

(5) Voir au sujet des contrats-organisations, Didier P., *Op. cit.*, p.5 et s. et nos développements plus haut.

Contrairement aux relations qui se situent au « *cœur du contrat de société*⁽¹⁾ », c.à.d. celles entre les associés⁽²⁾ la réforme semble également ignorer les contrats qui unissent les personnes morales aux associés. Elle ne rend donc pas compte des opérations de regroupement d'entreprise dont la *joint venture* constitue l'archétype.

La *joint venture* n'est pas en réalité un contrat d'échange économique, ni une relation d'altérité où se confrontent et se réconcilient (parfois) des intérêts antagonistes. C'est une communauté d'intérêt, une alliance.

Sous cet angle de vue la *joint venture* échappe en conséquence à la réforme.

Il est pourtant fort de constater que certains amendements qui avaient précédé la réforme de 2016 s'étaient déjà intéressés à ce « *vieux serpent de mer*⁽³⁾ » - l'intérêt commun des associés - à propos de certains contrats.

L'intérêt commun, notion dont l'existence et l'utilité étaient désormais admises dans nombre d'opérations juridiques, caractérise tout particulièrement les relations qui donnent naissance à des regroupements. La *joint venture* en est le meilleur exemple. En devant refléter à la fois *l'affectio societatis* ou la volonté, dit-on, de se conduire en associé⁽⁴⁾ mais aussi *l'animus cooperandi*.

La doctrine juridique s'accorde aujourd'hui à dire que les contrats d'intérêt commun⁽⁵⁾ ne sont autre qu'une forme de « *convergence d'intérêts particuliers*⁽⁶⁾ ». Il ne s'agit donc pas de deux intérêts qui

(1) Hamelin J-F., *dossier spécial sur la réforme du droit des contrats*, in Actes pratiques et ingénierie sociétaire, n°147, mai 2016, Dossier 3, n°7.

(2) Voir plus bas nos développements au sujet de l'impact de la réforme sur les pactes d'associés et les conventions de vote.

(3) Voir, Shmidt D. De l'intérêt commun des associés, in JCP éd.E, I, p 535 et s.

(4) Hamel J., *Quelques réflexions sur le contrat de société*, in mélanges DABIN, Sirey 1962, n°102. Et du même auteur, *L'affectio societatis*, in RTD civ, 1925, p.761.

(5) L'intérêt Commun n'est pas étranger aux intérêts individuels. Il constitue l'intérêt individuel commun à deux ou plusieurs individus, il est immanence et non transcendance. Son originalité découle du fait qu'il occupe une place intermédiaire entre les intérêts individuels et ceux – plus nobles – du groupement.

(6) Hassler Th., *L'intérêt commun*, in RTDcom., 1984, p.611.

fusionnent pour devenir un tout indivisible, mais plutôt de « *la rencontre heureuse de deux égoïsmes*⁽¹⁾ ».

B – la joint venture, opération qui est rattrapée par la réforme :

Si la réforme ignore la *joint venture* dans sa dimension d'alliance contractuelle, elle la regagne rapidement sur maintes autres dimensions. Loin de prétendre à l'exhaustivité, nous allons tenter d'inventorier, à cet égard, les aspects les plus marquants.

En premier lieu, la réforme affecte le temps précontractuel.

La construction des accords de *joint venture* fait souvent l'objet d'une procédure longue et complexe d'échanges et de discussions. Il s'agit souvent d'une « *grossesse partagée* »⁽²⁾ qui s'étale dans le temps et qui prétend à un coût financier important.

Si notre droit civil antérieur à la réforme était muet sur la question des négociations précontractuelles – Certains auteurs parlaient à ce titre de « *zone de non-droit*⁽³⁾ » ou d'un « *No man's land juridique*⁽⁴⁾ », la réforme a pu sérieusement entamer cette démarche.

En effet, l'article 1112 nouveau du code civil a synthétisé la jurisprudence antérieure⁽⁵⁾ à travers la codification d'un principe général de bonne foi, mais aussi par la reconnaissance de l'autonomie de la responsabilité précontractuelle⁽⁶⁾.

(1) *Idem*, p.585.

(2) Mousseron J-M., *Technique contractuelle*, 2ème édition 1999, avec le concours de M.L. Izorche, P. Mousseron et J. Raynard, n°16, p. 31.

(3) Carbonnier J., *Droit civil, les obligations*, PUF, 2° édition 1996, p.67.

(4) Mazeaud D., *La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée*, in *Droit et patrimoine*, juillet 1996, p.44.

(5) Chantepie G. et Latina M., *La réforme du droit des obligations*, Dalloz 2016, ss art 1112, n° 168 et s., p. 141 et s.

(6) Les droits anglais et américains sont plus libéraux en matière de responsabilité précontractuelle. La *common Law* ne reconnaît pas une obligation de négocier de bonne foi, ni d'ailleurs un principe de responsabilité pendant les pourparlers, et ce en application de la théorie de « *all or nothing* ». Cependant, cette affirmation doit

Au-delà de ce rappel de principes, l'article 1112-1 nouveau introduit en droit français un devoir général d'information précontractuelle. D'ordre public⁽¹⁾, ce devoir est le fruit de l'exigence de transparence qui traverse le monde d'aujourd'hui.

L'information due est celle qui présente une importance déterminante pour le consentement du cocontractant. Elle doit par ailleurs être claire et appropriée⁽²⁾. Elle est, pour le reste, sanctionnée par une forme de responsabilité extracontractuelle⁽³⁾.

Toutefois, la réforme n'empêchera nullement le recours, désormais classique, à la contractualisation de la négociation⁽⁴⁾. Chaque partie a, en réalité, intérêt à apporter la preuve de sa conformité à ce devoir : cela peut prendre la forme de déclarations indiquant que les informations nécessaires ont bien été transmises ou reçues. Ces clauses sont jugées « *agressives*⁽⁵⁾ » par les praticiens et supposent que le bénéficiaire de la déclaration dispose d'un fort levier de négociation.

En second lieu, la réforme affecte le temps contractuel.

La réforme conforte le temps de l'exécution de la *joint venture*. Ainsi, elle confère d'abord aux pactes d'associés et autres conventions de vote contenus dans l'accord de base une efficacité renforcée, sécurisant de la sorte le dessein qui était celui des partenaires au

être nuancée par le fait que ce système juridique prévoit d'autres concepts qui visent à corriger cette lacune tels que la *miserrepresentation*, la *breach of confidence* ou la *promissory estoppel*. V. Bonell, M-J., *An international restatement of contract law – The UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, New York, 1994, p.83. et aussi, Farnsworth A., *Precontractual liability and preliminary agreements*, in *Colum law review*, 2002, p.222.

(1) Gazaix F., Droit des contrats : l'impact de la réforme sur les M&A, in *Les échos* du 26 sep. 2016.

(2) Malaurie Ph., Aynès L., et Stoffel-Munck Ph., *Droit des obligations*, 7^o édition, LGDJ, 2015, n°777.

(3) Chantepie G. et Latina M., *Op. cit.*, ss art 1112-1, n° 189 et s., p. 157 et s.

(4) Mousseron J-M., La durée dans la formation des contrats, in *Mélange Jauffret*, 1974, p.510. ; Sayagh Y., *Le contrat de joint venture*, approche de droit comparé, Thèse, Nice, 1997, p.122.

(5) Gazaix F., *Op. cit.*

moment de la création de l'entreprise. Elle permet, ensuite, une prévisibilité meilleure des aléas futurs de la coopération. Elle unit, enfin, les différentes composantes contractuelles par sa reconnaissance de la notion « d'ensemble contractuel ».

La joint venture comme pacte d'associé.

Le pacte d'associé souffrait traditionnellement d'un certain nombre de faiblesses au titre desquelles il est possible de citer trois :

- L'absence des règles relatives à la durée mais aussi à la portée du pacte. Cet état des choses faisait courir à ces pactes le risque permanent de leur annulation soit au titre de la prohibition des engagements perpétuels, soit au titre de la prohibition de l'aliénation de la liberté contractuelle (et/ou de vote) de l'associé.
- La question de la caducité en cas de disparition d'un des éléments déterminants du contrat indépendamment de la volonté des associés.
- La question de la sanction de l'inexécution du pacte et son efficacité.

Or, si sur les deux premières faiblesses, la jurisprudence antérieure⁽¹⁾ avait déjà jeté certains éclaircissements qui ont été repris par la réforme⁽²⁾, la troisième faiblesse constituait – jusqu'à la veille de la réforme – le talon d'Achille desdits pactes d'associés.

En effet, malgré quelques décisions courageuses⁽³⁾, les juges ont traditionnellement privilégié la *lex societatis* par rapport aux éventuels arrangements contractuels du fonctionnement des sociétés commerciales en général et de la société anonyme en particulier⁽⁴⁾.

(1) Couret A. et Reygrobellet A., le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux, Bull. Joly sociétés, 31 mai 2015 n°5 p. 247.

(2) Articles 1211 et 1186 nouveaux du code civil.

(3) Lucas F. X., Exécution forcée des pactes : les bonnes lectures du TC de Paris, Bull. Joly sociétés, 2011, p.745, n°403.

(4) Bertel J.-P., Liberté contractuelle et droit des sociétés. Essai d'une théorie de juste milieu en droit des sociétés, RTD com, 1996, p.595 et s.

A cet égard, la réforme semble mettre fin à la « *prime à la non-exécution*⁽¹⁾ » de ces aménagements contractuels par l'instauration d'un principe général d'exécution forcée en nature par le biais des articles 1221 et 1222 nouveaux du code civil. Le bénéficiaire du pacte d'associé peut donc saisir le juge afin de solliciter que soit exécuté en nature l'engagement de son cocontractant défaillant.

Cependant, au-delà des deux limites légales à l'exécution forcée que constituent l'impossibilité de l'exécution⁽²⁾ et la disproportion manifeste entre le coût pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier⁽³⁾, ce principe d'exécution forcée en nature se trouve sérieusement affecté, en matière de pacte d'associés, par le principe du droit des sociétés⁽⁴⁾ selon lequel pas de nullité sans texte⁽⁵⁾.

Tel est, à titre d'illustration, le cas dès lors que le bénéficiaire saisit le juge afin de demander l'annulation d'une nomination faite au poste d'administrateur en violation d'un pacte d'associé (donc l'exécution forcée en nature de ce dernier). Le juge ne peut en fait prononcer la nullité dès lors que ladite nomination ait été prononcée selon les règles de la *lex societatis*. Dans pareille hypothèse, l'exécution en nature du pacte n'est simplement pas possible du fait de la concurrence entre les règles de la réforme et celles destinées aux sociétés commerciales⁽⁶⁾. Aussi, face aux incertitudes accompagnant la réforme, il est toujours conseillé aux parties de sécuriser contractuellement leurs pactes d'actionnaires et/ou conventions de vote⁽⁷⁾.

(1) Docq S., Les pactes d'actionnaires, *in* dossier spécial sur la réforme du droit des contrats, Actes pratiques et ingénierie sociétariaire, n°147, mai 2016, Dossier 3, n°54.

(2) Mekki M., Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, *Gaz. Pal.* 29 avril 2015, p.37, n°10.

(3) Mainguy D., « Du « Coût manifestement déraisonnable » à la reconnaissance d'un « droit d'option » », *Droit et patrimoine*, 2014, n°240, p.60.

(4) Merle Ph., *Op. cit.*, n° 68 et s.

(5) Massart Th., La problématique de l'exécution forcée des conventions de vote, *in* dossier spécial sur la réforme du droit des contrats, Actes pratiques et ingénierie sociétariaire, n°147, mai 2016, Dossier 3, note sous n°56.

(6) Dans le même sens, Massart Th., *ibidem*.

(7) Agbodjan G., La force obligatoire des pactes d'actionnaires depuis la réforme du droit des contrats, *Reboul & associés, avocats*.

La joint venture et la question de l'imprévision.

Parmi les aléas de la coopération à long terme, se dresse des risques initialement imprévisibles. En effet, loin d'être figé, l'environnement contractuel, tant juridique qu'économique, est en perpétuelle évolution. Sur un marché mondialisé, la coopération souffre certainement d'instabilité économique, mais aussi juridique et géopolitique. Un auteur⁽¹⁾ qui s'est penché sérieusement sur la question de l'inadaptation des contrats de coopération dans le temps parle d'une caractéristique « *inévitable* » qui « *marque immédiatement* » et « *frappe immanquablement l'esprit* ». Il relève par ailleurs une « *curiosité* » : « *...Des contrats censés par définition être obligatoires pour les parties... (ne sont pas) susceptibles de procurer des résultats satisfaisants pour aucune d'entre elles, à moins que ne soit stipulée l'obligation de les réviser*⁽²⁾ ». Ainsi, l'environnement évolutif de la joint venture doit être pris en considération par les parties afin de prévoir des mécanismes adéquats d'adaptation.

Or, depuis le XIX^e siècle, la jurisprudence⁽³⁾ des tribunaux a montré une hostilité ferme à l'égard de la notion de révision des contrats pour imprévision. « *Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les cocontractants*...⁽⁴⁾»

Avec la nouvelle réforme, le droit français se dote d'un dispositif efficace en matière d'imprévision par le biais de l'article 1195 nouveau du code civil. Le déclenchement de ce dispositif dépend de la réunion de trois conditions :

(1) Descorps Declère F., Pour une obligation d'adaptation des accords de coopération (Contribution à l'étude du contrat évolutif), Thèse, Paris I, 2000, n° 18 et s, p.18 et s.

(2) *Ibidem*.

(3) Lamy, Droit du contrat, éd. 2004, n°350-21, b.

(4) Cass. Civ. 6 mars 1876, D.P., 1876, 1, p.193, note Giboulot A.

- Un changement de circonstances imprévisible au moment de la formation du contrat⁽¹⁾;
- Refus initial des partenaires d'assumer les risques liés audit changement de circonstances⁽²⁾;
- Un changement tellement grave qu'il rend l'exécution excessivement onéreuse⁽³⁾.

En réalité, cette nouvelle approche de la gestion du risque lié au temps contractuel n'est pas sans nous rappeler les clauses de *hardship*⁽⁴⁾ fréquemment présents au sein des accords de base de *joint ventures*⁽⁵⁾.

Mais en sus des règles légales, il nous paraît utile de prévoir des outils contractuels telles les clauses de médiation, les clauses de type MAC c.à.d. qui ont pour effet de suspendre l'exécution totale ou partielle du contrat en cas de survenance d'évènements significativement défavorables.

La *joint venture* comme ensemble contractuel.

Parmi les nouveautés issues de la réforme nous pouvons également signaler la consécration légale des ensembles contractuels. Ces opérations qui « *requièrent la conclusion de deux ou plusieurs contrats (...); opérations qui transcendent les contrats qu'elles rassemblent nécessairement*⁽⁶⁾ ».

Or, nous avons pu déjà démontrer comment la *joint venture* sollicite une multitude de contrats qui se subdivise en contrat de base et autres

(1) Rochfeld J., Les modes temporels d'exécution des contrats, RDC 2004, p. 47.

(2) Chantepie G. et Latina M., *Op.cit.*, ss art 1195, n° 525, p.445 et s.

(3) Pellet S., L'avenant au contrat, IRJS éditions, 2010, n°5.

(4) Sur la question de la gestion du temps contractuel, voir Chahine G., *Op. Cit.* n°274 et s. p. 143 et s.

(5) Draetta U., *Les clauses de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux*, in RDAI, 2002, n° 3-4, p.352. ; Groupe de travail 'contrats internationaux', *Les clauses de Hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme*, in DPCI, mars 1976, T. 2, n°1, p.9. Rapport rédigé par Fontaine M.

(6) Cabrillac M., Remarques sur la théorie générale du droit et les créations récentes de la pratique commerciale, in Mélanges G. Marty, P.U.Toulouse, 1978, n°28 et s.

accords dits satellites⁽¹⁾. Cette multitude ne rend pas en réalité l'opération de *joint venture* plurielle ! Au contraire, elle consolide son unité à travers l'extension d'un certain nombre de clauses contractuelles (comme la clause compromissoire), mais aussi l'unité du traitement de cet « être ensemble⁽²⁾ » par le biais d'une extension des défaillances contractuelles.

« *Archipel (de contrats) animé d'une vie collective⁽³⁾* », la *joint venture* suppose une unité dans la multitude car cimentée par l'objectif commun⁽⁴⁾.

Aussi, l'article 1186 alinéa 2 nouveau du code civil a codifié cette vérité remarquée depuis toujours par la doctrine et appliquée effectivement par la jurisprudence.

L'indivisibilité retenue par le législateur adopte une approche subjective car elle suppose la connaissance par les parties de l'existence d'une opération d'ensemble. Elle est à cet égard fidèle à l'avant-projet Terré⁽⁵⁾. Cependant, elle n'empêche pas les partenaires de la *joint venture* de contractualiser là aussi ce lien d'indivisibilité pour plus de sécurité et de transparence.

• **Conclusion:**

A l'image de nos bons vieux codes des obligations et des contrats⁽⁶⁾ et du commerce terrestre⁽⁷⁾ la nouvelle réforme française du droit des

(1) Voir nos développements plus haut ; voir aussi, Chahine G., *Op.cit.*, n° 159 et s., p. 80 et s.

(2) Teyssié B., *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975, p.39.

(3) Cabrillac M., *Op.cit.*, p.235.

(4) Size D., *La coopération internationale entre entreprises*, Thèse, Paris I, 1987, p.323 et s.

(5) Avant-projet Terré relatif au contrat, art. 89 alinéa 3, *in fine*.

(6) Que nous avons fêté le 75° anniversaire en 2008, Voir : *Le 75° anniversaire du code des obligations et contrats libanais*, Bruylant, 2010.

(7) Qui a aussi soufflé sa 75° bougie en 2017, Voir *Le 75° anniversaire du code de commerce libanais*, Actes du colloque international de l'USEK du 28 et 29 mars 2017 (coordination scientifique par Gaby Chahine), Presses de l'Université Saint-Esprit de Kaslik, 2018.

obligations semble s'intéresser d'abord à codifier les apports de la doctrine, de la pratique contractuelle⁽¹⁾ et surtout ceux de la jurisprudence⁽²⁾. Elle paraît ensuite attachée à moderniser le droit français, soit en le libérant d'un certain nombre de postulats philosophiques que la confrontation au réel a démontré l'inexactitude (mythe de l'égalité des contractants qui avait poussé le rédacteur du code de 1804 à abandonner entièrement de légiférer en matière de négociation précontractuelle...etc.), soit par le biais de la prise en considération des réalités économiques de l'obligation (qui n'est désormais plus un simple lien de droit) et du contrat (devenu un bien cessible)...etc.

Une modernisation qui laisse un arrière-goût d'américanisation⁽³⁾. Une modernisation qui trouvera son «*équilibre final*⁽⁴⁾» par «*l'application jurisprudentielle*⁽⁵⁾» c.à.d. par cette confrontation du droit théorique, créé *in vitro*, avec les réalités du terrain judiciaire, *in vivo*.

(1) Sur les apports de la pratique contractuelle en matière commerciale au Liban, Voir, La pratique du droit commercial au Liban, 75 ans après le code, Actes du colloque international de l'USEK du 7 mars 2018 (coordination scientifique par Gaby Chahine), Presses de l'université Saint-Esprit de Kaslik, 2018.

(2) Voir à titre d'exemple la question du régime juridique des pourparlers. Voir Schütz R.-N., La conclusion du contrat en droit français, *in* La réforme du droit des contrats en France : Regards croisés franco-libanais, Actes du colloque de l'USEK du 11 mars 2016, Presses de l'université Saint Esprit de Kaslik, 2016, pp. 19-41, spéc. p. 23.

(3) Mekki M., La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe *comply or explain* ! Gaz. Pal., 5 janvier 2016, n°1.

(4) Savaux E., Présentation générale de la réforme, *in* La réforme du droit des contrats en France : Regards croisés franco-libanais, Actes du colloque de l'USEK du 11 mars 2016, Presses de l'université Saint Esprit de Kaslik, 2016, pp.9-19.

(5) *Ibidem*.

DEUXIÈME TABLE RONDE

Incidences de la réforme en droit des affaires

Incidences de la réforme en droit des affaires La période précontractuelle et le nouveau droit des avant-contrats d'affaires

Safaa Mougharbel

Dans le but de moderniser le droit civil pour qu'il soit conciliable avec le droit commercial la réforme de 10 fév. 2016 fait son apparence.

Après vingt ans de débats, l'heure de la réforme est enfin arrivée.

En fait, cette réforme a mis en question le statut de plusieurs activités économiques. Ces nouveaux articles ont eu des répercussions sur les pratiques du droit de sociétés surtout au niveau de financement par les prises de participation dans les sociétés qui cherchent à augmenter leur fond propre par les fusions- acquisitions ou autre.

Donc, ce changement du droit de contrat ne sera pas limité au bord de droit civil, mais il va au de là pour secouer le socle de droit de société.

Je vise ici la technique contractuelle de la société qui est à la base définie comme un contrat par l'article 844 C.O.C libanais et l'article 1832 Code Civile français.

Le droit français constitue un droit de référence pour de nombreux pays francophones dont le Liban. Alors où sommes-nous par rapport à la France ?

Malgré la rigidité du droit libanais, le législateur a réussi à faire quelques modifications, on cite comme exemple la loi des documents électronique, la monnaie électronique.

Il a introduit un changement radical en matière de droit commercial. Une nouvelle codification porte essentiellement sur le droit société par le fait de reformer l'art. 844 COC et autoriser la création d'une SARL et OFF-SHORE unipersonnelle et par la suite permettre la continuité de

la personne morale en cas de réunion de toutes les parts sociales aux mains de l'associé unique. La nouvelle réforme du droit de société est directement concernée par les modifications apportées à certains articles du code de commerce.

Ces modifications touchent le principe de l'unicité du réforme de droit de société prend en considération les principes de la bonne gouvernance à travers le renforcement le rôle et la responsabilité du commissaire au compte. Mais au-delà, nous sommes encore très loin de ce qui se passe en France.

Etant donné que la société est depuis longtemps définie à partir d'une notion contractuelle qui exige le consentement propre des parties pour créer des effets juridiques, le contrat joue un rôle primordial pour résoudre les problèmes afférents à la constitution, au fonctionnement ou à la dissolution de la société.

Les règles des contrats sont utilisées pour résoudre les problèmes naissant du fonctionnement de la société comme par exemple les vices du consentement, abus de droit, solidarité, la simulation, les clauses léonine. Les règles des contrats apportent à ces conflits entre les associés et les tiers une solution plus ou moins harmonieuse. (M. Jacques, El- Hakim, contractualiser la vie sociale in l'Adaptation du Droit de sociétés aux nouveaux besoins de l'entreprise, colloque à la filière francophone de Droit de l'Université Libanaise, les 4 et 5 Décembre 2003, Bruylant, Delta, LGDJ.

Le législateur français a répondu aux attentes des acteurs économiques et a opté récemment pour une réforme de code civil.

Il nous paraît important de formuler quelques observations d'ordre générales concernant cette réforme et ses impacts sur la période qui précède la conclusion du contrat et ses effets sur le droit de l'ingénierie financière qui permet de restructurer le bilan des contrats aménageant la vie sociale.

D'où la nécessité de se demander où se situe le législateur libanais dans cet environnement ? De même on doit s'interroger sur la nouvelle structure des principes qui gouvernent la période précontractuelle en

matière de droit de sociétés (1) et les répercussions de la réforme sur les champs du droit de société (2).

I) Les principes gouvernant la période précontractuelle – la négociation :

La période précontractuelle dans le monde des affaires est devenue une phase périlleuse et très délicate. Elle pourra engendrer un contentieux juridique important. (Marouchka Awkar, les prises de participations dans les sociétés non cotées, Thèse soutenue à Beyrouth, le 15 décembre 2017)

C'est pour cela législateur français oblige les parties à respecter certains principes directeurs dont en premier lieu le principe de la bonne foi, dont la jurisprudence attache une grande importance. A côté de ces deux principes, il existe désormais un troisième qui est celui de la réalité économique qui consiste à tenir compte des données financière ou entrepreneuriale dans laquelle se trouvent les parties et leur environnement.

Sachant qu'avant cette réforme c'est la jurisprudence qui avait consacré les règles et les principes directeurs gouvernant cette phase précontractuelle, allant de la négociation de la bonne foi à la rupture des pourparlers.

• Principes directeurs des négociations :

A- les principes de la liberté contractuelle

Le principe de liberté énoncé à l'article 1102 nouveau C.Civ.Fr. précise que « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son co-contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixes par la loi »

Ajoutons à cela l'art 1104 nouveau c.civ.fr qui précise que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi »

Ces dispositions d'ordre public sont applicables aussi au contrat de cession de parts ou actions sociales allant de la phase précontractuelle jusqu'à la phase de la conclusion de l'accord final.

Alors la prise de contrôle d'une société est directement concernée par cette période ; ainsi que la société en tant que contrat est bien touchée par cette réforme, car la notion organisant la société est à la fois un instrument d'organisation de cette personne morale et aussi un outil pour encadrer et situer l'associé au sein de celle-ci.

Par cette nouvelle réforme de droit de contrat, le législateur français a réalisé un certain équilibre entre les contractants pour protéger les intérêts de ceux-ci notamment le plus faible tout en conciliant les intérêts contraires des parties.

En droit Libanais, le législateur a bien consacré ce stade de négociation sans pour autant traiter son régime juridique.

En effet, l'article 178 COC Libanais précise que « Les consentements en matière contractuelle est le concours de deux ou plusieurs volontés, l'entente en vue de l'établissement de rapports obligatoires entre les parties. Il se compose de deux éléments : une offre ou sollicitation, et une acceptation. De plus, et à moins qu'il ne se forme par simple adhésion, il implique des tractations plus ou moins longues et complexes »

On constate par cet article, que la législature libanaise a bien consacré, d'une façon claire et expresse, le principe de négociation comme phase précontractuelle.

Toujours en droit libanais, on peut ajouter que l'art. 172 C.O.C prévoit que « le contrat est dit de gré à gré lorsque les conditions en sont librement discutées, débattus et établies par les parties »

Donc le principe de liberté contractuelle demeure primordiale et les parties conservent toujours leur liberté durant les négociations.

Cependant la jurisprudence tient à sanctionner la partie qui rompt d'une façon fautive ou abusive les pourparlers en se fondant sur l'obligation de bonne foi. (Cour d'appel Versailles 21 sep. 1995, RTDC 1996, 154, obs. Mestre ; Cass. 20 mars 1972, JCP. II. 17543, note J. Schmidt, RTDC. 1972, 779, obs. Durry ; Cass. Com.22 avril 1997, D.

45, note Chauvel ; RTDC 1997, 651, note Mestre ; Cour d'Appel Beyrouth, ch. Civ. N. 632, 25/4/1968, Elnachra Elkadieh 1970, p 449).

Les articles 1102, 1103 et 1104 de la nouvelle réforme de droit civil français reflètent les principes de liberté contractuelle, de force obligatoire du contrat et de bonne foi.

En droit libanais, c'est l'art 221 C.O.C qui reflète le principe de la force obligatoire du contrat : « les conventions régulièrement formées obligent ceux qui y ont été parties ».

B- l'obligation de négocier de bonne foi : le principe de transparence.

Ce principe est consacré par la nouvelle réforme comme élément principal et nécessaire dans la formation et la négociation du contrat, alors qu'auparavant et dans le code civil de 1804 le principe de bonne foi n'était pas prévu qu'au moment de l'exécution du contrat.

Dorénavant ce principe constitue la pierre angulaire de la période de formulation du contrat. Il est introduit dans l'art. 1104 code civil français. « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public »

Ce principe ressort d'une manière spécifique dans le cadre de la négociation à l'art. 1112 nouveau code civil français « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. ».

Cette obligation de bonne foi trouve son terrain d'application dans les opérations de fusions-acquisitions lorsque la vente se fait devant plusieurs acquéreurs ou aux enchères. Dans ce cas l'obligation de bonne foi se traduira par l'obligation faite aux vendeurs de traiter loyalement et indifféremment les différents acquéreurs par un traitement égalitaire sous peine de voir sa responsabilité engagée ([https : //droit-des-affaires.efc.fr/2018/06/07/negotiation-et-process-de-vente-les-impacts-de-la-reforme-du-droit-des-contrats/](https://droit-des-affaires.efc.fr/2018/06/07/negotiation-et-process-de-vente-les-impacts-de-la-reforme-du-droit-des-contrats/)).

Sachant que la nouvelle réforme exclue du préjudice réparable les pertes résultant des avantages attendus du contrat non conclu.

En droit libanais, le législateur est muet sur l'exigence de bonne foi pendant la phase de négociation, mais il l'impose clairement lors de l'exécution du contrat. Selon l'art 221 al 2 COC « les conventions doivent être comprises, interprétées et exécutées conformément à la bonne foi, à l'équité et aux usages ».

Il consacre aussi ce principe dans l'art 124 COC en précisant qu'il « doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixés par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré ».

Alors ce principe est exigé dorénavant en France à toutes les étapes allons de la phase précontractuelle jusqu'à l'exécution du contrat. Tout manquement à ce principe désormais, d'ordre public, engage la responsabilité de son auteur.

C- Principe de transparence: devoir d'information précontractuelle.

Le nouvel article 1112-1 prévoit un devoir d'information et précise que « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son contractant ».

Donc le cédant doit mettre à la disposition de l'acheteur les informations relatives à la société.

Le débiteur de l'information est celui qui en a connaissance : peu importe sa qualité.

Ce devoir d'information qui s'impose à tout type de contrat et à toute partie à la négociation vise « l'information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre partie ». Alors, l'information déterminante est celle « qui a un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ». La preuve de l'existence de cette obligation pèse sur le créancier et celle de son exécution sur le débiteur. Les informations portant sur l'estimation de

la valeur de la prestation sont en revanche exclues. C'est l'importance subjective et réelle de l'information qui compte.

Par conséquent, il serait plus indispensable de veiller à l'état de l'entreprise en sollicitant un audit financier, social, fiscal et environnemental (Mustapha Mekki, les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés, rupture ou continuité, 1 ère partie- le contrat- Rev.soc.2016 ; p 483).

D- Obligation de confidentialité : Principe de sécurité

L'article 1112-2 du code civil français énonce que « celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun ».

Cette nouvelle obligation légale au cours de la phase de négociation, qui couvre à la fois l'utilisation et la divulgation de l'information confidentielle, n'a pas une définition légale, cependant le terme "information confidentielle" semble couvrir toute information sensible dont la divulgation à des tiers non autorisés est susceptible de nuire à celui que le secret protégé, qu'il soit de nature économique, industrielle, juridique ou fiscale.

(<https://droit-des-affaires.eff.fr/3028/06/07/negociation/et/process-de-vente-les-impacts-de-la-reforme-du-droit-des-contrats/> voir aussi l'obligation de non divulgation des secrets commerciaux dans les contrats de technologie/ étude comparative thèse soutenue à IUL au Liban le 5-4-2019 en langue arabe).

En effet, l'art 1112-2 ne définit pas l'information confidentielle et il ne prévoit non plus la durée de la dite confidentialité, ni les conditions dans lesquelles l'information pourraient se cumuler à l'engagement de responsabilité.

Cette absence de précision de ces éléments encadrent l'obligation de confidentialité n'empêche pas les parties de rédiger les accords de confidentialité, surtout en matière de fusions-acquisitions, pour définir ce qui est considérée comme information confidentielle et dans quelle mesure une partie pourra être libérée de son obligation.

(Réforme du Droit des contrats en France : Aspects pratiques en droit des sociétés et opération de M&A in corporation Mai 2016, holman Fenwick hfw.com).

E- Principe de déclaration : la lettre d'intention

La lettre d'intention a pour but d'organiser la négociation, elle précède la conclusion définitive du contrat de cession, mais elle se situe au-delà des simples pourparlers. La mission de la lettre d'intention sera de retranscrire fidèlement le contexte des négociations et la volonté des parties : cet acte est destiné à constituer la feuille de route des négociations. Ce n'est que l'affirmation d'un engagement de négocier. Chacune des parties manifeste son intérêt pour le contrat de cession de parts sociales ou actions sans s'engager définitivement par la lettre d'intention.

La lettre d'intention peut contenir un nombre important et varié de clauses, dont les plus importants à l'organisation des pourparlers, sont : la clause d'exclusivité des négociations et la clause de confidentialité devenue désormais une obligation.

II) L'efficacité de la négociation et ses impacts sur les champs du droit de société

Les nouveaux acteurs de financement qui souhaitent devenir associé et prendre le contrôle dans cette société procèdent à collecter les informations suffisantes concernant la société cible.

Les futures cessionnaires intéressés par l'acquisition des parts sociales pourront demander d'avoir accès à des informations financières bien détaillées.

La phase d'audit social ou due diligence, peut être prévue dans la lettre d'intention. Une fois les informations nécessaires obtenues, les parties pourront entamer des négociations de l'accord d'acquisition des actions ou de parts sociales. Les parties ne s'obligent pas à conclure le contrat mais à poursuivre de bonne foi la négociation.

• **L'efficacité de la négociation en droit de société**

L'organisation de la négociation se traduit souvent par la conclusion d'avant-contrat. Ces avant-contrats ou les contrats préparatoires sont des actes courants dans le processus contractuel de titres et dans les aménagements conventionnels extrastatutaires. (Mustapha Mekki, les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Rev.soc.2016, p483). Ces avant-contrats ont été codifiés dans le nouveau code civil aux articles 1123 et 1124 : Parmi les plus courants figurent les pactes de préférence et de les promesses unilatérales.

A) Le pacte de préférence :

L'article 1123 nouveau code civil français définit le pacte de préférence comme étant « le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter ».

Le législateur français, par cet article, a introduit la notion de pacte de préférence qui a été reconnu par la jurisprudence depuis longtemps.

Ce pacte de préférence est un instrument très utilisé en matière de droit de société consacre un droit de priorité qui peut prendre la forme d'une « clause de préemption » (Mustapha Mekki, op.cit)

Il peut prendre la forme d'une convention particulière ou bien d'une clause insérée dans un autre contrat (Christine Qument, le pacte de préférence : vers un renforcement de son efficacité ? Gaz. Pal., 18 fev.2012, n= 49, p.15).

Le mécanisme prévu par le pacte de préférence permet au cédant qui décide céder ses actions ou parts sociales de s'engager auprès d'une personne bien précise de lui céder ceux-ci en priorité.

Ce pacte de préférence doit indiquer la nature du contrat à conclure et la chose sur laquelle il porte. Il doit aussi préciser la personne bénéficiaire et le délai pendant lequel le bénéficiaire prend part lorsque l'offre lui est faite (ibid.)

Ni le prix et ni la durée ont été considérés comme une condition de validité du pacte de préférence.

Ces deux éléments, malgré leur importance, méritent d'être précisés dans le cadre du pacte de préférence pour éviter la controverse relative à l'intention de promettant.

A défaut d'une durée déterminer ou d'un prix fixe, il revient au juge d'apprécier le délai raisonnable avant que le promettant puisse contracter avec un tiers. (Les prises de participations dans les sociétés non cotées : Marouchka AWKAR, thèse soutenue à Beyrouth le 16 sep. 2017 p.211).

L'article 1123 al.3 consacre la jurisprudence de la chambre mixte du 26 mai 2006 (cass.ch. mixte 26 mai 2006, n 03-19376 : Bull.Civ.IV, n 4), il permet au bénéficiaire la faculté de demander soit sa substitution au tiers soit de demander l'annulation du contrat inclus en cas de violation du pacte sous une exigence d'une double preuve : l'une c'est la preuve de la connaissance par le tiers du pacte, et l'autre c'est la preuve de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir. Pour certain, il est regrettable que l'ordonnance n'ait pas retenu la solution prévue dans le projet initial, qui prévoyait un allègement de la charge de la preuve pesant sur le bénéficiaire en le dispensant de prouver la seconde condition. (Réforme du droit des contrats en France : Aspects pratique en droit des sociétés et opérations de M&A : holman fenwich hbw corporate Mai 2016 op.ci). L'exigence de double preuve reste essentielle.

L'article 1123 a retenu la position jurisprudentielle qui permet au bénéficiaire d'agir en exécution forcée. Cependant la preuve de cette double exigence reste difficile à apporter. Pour alléger cette difficulté une action en dommages et intérêts est possible, alors même que ces deux conditions ne sont pas remplies.

Pour éviter les conséquences néfastes résultant de la violation du pacte de préférence, le législateur a introduit l'action interrogatoire qui est une nouveauté en la matière.

L'alinéa 3 de l'article 1123 prévoit que « le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être

raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir » et l'alinéa 4 de même article ajoute que « l'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat ». Alors les deux alinéas donnent au tiers acquéreur la possibilité de demander au bénéficiaire de clarifier sa position et ses intentions dans un délai raisonnable.

A défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat.

Si l'action interrogatoire est un instrument pour sécuriser le tiers de l'abus de bénéficiaire, elle reste inefficace. Ce n'est qu'une simple faculté, elle est mal adaptée aux cessions de titres sociaux ; pour que l'acquéreur puisse interroger le bénéficiaire du pacte de préférence il faut, d'abord, qu'il ait connaissance de ce pacte.

Ensuite, si cette action est vertueuse dans son principe pour éviter tout débat ultérieur sur la mauvaise foi de tiers, mais elle risque d'avoir effet inverse.

Surtout lorsque le tiers effectue ultérieurement la cession malgré l'existence du pacte de préférence, il sera considéré de mauvaise foi et par conséquent le bénéficiaire aura certainement le droit de demander sa substitution ou l'annulation de la cession. (Voir les prises de participation dans les sociétés non cotées, op.ci).

En guise de conclusion, le tiers n'a pas intérêt à exercer cette action interrogatoire. Elle risque de lui faire perdre le bénéfice du contrat de cession si le bénéficiaire affirme l'existence d'un pacte de préférence à son profit et qu'il entend s'en prévaloir, (Arnaud Lecourt, l'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques, RTD com. 2016 p.767 ; Renaud Mortier, impacts de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux, Droit de sociétés n= 4, avril 2016, comm.52).

Cette action interrogatoire soulève plusieurs questions : Est-ce-que le bénéficiaire a le droit de se cacher derrière une clause de confidentialité prévue dans le pacte ? La question se pose aussi sur le

délai raisonnable qui devrait être laissé au bénéficiaire pour répondre ?
... (Holman fenwich Willam hfw : réforme du droit des contrats en France op.cit. ; Moustapha Mekki op.ci).

B) Les promesses unilatérales

Les financements des entreprises est une question qui se pose fréquemment dans les pays industrialisés aussi bien que dans les pays émergents ou en voie de développement. Alors au lieu de s'endetter, les sociétés cherchent à ouvrir leur capital à l'entrée de nouveaux acteurs qui drainent le Fond Propres ou bien à faire en sorte que les anciens associés cèdent leurs parts à des associés qui ont les moyens et la capacité de financer la société.

La période de négociation s'impose dans le cas de cession d'actions ou parts sociales, dans la fusion- acquisition, dans le cas de convention de portage, et aussi en cas de redressement de l'entreprise pour éviter la faillite (en droit libanais) à travers l'opération du « coup d'accordéon ».

Ces opérations sont souvent le fruit de négociations qui s'étalent dans le temps.

La rencontre de l'offre et de la demande ne se fait pas instantanément. Les parties sont obligées de se mettre d'accord sur la méthode d'évaluation des parts ou actions, et le cessionnaire doit faire recours aux audits comptables et juridique. Tout au long de cette période précontractuelle, le cessionnaire conserve toujours sa liberté contractuelle. S'il résulte des audits comptables que la situation de la société n'est pas à la hauteur attendue, il pourra se désister et ne plus signer le contrat de cession.

Aucune faute en principe ne lui est rapprochée. Certaines opérations de prise de participation dans une société se font sous forme d'une convention de portage. Celle-ci pourra servir à financer le capital social par un donneur d'ordre qui ne possède pas les moyens financiers nécessaires au moment de la cession des actions. Cette opération se fait sous forme de promesses unilatérales croisées : promesse unilatérale d'achat et promesse unilatérale de vente.

Ces contrats sont qualifiés de promesses synallagmatiques.

Ces promesses croisées servent souvent de cadre à l'organisation d'une opération de sortie des bailleurs de fonds, dans le cadre d'une

convention de portage. Les opérations d'investissement réalisées par des associés professionnels, simples bailleurs de fonds, qui ne souhaite exercer aucun pouvoir au sein de la société, s'appuient souvent sur des promesses unilatérales de contrat.

Ces techniques contractuelles vont être directement impactées par l'article 1124 c.civ.fr, qui renforce l'efficacité de la promesse unilatérale.

Quant au droit libanais, l'article 493 du C.O.C définit la promesse de vente comme étant « le contrat par lequel une personne qui s'engage à vendre une chose à une autre personne qui ne s'engage pas immédiatement à acheter. Cette opération est essentiellement unilatérale ». Ce n'est pas un contrat synallagmatique et il ne produit pas d'obligation qu'à l'égard du promettant, qui ne peut pas se rétracter à son offre mais il doit attendre la décision de bénéficiaire tout au long de délai prévu. Le promettant peut se rétracter et retirer sa promesse sous les conditions prévues à l'article 179 COC du fait que le bénéficiaire n'a pas accepté l'offre. (Mostapha El-Awji, Le droit civil T.I, le contrat, édition El-Halabi 2016 p 219)

L'article 497 C.O.C. ajoute que « La promesse unilatérale d'achat est également licite, elle doit être comprise et analysée, mutatis mutandis, comme la promesse de vente ». Ces deux articles engagent la responsabilité et l'obligation du promettant. Ces articles trouvent leurs champs d'application non seulement en matière de droit civil mais aussi en matière de droit commercial en cas de promesse unilatérale de vente d'action ou parts sociales ou en cas de prise de contrôle d'une société.

De même la réforme de droit du contrat a remodelé la promesse de porte-fort prévu à l'art 1204 cc. C'est un instrument de garantie, il a une valeur très marquée dans la cession des actions appartenant aux minoritaires.

Il permet de garantir à ceux-ci un dividende minimum. La promesse de porte fort permet aussi de rassurer les actionnaires minoritaires que l'augmentation éventuelle du capital social n'aura pas de conséquences sur leur niveau de participation. Il peut être un instrument de participation valable en prise de participation lors de l'exécution du « coup d'accordéon ».

Pour terminer, nous devons parler d'une clause appelée « Earn Out » ou complément de prix. Lors de la négociation sur l'estimation de prix

de des parts ou actions sociales, chacune de deux parties voit le prix différemment que l'autre. Le cédant connaît bien la situation financière de l'entreprise et peut évaluer les résultats futures facilement, tandis que le cessionnaire ignore la réalité exacte et la performance future de la société cible.

Alors cette clause permet aux parties d'éviter les difficultés de détermination du prix de cession lors de la conclusion du contrat et d'échelonner le paiement du prix.

Le but de cette clause est de fixer les modalités de calcul lors de la négociation sur l'estimation de prix de cession des parts ou actions sociales, chacune des deux parties voit le prix différemment que l'autre.

Le cédant connaît bien la situation financière de l'entreprise et peut évaluer les résultats futurs facilement, tandis que le cessionnaire ignore la réalité exacte et la performance future de la société cible.

Alors cette clause permet aux parties d'éviter les difficultés de détermination du prix de cession lors de la conclusion du contrat et d'échelonner le paiement du prix de cession de parts ou actions de la société objet de prise de participation selon les performances de celle-ci pendant une durée déterminée.

Cette clause anglo-saxonne n'est pas reconnue par le législateur libanais, elle peut être applicable par les contractants selon leur besoin et leur volonté.

L'application de cette clause peut se faire en deux étapes successives, la première c'est une vente forme, la seconde est une vente à terme ou une promesse synallagmatique sous condition ou encore des promesses croisées d'achat et de vente sous condition.

Enfin une intervention législative de la part du législateur libanais semble souhaitable afin que le droit libanais semble souhaitable afin que le droit libanais soit plus attractif pour les investisseurs qui veulent investir dans les sociétés libanaises.

J'aurais encore beaucoup de choses à dire, Mais je pense que ni le temps ni votre patience ne m'y autorisent.

DEUXIÈME TABLE RONDE
Incidences de la réforme en droit des affaires

**L'impact de la réforme du droit des contrats français
sur le contrat de franchise
État actuel du droit Libanais**

Cybèle Jalloul

• INTRODUCTION :

Dans une économie concurrentielle, et suivant les progrès techniques éliminant les frontières, les entreprises voulant échapper à leur isolement, essayant de s'adapter aux nouvelles conditions du marché.

« Toutes les formes d'accouplement possibles apparaissent, depuis les unions libres, fragiles ou fécondes, jusqu'aux mariages consommés pour lesquels des intermédiaires offrent leurs bons services, afin de les rendre possibles et parfaits.»⁽¹⁾

De Rome jusqu'à nos jours, de nouveaux contrats ont vu le jour, d'autres ont déperissé, ils sont le résultat de plusieurs facteurs conjoncturels, politiques, économiques, monétaires et même sociaux.

Le contrat de franchise constitue une des nouvelles techniques qui remplacent de plus en plus les formes traditionnelles d'activités commerciales.

(1) Guyénot Jean, « La franchise commerciale », Rev.trim.dr.civ, 1973, étude comparée des systèmes interentreprises constitutifs de groupements de concessionnaires 162

Selon une étude récente, 70% de commerçants totalement indépendants ont subi un échec alors que, 90% de commerçants franchisés sont restés toujours en place.⁽¹⁾

En France, trois périodes ont marqué l'évolution juridique du contrat de franchise. La première a constitué le temps des précurseurs durant laquelle la relation d'affiliation entre franchisé et franchiseur se réalisait soit par une structure sociétaire, soit par une structure contractuelle.

Pendant la deuxième période, la franchise s'est organisée en système contractuel ordonné, durant laquelle les réseaux Amandine, Yves Rocher, Holiday Inn et autres sont apparus.

La troisième période a connu l'accélération du mouvement de création de nouvelles techniques contractuelles.⁽²⁾

Au Liban les premières franchises sont apparues en 1973 avec « Kentucky Fried Chicken ».

Une autre en 1974 entre Jordan et la société Naf. Ensuite les contrats se sont succédés l'un après l'autre, et la franchise envahit le territoire à tel point qu'elle devient locale (Pain d'or, Chantilly chocolatier AL Rifai etc..) la plupart des contrats de franchise sont de nature internationale, ou le franchiseur réside à l'extérieur tel dans le secteur de distribution Pizza Hut, Mc Donald's , Pepsi cola, Chicklets, Nido Nestlé, Hard Rock café, Sofi de France, Relais de l'entrecôte, Rodier, Monsieur, Hugo Boss, Benetton , Pronupitia , Prenatal , Gucci, Jacadi...Avis, Budgets, Hertz Rent a car... dans le secteur de service.⁽³⁾ La franchise jolie, mais pas toujours honnête.

Un piège, la franchise ? Apriori, non. Pour qui veut se lancer sans expérience dans le commerce, elle est même la solution idéale pour gagner du temps et limiter les risques. Ainsi, trop de candidats se précipitent à y adhérer sans avoir étudié à fond leur dossier.

(1) Fontana Stéphanie, « la franchise, jolie mais pas toujours honnête », le point, n : 1395- du 11 juin 1999(hebdomadaire) p>113

(2) Le loup Jean-Marie, Droit et pratique de la franchise,1991,2ème édition ,A1

(3) Hamzeh haddad, commentaire exposé dans la première conférence sur la franchise au Liban et aux pays arabes, qui s'est déroulé entre 28 et 29 Mai 1998 à l'Université Libanaise.

On considère la franchise comme une solution miracle, mais les désillusions sont nombreuses.

Malgré les avantages de la franchise, cette technique détruit d'une manière indirecte l'esprit d'initiative et l'individualité du commerce. Elle assure l'expansion de la dépendance économique et les positions dominantes.

pour lesquelles la réforme pourra affecter le plus ce genre de contrat ?

L'intérêt de traiter l'impact de la réforme du droit français sur le contrat de franchise réside dans :

- 1- La singularité de ce contrat surtout dans le domaine de l'obligation d'information précontractuelle, et la détermination du prix.
- 2- Les règles applicables avant la réforme étaient inadaptées aux contrats de distribution modernes nés de la pratique.
- 3- L'existence de relations économiques entre franchiseur-franchisé, parfois inégalitaires, ainsi le but ultime étant de lutter contre ces formes ou figures inégalitaires, et d'imposer des exigences relatives à l'équilibre et à la justice contractuelle, et de renforcer le lien contractuel.
- 4- C'est vrai que la réforme atteint le droit des obligations. Mais celui là est le socle commun à de nombreuses activités économiques.

Cependant, aucune loi ne protège personnellement les franchisés, car la loi des contrats de franchise est rédigée par le franchiseur.

Finalement, le franchisé ne dispose que du droit commun pour se défendre. Voilà pourquoi cette réforme qui touche les contrats en droit commun, pourra secourir et supporter le franchisé.

Est-ce que la nouvelle loi cherchera t'elle remède à cette position déséquilibrée ? C'est ce que nous allons traiter en premier lieu, tout en effectuant une comparaison textuelle entre le droit libanais et le droit français d'un côté, et en second lieu de discuter de son impact sur le contrat de franchise d'un autre côté.

Première partie : La Transparence précontractuelle

La transparence de l'information se réalise quand la transmission de l'information est parfaite, gratuite et immédiate, vraie et finalement disponible et accessible.

Cependant, cette transparence est remise en question lorsque l'information constitue un bien ayant un prix variable, qui dépend du marché.

Cette situation nécessite d'être traitée, et reflète l'intérêt et l'importance de la transparence dans la transmission de l'information. Cette information qui constitue dans le contrat de franchise un pilier primordial pour la vie et la continuité du contrat.

D'un autre côté, le domaine de cette information et son étendue à la période précontractuelle, remet en relief l'importance de la période précontractuelle et son efficacité vis-à-vis les clauses futures du contrat, ainsi que son influence sur la vie même du contrat.

Comment alors se traduit cette transparence ?

C'est ce que nous allons traiter en premier lieu en droit commun, tout en effectuant une comparaison entre droit libanais et droit français ; pour discuter en second lieu son rôle dans le contrat de franchise plus spécifiquement.

A-En droit commun

Cette transparence est basée sur deux concepts :

1- La notion de bonne foi

La notion de bonne foi est la croyance qu'a la personne de se trouver dans une situation conforme au droit.

C'est une notion basée sur une intention, une croyance, un sentiment, qui doivent être « bon ». Une notion large, imprécise et même ambiguë.

Selon professeur cornu⁽¹⁾, la bonne foi est le comportement loyal ou à tout le moins normal que requiert normalement l'exécution d'une obligation. Ainsi la bonne foi, est une règle de comportement, supposant au delà de l'absence de mauvaise foi une conduite active du débiteur d'une obligation contractuelle tant lors de l'exécution du contrat qu'à son extinction.

Cependant, toute délimitation et définition de la bonne foi semble insuffisante. Elle constitue un passage de la morale au droit, un début purement théorique qui s'applique dans la pratique des affaires. Malgré cette réalité les législateurs libanais et français ont consacré cette notion dans le texte de la loi.

a- En droit français

Cette notion fut intégrée par la législation française dans le nouveau code civil, et plus précisément dans les articles suivants :

- 1- Art 1104- formation et exécution du contrat.
- 2- Déroulement et rupture des négociations précontractuelles qui doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi.
- 3- Art 1231-6 retard du débiteur dans l'exécution par mauvaise foi, ce qui entraîne des dommages et intérêts différents des intérêts moratoires.

Finalement, on pourra constater que cette notion est devenue un principe directeur et une pierre angulaire du droit des contrats.

b- En droit libanais

Notion reconnue et appréciée par le législateur libanais depuis longtemps, elle existe dans la plupart des codes et textes libanais, et plus précisément dans :

- 1- le code des obligations et des contrats, articles 124 et 221 coc.

(1) Gérard cornu, la bonne foi en droit des contrats, cours en ligne, date de mise à jour le 17/03/2014.

2- Droit de la faillite

3- Droit foncier

Cette notion reste une notion vaste qui puise son origine de l'intention des êtres humains .Notion non définie par le texte de la loi, cette dernière reste toujours une notion vague, et parfois imprécise. D'où se pose la question sur son efficacité.

2- L'obligation d'information précontractuelle

La période précontractuelle suscite à clarifier deux termes, le premier étant la période et le second terme étant « précontractuelle ».

La notion période renvoie à l'idée de temps, de durée.... c'est une période particulière des relations entre les futurs contractants. Durant cette période, les parties discutent préalablement les conditions de leur futur contrat.

Ainsi, la durée de cette période pourra s'avérer longue ou réduite selon l'importance des clauses et/ou du contrat à signer.

La notion « précontractuelle » signifie tout ce qui précède le contrat, ou la phase préliminaire où les clauses du contrat sont discutées préalablement. Elle entre dans le processus de la formation du contrat, et précisément avant sa signature.

Aujourd'hui, toutes les lois insistent sur l'efficacité de cette période, et son importance quant aux conditions et modalités du contrat, surtout au niveau des contrats de distribution.

Quel est alors son rôle en droits français et libanais ?

a- En droit français

En France, la loi Doubin (loi n : 39 1008 du 31 décembre 1989 Art. 1) s'est contentée d'imposer au franchiseur un devoir d'information préalable. Un autre texte peut servir dans ce domaine, il s'agit de l'arrêté du 21 février 1991 relatif à l'information du consommateur dans le secteur de la franchise, et qui protège le consommateur en imposant au franchisé d'annoncer, nettement, sa qualité d'entreprise indépendante

Aujourd'hui, le législateur français introduit la période précontractuelle dans l'art 1112 du nouveau code civil, et ceci en parlant des négociations précontractuelles et plus précisément à l'art 1112 alinéas :

- 1- Relatif à la négociation de la rupture
- 2- Relatif à la réparation de la rupture, ou faute commise dans les négociations.

Cependant, les pourparlers n'ont jamais été une zone de non droit. Mais aujourd'hui, on trouve cette période intégrée explicitement dans le texte.

Une autre nouveauté fut aussi intégrée, il s'agit de l'obligation d'information précontractuelle.

Quelle est la nature de cette information ?

- 1- Déterminante C.à.d. en lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat, ou déterminante sur la qualité des parties (1112-1).
- 2- Confidentielles (1112-2).

Cette confidentialité est exigée même en l'absence d'une clause de confidentialité.

Ne sont pas considérées comme informations déterminantes ;

- Les Chiffres prévisionnels
- La Rentabilité
- La Prestation due
- L'Appréciation économique

b- En droit libanais

Cette période fut reconnue par l'art 178 C.O.C de plus et à moins qu'il ne se forme par simple adhésion, il implique des tractations plus ou moins longues et complexes.

Ainsi, elle fut reconnue aussi par l'art. 184 C.O.C quand il a mentionné les tractations qui ont lieu entre absents »

Malgré qu'elle ait été mentionnée par le législateur libanais, elle reste timorée et insuffisante et non règlementée en détail

Cette définition a été mentionnée dans le code des obligations et des contrats sous le titre “ le consentement, période précontractuelle à la formation des contrats ».

Le contrat n'existe qu'à l'heure ou une offre rencontre une acceptation. Mais les parties peuvent discuter préalablement et durant une période quelconque des modalités de la convention projetée.

Une période de négociation peut ainsi séparer la proposition initiale de la conclusion effective du contrat. Ce qui caractérise cette période, c'est l'absence de l'impérative, une liberté plus ou moins étendue est le signe distinctif. Elle commence par une proposition vague d'entrer en pourparlers, et s'achève par une proposition ferme et précise de conclure un contrat déterminé.

Malgré ces négociations et ces contrats préliminaires chacune des parties est libre de contracter ou de ne pas contracter. Le principe de la liberté contractuelle ne peut être attaqué, il est intact.

En principe, on est libre de négocier comme on est libre de contracter, et toute interruption des négociations ne peut être sanctionnée que lorsqu'il y existe abus ou excès de droit. Ainsi la règle morale et l'obligation de respecter les règles de bonne foi seront considérées comme source de la règle juridique.

Finalement, il sera nécessaire d'informer l'autre partie conformément aux règles de bonne foi et de bonnes mœurs, ce qui rapproche cette période de la notion traditionnelle de bonne foi.

B- En contrat de franchise

Une période précontractuelle précède la signature du contrat de franchise.

Ainsi, si quelques contrats se forment rapidement, l'élaboration de la majorité d'entre eux est une affaire de longue haleine. Il faut discuter, confronter les points de vue de chacun, essayer de les concilier⁽¹⁾.

Ce contrat est un contrat d'adhésion et d'intérêt commun définit comme celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation sont déterminées à l'avance par l'une des parties. Qu'en est – il alors de la période précontractuelle?

Cette période existe et constitue une période indispensable dans le fonctionnement du contrat.

Cependant, un débat doctrinal sur l'efficacité de la réforme par rapport au contrat de franchise, surtout en présence des articles 330 et 442 du code de commerce.

Effectivement, les deux textes L 330-3 code de commerce et 1112-1 code civil se superposent et se complètent. Mais le code civil définit les informations par leur nature tandis que le code de commerce les définit par leur objet :

D'un autre côté, on pourra déduire que :

1- Dans l'art 1112 alinéa 2 : élargissement du champ de réparation, ainsi toute faute lors des négociations entraîne la réparation du préjudice, ainsi que la compensation de la perte des avantages attendus du contrat conclu.

Ce texte(1112) reprend des solutions retenues par la cour de cassation notamment, l'arrêt Manoukian du 26 nov.2003 (faute commise dans l'exercice du droit lors des pourparlers précontractuels).

2- Le droit commun vient secourir la loi Doubin : la loi Doubin codifiée à l'art L 330-3 Code de commerce impose de fournir un DIP (document d'information précontractuel).

Cependant, une question se pose, est-ce-qu'il s'agit d'informations déterminantes et confidentielles, une réponse affirmative paraît

(1) Malaurie, la formation du contrat- l'avant-contrat, 62eme congres des notaires de France, Perpignan, juin 1964, p.21.

nécessaire. Alors le nouveau code civil vient éclaircir et détailler ces informations qui seront bien utiles au candidat franchisé.

Ce droit commun exige d'être le plus transparent possible dans l'information communiquée au franchisé.

Cependant, face à un franchisé professionnel, cette exigence pourra être diminuée. Mais, malgré la présence d'un DIP, la cour d'Appel à Paris a décidé de la nullité du contrat de Franchise en raison du manquement à l'obligation d'information précontractuelle, prévue à l'art L 330-3 Code de commerce, car le DIP ne contenant pas toutes les informations légales requises. La cour se trouve obligée de se référer de nouveau au code civil.

Cette jurisprudence précise les informations qui constituent des informations nécessaires il s'agit alors de :

- l'état du réseau et sa pérennité
- l'état du marché local
- le Prévisionnel mais inadapté

Finalement, toute la jurisprudence en matière de franchise insiste sur la bonne foi, en demandant condamnation de la partie fautive.

Équilibre, proportionnalité et loyauté sont devenues les mots maîtres de la négociation, et parmi les obligations classiques du Contrat de Franchise, une nouvelle obligation, de « Transparence » fut institutionnalisée.

Deuxième partie : La violence économique

En fait, ce sont les économistes qui se sont interrogés sur l'utilité de la violence, sa légitimité ainsi que ses limites.

La violence économique est considérée comme l'exploitation, ou la menace purement économique d'une personne, pour obtenir son accord et son consentement lors de la signature d'un contrat.

Le nouveau code civil, et plus précisément aux articles 1142 et 1143, l'a considéré comme un vice du consentement et entraîne l'annulation du contrat.

Aux termes du nouvel article 1143 code civil français, il ya violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son contractant, 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.

Quel est alors le contexte de cette violence ? Et comment se manifeste son application ?

A- En droit commun

Deux sujets méritent d'être traités, le premier étant la détermination du prix, le second étant l'abus de dépendance économique.

1- détermination du prix

Une simple comparaison entre le droit français et le droit libanais s'avère indispensable.

a- En droit français

Le droit français distingue entre deux cas :

- Dans le contrat cadre (art.1164), et dans les contrats de prestation de service (art.1165), une fixation unilatérale du prix pourra s'effectuer.

En cas de contestation, une motivation de la fixation doit être présentée.

En cas d'abus, l'intervention du juge est nécessaire (art.1167).

Si le prix doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou plus, celui - ci sera remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus.

- Dans les contrats d'adhésion (art.1171).

Toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal ni sur l'adéquation du prix à la prestation.

Finalement, il y aura possibilité de réduction du prix, et ceci ne s'effectue qu'après mise en demeure (art.1223).

S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire dans les meilleurs délais.

b- En droit Libanais

Au Liban, aucune loi n'existe à ce jour, Même la doctrine est unanime à cet égard, rares sont les litiges établis devant les tribunaux pour cause de plusieurs raisons :

- 1- La présence des clauses compromissaires.
- 2- La position dominante de l'une des parties car ce contrat est considéré comme un contrat d'adhésion, eu égard les pratiques effectuées par les franchiseurs

Un avis, favorisait l'application des dispositions du décret-loi n :34/67 relatives à la représentation commerciale malgré l'existence d'une différence entre ces deux formes contractuelles. La présence de l'exclusivité dans n'importe quel contrat ne lui enlève pas ses caractéristiques, et n'empêche pas que le contrat soit soumis aux dispositions impératives du décret- loi n :34/67

Cependant, d'autres avis rejettent le décret- loi n :34/67, en considérant que le juge doit statuer conformément aux principes généraux, aux coutumes, et à l'équité, sans avoir à le soumettre à une loi qui ne produit aucun effet.

Quant à la jurisprudence, le tribunal de première instance de Beyrouth- chambre commerciale n : 70020/9/84- avait pris une décision importante en matière de franchise (Ste NAF/Société Jordan) une question se pose, à quelle loi doit- on soumettre le contrat ?

Le tribunal a statué pour le compte du demandeur appliquant l'art 4 du décret –loi n.34/67 en imposant une indemnité du dommage subi et de gain perdu dont le montant est de 300 000ll (trois –cents milles livres

libanaises) selon le rapport de l'expert désigné par le tribunal de première instance.

Dix ans plus tard, un autre litige fut examiné par le tribunal de première instance –chambre commercial, ayant le même objet entre la société Chaaban (franchisé) et Kentucky Fried Chicken (franchiseur). Ce dernier a été clôturé par une conciliation.

Les deux juges ont qualifié le contrat de contrat franchise

Le premier afin d'apporter protection au franchisé (Société Naf) l'avait soumis aux dispositions de la loi n :34/67 pour cause d'absence d'une loi le régissant. Le deuxième, en vue de stabiliser le déséquilibre entre les deux parties a proposé la conciliation. Les deux parties ont décidé que la société Chaaban doit se désister de ses droits et actions contre Kentucky Fried Chicken en contrepartie d'une somme de 200 000\$ due par le franchiseur. Cette somme est la contrepartie de désistement et non de l'indemnité édictée dans l'art 4 du décret –loi n :34/67.

Puisque les tribunaux au Liban appliquent les dispositions du décret-loi n. 34/67, relatif à la représentation commerciale. L'art.4 stipule :

« La rupture du contrat par le commettant, sans faute du commis, donne a e dernier le droit de réclamer une indemnité équivalente au dommage subi et au manque à gagner ».

De même, le représentant commercial a le droit, même au cas ou le contrat arrive à expiration, de réclamer une indemnité que les tribunaux apprécieront, si son activité a permis de lancer la marque représentée ou d'augmenter le nombre de clients, sans qu'il puisse récolter le bénéfice de ce succès ».

Et ceci dans le cadre, de remédier au déséquilibre et à la dépendance économique qui existe entre les deux parties.

3- Dépendance économique

L'article 1143 c.c qui traite de la violence économique, cette dernière correspond à la notion d'abus de dépendance économique « il ya 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. »

On déduit alors de cet article un abus de dépendance économique qui constitue un vice du consentement.

Ainsi, l'abus de dépendance économique se caractérise par le fait qu'une partie profite abusivement de l'état de dépendance dans lequel se trouve à son égard une autre partie. Elle se trouve généralement dans la relation clients-fournisseurs.

Pour un commerçant indépendant, cette situation de dépendance économique, envers un ou deux clients, est particulièrement dangereuse, c'est ce qui a nécessité l'intégration des articles qui interdisent les clauses abusives.

B- En contrat de franchise

Le contrat de franchise étant un contrat d'adhésion, alors il est toujours interprété en faveur du franchisé contre le franchiseur.

Le droit commun vient renforcer cette interprétation.

Avant la réforme, le contrat de franchise étant non modifiable jusqu'à son terme. Après la réforme, la loi permet d'adapter le contrat en cours, surtout en cas de changement de circonstances économiques imprévisibles lors de la conclusion du contrat, ou lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse.

Franchiseur et franchisé sont dans une relation d'interdépendance économique et d'intérêts, dans laquelle la coopération et la complémentarité des tâches ont pour effet d'améliorer leurs résultats respectifs.

Le code de commerce a prévu à l'art.442 une possibilité de lutter contre le déséquilibre significatif, mais ce texte restait insuffisant, car il traitait seulement de la responsabilité civile en cas d'une clause abusive. L'article 442 du code de commerce, engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparation. (« 2eme soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial a des obligations créant un

déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. 4eme d'obtenir et d'essayer d'obtenir sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant le prix..... »).

D'un autre côté, la clause résolutoire consacrée à l'art. 1225 ne joue qu'en faveur du franchisé. La réforme apporte alors un remède contre ce déséquilibre.

Quant à la violence économique, elle correspond à la notion d'abus de dépendance économique, et si la dépendance peut être démontrée, son abus est bien difficile à prouver.

Il ya 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.

Ainsi, la dépendance du contractant ne doit pas être appréciée à l'aune de sa seule personne, mais à la lumière de ses relations avec son Co- contractant.

D'un autre côté, lorsque le franchiseur manque à son obligation d'assistance, le franchisé pourra lui notifier une réduction de redevances. La résiliation pourra alors être extrajudiciaire et ceci par simple notification sans attendre la décision du juge.

La réforme du droit des contrats apporte alors un remède utile contre ce déséquilibre et une protection accrue du franchisé.

Le contrat est alors nul, lorsqu'au moment de sa formation, la contrepartie devient dérisoire ou illusoire. Le terme contrepartie autorise une vision plus large du rapport contractuel, voire de l'économie globale des relations entre les parties ; cette réforme a pour but de promouvoir l'équilibre contractuel ; ainsi une simple comparaison entre le droit commun (nouvelles dispositions) et le droit commercial (art. 330-341 et 442) prouve que le premier est plus large, d'où le franchisé aura donc tout intérêt à préférer le droit commun au droit spécial, dont l'utilité pourra être mise en doute.

Finalement, et parmi les vices classiques du consentement un nouveau vice fut préconisé, il s'agit de l'abus de dépendance économique ou de violence économique.

• Conclusion

D'une manière générale, les actes juridiques et en particulier les contrats sont des manifestations de volonté, afin que cette dernière puisse se donner à elle-même sa propre loi. L'art 221 du code des obligations et des contrats ainsi que l'art 1134 du code civil français consacrent le principe de l'autonomie de la volonté duquel découle un autre, celui de la liberté contractuelle.

Les actes juridiques participent en effet à l'organisation de la vie sociale et constituent, à ce titre, des sources du droit positif⁽¹⁾.

Mais sous peine de laisser se développer des situations choquantes, le droit positif se devait de dépasser la vision archaïque des contractants libres. L'inégalité et particulièrement la différence de puissance économique, sources de déséquilibre contractuel et de domination de l'un des contractants sur l'autre ont été pris en considération par la nouvelle loi.

Revêtir une forme réglementaire porte atteinte au principe de l'autonomie de la volonté, il est incontestable que le régime de protection institué remet en cause la théorie général telle qu'elle est interprétée par les tenants de l'autonomie de la volonté⁽²⁾.

Cependant, le principe de la liberté contractuelle découlant du principe de l'autonomie de la volonté est subordonné aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs surtout à la justice. Cette justice prime la liberté contractuelle.⁽³⁾

Aujourd'hui le législateur a forgé de nouveaux concepts, afin d'adapter le droit au fait qui n'est pas un mythe mais une réalité, en prenant en considération un fait essentiel :

L'inégalité des parties et les conséquences qui en découlent.

(1) Terré François, introduction générale au droit, 1996, 3ème édition, précis Dalloz, Delta, p199

(2) Virassamy Georges, les contrats de dépendances, Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986, p6

(3) Ghestin, traité de droit civil, les obligations, le contrat, Formation, 1988, Tome 2, 2ème édition, LGDJ, P33

De ce fait, les solutions qui ont été apportées aux difficultés que suscitent les contrats, tel le contrat de franchise, ne sont pas toujours satisfaisantes, quoique cette amélioration ait été perceptible dans l'évolution du droit positif.

• Références

- Ouvrages généraux

- 1- D.Mazeaud, quelques mots sur la réforme du droit des contrats, D2018.
- 2- Guyénot Jean, « La franchise commerciale », Rev.trim.dr.civ, 1973, étude comparée des systèmes interentreprises constitutifs de groupements de concessionnaires
- 3- Fontana Stéphanie, « la franchise, jolie mais pas toujours honnête », le point, n : 1395- du 11 juin 1999(hebdomadaire).
- 4- Le loup Jean-Marie, Droit et pratique de la franchise, 1991, 2^{ème} édition, A1.
- 5- Hamzeh haddad, commentaire exposé dans la première conférence sur la franchise au Liban et aux pays arabes, qui s'est déroulé entre 28 et 29 Mai 1998 à l'Université Libanaise.
- 6- Gérard cornu, la bonne foi en droit des contrats, cours en ligne, date de mise à jour le 17/03/2014.
- 7- Malaurie, la formation du contrat- l'avant-contrat, 62eme congres des notaires de France, Perpignan, juin 1964.
- 8- Terré Francois, introduction générale au droit, 1996,3^{ème} édition, précis Dalloz, Delta.
- 9- Virassamy georges, les contrats de dépendances, paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986.
- 10- Ghestin, traité de droit civil, les obligations, le contrat, Formation, 1988, Tome2, 2^{ème} édition, LGDJ.

- Consultation en ligne

- 1- Franchise – Jurisprudence 2017-BMGB Avocats- consulté le 11/02/2019
- 2- Réforme du droit des contrats : quels changements pour la franchise – Monique Ben Soussien. <https://www.bsn-avocats.com>-consulté le 11/02/2019 et le 23/01/2019
- 3- La réforme du droit des contrats en pratique : quels impacts sur vos contrats ? Ganne Affaires- les journées LAMY de l'Actualité 25 avril 2017 consulté le 23/01/2019
- 4- Négociation et process de vente : les impacts de la réforme du droit des contrats –Guillaume Rougier Brière- le Blog des juristes-7 juin 2018-<https://droit.des.affaires.efe.fr>-consulté le 11/02/2019
- 5- Effets de la réforme du droit des obligations sur la pratique des contrats de distribution-30 juin 2016- Brigitte Gauclère,vincent lorieul,Denid Redon-Francis lebevre
- 6- La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise – Alexandre Riera-1 fev.2016.[https://RGR Avocats.fr](https://RGR-Avocats.fr)- consulté le 23/01/2019
- 7- Réforme du droit des obligations et contrat de franchise de l'évolution du contrat-Remi de Balmann <https://linkedin.com>-consulté le 11/02/2019
- 8- La purgation du contrat de franchise, Distribution, lettre des réseaux, François-Lue Sinon, [https://www.lettre des réseaux.com](https://www.lettre.des.reseaux.com)
- 9- Nullité du contrat de franchise pour manquement à l'obligation d'information précontractuelle –mardi 20 février 2018-<https://www.gouache.fr>
- 10- Réforme du droit des contrats et contrats de franchise : les principaux impacts. Tribune publiée le 12 juin 2016 Dominique Baschet, <https://www.franchise-magazine.com> –consulté le 11/02/2019

Note de synthèse

« droits libanais et français des contrats : à la croisée des chemins »

Habib KAZZI

Chers collègues et amis,

J'espère que cette journée consacrée au dialogue des cultures juridiques a répondu à vos attentes. Le thème abordé aujourd'hui est crucial car non seulement il revient sur la réforme récente du droit des contrats en France, mais il propose surtout une approche comparative dans un domaine où le rapprochement entre nos deux pays a été le plus étroit depuis des décennies.

Après de multiples tergiversations et une multitude de projets de réforme, la modernisation du droit français des contrats a été définitivement entérinée par la loi d'habilitation du 1^{er} avril 2018. Celle-ci poursuit trois objectifs majeurs:

- 1) Accroître la sécurité juridique, ce qui nécessite de rendre « plus lisible et plus accessible le droit des contrats » compte tenu de l'ancienneté des textes et de jurisprudences abondantes rendant le droit commun des contrats trop fluctuant et incertain ;
- 2) Garantir un meilleur équilibre entre justice contractuelle et efficacité économique. Selon les rédacteurs de la réforme, l'attractivité du droit français requiert l'adoption de solutions équilibrées, protectrices des parties, mais aussi efficaces et adaptées aux évolutions de l'économie de marché.
- 3) Renforcer l'attractivité du droit français dans les contrats internationaux et les projets d'harmonisation du droit des contrats au niveau européen ou ailleurs.

Partant de là, les interventions de ce colloque ont consisté essentiellement à répondre à trois interrogations :

- a) Les points de droit développés représentent-ils une simple codification de la jurisprudence encouragée par la doctrine et les praticiens ou bien consacrent-ils des règles nouvelles en rupture avec le droit précédent et la jurisprudence ?
- b) Quel est le degré d'efficacité de la réforme du droit français ? A-t-elle atteint ses objectifs ?
- c) Si l'on considère que le COC s'est inspiré du Code Napoléon de 1804 : la réforme a-t-elle entraîné un alignement ou un fossé plus grand entre les deux droits ? Si la réponse est positive, 2 questions se posent à nous : - puisque le droit des obligations est le reflet des conceptions morales, économiques et sociales d'une société, y-a-t-il un écart des conceptions fondamentales entre nos deux sociétés ? - A l'heure où le droit comparé gagne en importance et les règles internationales du commerce penchent vers l'intégration dans une course effrénée vers la flexibilité juridique et judiciaire inspirée du modèle anglo-saxon, où se trouve le Liban sur la carte du monde ?

1^{ère} interrogation : réforme, refonte, modernisation ou encore révolution ?

Sur le fond, le nouveau droit français des contrats ressemble fort à l'ancien : pas à celui énoncé par le Code de 1804, mais à celui que la jurisprudence a construit sur lui. Cependant, même en nombre limité, il y a des innovations importantes, parfois même de véritables ruptures.

En effet, sur le fond, les textes ne comportent qu'un nombre limité d'innovations. Un décompte approximatif prouve que sur les 151 articles qui constituent le nouveau droit commun des contrats (art. 1101 à 1245-17), plus de la moitié (77 environ) codifient des solutions jurisprudentielles. Une cinquantaine d'autres reprennent en les réécrivant plus ou moins des dispositions du Code de 1804. Il ne reste donc que fort peu de place pour les nouveautés. Moins d'une vingtaine de dispositions énoncent des règles originales et cinq articles seulement

combattent la jurisprudence. C'est le cas s'agissant de la sanction de la révocation de la promesse unilatérale de contrat par le promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter (art.1124, al. 2), de la caducité de l'offre par le décès de l'offrant (art. 1117, al. 2) et de l'effet de la mauvaise foi de celui qui publie en premier son titre d'acquisition au fichier immobilier (art. 1198, al. 2). L'article 1195 qui instaure la révision du contrat pour imprévision contredit la célèbre jurisprudence *Canal de Craponne*. Et l'article 1161 abandonne la validité de principe du contrat conclu avec soi-même.

2eme interrogation : la réforme est-elle efficace ?

La lisibilité, l'accessibilité, et l'efficacité ont constitué les socles de la réforme tant sur le plan formel que substantiel. Mais leur portée réelle suppose de soumettre les textes actuels aux défis du quotidien et des vicissitudes des interprétations jurisprudentielles.

Sur le plan formel, cette réforme du droit est à l'origine de la réécriture de nombreux articles. Des tournures de style un peu anciennes sont remplacées par des énoncés plus modernes, sans que la règle de fond ne soit modifiée. Des mots jugés compliqués disparaissent, par exemple, l'acte sous seing privé au profit de l'acte sous signature privée.

Au-delà des points de vigilance sur le fond signalés par nos intervenants, des craintes demeurent en ce qui concerne l'interprétation, du fait, notamment de l'apparition de notions plus ou moins neuves, comme celles de stipulation ou de prestation et du recours fréquent à des standards: le raisonnable, le légitime, l'excessif, le significatif ou la disproportion manifeste. Ces notions souples confèrent au juge le pouvoir de fixer le contenu précis de la règle. C'est l'un des paradoxes de la réforme qui confie ainsi au juge le soin de livrer la signification de concepts majeurs du nouveau droit des contrats alors que l'un de ses objectifs est de figer la jurisprudence dans la loi. La sécurité recherchée est donc limitée.

3eme interrogation : harmonisation ou désynchronisation ?

Les interventions d'aujourd'hui nous rappellent que les droits des obligations français et libanais restent irrigués par trois principes fondamentaux : liberté contractuelle, force obligatoire et bonne foi. Il ne s'agit pas des principes directeurs d'un niveau supérieur aux règles qui suivent ... mais des principes facilitant l'interprétation de l'ensemble des règles applicables au contrat et, au besoin, en comblent les lacunes. Les trois se complètent et permettent d'éviter à la fois un interventionnisme judiciaire excessif et les abus entre les parties contractantes.

Pour autant, le rapprochement s'arrête là. L'écart entre nos deux droits s'est accentué et touche désormais à la fois leurs conceptions fondamentales, leurs règles substantielles et l'aspect rédactionnel.

a) Divergences de paradigmes

La réforme en France traduit un changement de valeurs et de paradigmes avec le Code Napoléon de 1804. Le droit des contrats vient de connaître une mutation profonde passant d'une vision morale et judiciaire à une conception plus économique et contractuelle. Cette mutation ferait passer d'un « droit civil social » à un « droit civil des affaires » conciliant l'efficacité économique et la protection de la partie de bonne foi. La disparition de concepts traditionnels tels que « les bonnes mœurs » ou encore « le bon père de famille » va clairement dans ce sens. Plus que jamais la complémentarité du droit des contrats et du droit des affaires est de mise. Face à cette évolution, le corpus législatif libanais reste attaché à une vision « moraliste et interventionniste » du juge clairement dépassée.

b) Divergences sur le plan rédactionnel

La rédaction du COC se caractérise par un style d'écriture faisant la part belle à la lourdeur et à la complexité de nombreux textes. La lecture de l'article 221 al 2 du COC qui consacre la bonne foi en droit libanais et les jurisprudences fluctuantes et les débats doctrinaux interminables qu'elle a suscités est topique à cet égard. Elle suffit en tout cas à démontrer la nécessité d'une refonte textuelle urgente du COC.

c) Divergences sur le plan substantiel

Les divergences substantielles se sont récemment accrues et concernent à la fois la phase de négociation précontractuelle, l'exécution du contrat, les opérations sur le contrat ou encore son extinction.

La modernisation du droit français nous rappelle à la fois le maintien de différences d'approche « historiques » sur certains points et l'inadaptation de notre droit libanais aux exigences socio-économiques contemporaines.

Les interventions soulignent, à juste titre, que le Code libanais des obligations et des contrats ne couvre pas la même étendue que le Code civil français. On sait, en effet, qu'au Liban les statuts personnels échappent à une législation uniforme et que le droit foncier obéit à des textes qui lui sont propres.

De même, si le COC tient du Code Napoléon son inspiration dominante, il n'en comporte pas moins des règles originales qui reflètent les cent trente années écoulées de l'un à l'autre et qui n'ont pas été affectées par la réforme en France : à titre d'exemples non exhaustifs, citons les dispositions relatives à l'inexistence des contrats, à l'abus de droit, à la lésion, à la reprise de dette, ainsi que le rattachement de la gestion d'affaires à la catégorie des actes unilatéraux.

Mais le processus de codification en France a mis en exergue à la fois des différences et des lacunes de notre droit positif par rapport au droit français. Signalons notamment : 1) l'absence d'une obligation d'information dès la phase précontractuelle qui permet de sacraliser et d'encadrer la bonne foi, 2) la non-application du principe de bonne foi à la phase précontractuelle, mais seulement d'exécution du contrat (art. 221 COC) ; 3) le maintien de l'offre en cas d'incapacité ou de décès du pollicitant au Liban (179 COC) avec toute l'insécurité juridique pour les ayants causes, 4) la consécration des théories de la cause et de l'objet du contrat qui restent au cœur de notre droit civil, alors que le régime français consacre désormais un concept commun à travers « le contenu licite et certain » ; 5) la résolution unilatérale extrajudiciaire qui est une demande du monde des affaires et qui reste une exception trop encadrée au Liban ; 6) l'obsolescence du régime libanais en matière

d'inexécution du contrat qui reste fondé sur l'idée de « sanctions » et non de « remèdes » comme en France, et faisant toujours la part belle à l'exécution forcée et au DI ; 7) le maintien des trois conditions classiques de la force majeure, alors que la réforme française confirme la tendance jurisprudentielle plus adaptée qui supprime la condition d'extériorité ; 8) la persistance du rejet de la théorie de la révision pour imprévision tant demandée par les acteurs du marché, alors que la France l'a définitivement consacrée à travers l'article 1195 du Code civil ; 9) la lourdeur des règles d'opposabilité de la cession de créances par rapport au nouveau droit français ; 10) l'absence de réglementation du contrat électronique (projet de loi de 2006 !) alors que le code civil français consacre un véritable régime juridique détaillé adapté aux défis de l'évolution technologique et de la société du numérique.

Ces divergences d'approche ne sont pas exhaustives, mais elles suffisent à dresser un constat accablant pour le droit positif libanais. La situation est d'autant plus grave que les changements opérés par le droit des contrats en France accroissent l'écart dans le domaine des contrats d'affaires. Les interventions ont ainsi démontré que l'écart dans les approches se creusera inévitablement en matière d'avant-contrats d'affaires, de cession de droits sociaux, de montage contractuelle de joint-venture, ou encore en matière de contrats de distribution tels que la franchise.

En somme, l'analyse de la réforme du droit français a permis de mettre en exergue, du point de vue libanais, 3 constats :

- Les divergences d'approche avec le droit français s'accroissent inexorablement traduisant à leur tour une divergence des conceptions morales, économiques et sociales qui dominent nos sociétés respectives. Ces divergences ont des répercussions inévitables en matière de contrats d'affaires.
- On relève clairement une perte d'attractivité du COC libanais dans les contrats internationaux et dans le mouvement d'harmonisation au niveau international et régional.
- Le COC est inchangé depuis 1932. Une nouvelle codification est désormais indispensable autour de deux exigences inspirées du modèle français, à savoir la sécurité juridique et l'efficacité économique.