

RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS ET OPÉRATIONS SUR TITRES : DES RETOUCHES ATTENDUES ET SALUTAIRES

*par Gilles Gaillard, LL.M. Cambridge,
Avocat associé d'Altana*



Un peu plus d'un an après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016¹ et à la veille de sa ratification par le Parlement, avec quelques retouches significatives en perspective, il est apparu intéressant de faire un rapide état des lieux des points de sensibilité de la réforme du droit des contrats du point de vue particulièrement des praticiens des fusions-acquisitions et du capital investissement.

Cette réforme constituait de l'aveu même de ses promoteurs un enjeu de Place, avec pour objectif affirmé d'améliorer la lisibilité et de renforcer l'attractivité du droit français (la France étant l'un des derniers pays de droit continental à réformer son droit des contrats et n'ayant pas participé aux efforts d'unification européenne en la matière).

La réforme a été de ce point de vue globalement bien accueillie et source de satisfactions pour la Place sur certaines questions essentielles (exécution forcée des promesses unilatérales de vente, consécration de la cession de contrat et de la cession de dette, stabilisation de certaines solutions jurisprudentielles...). Mais elle a aussi marqué un recul de la sécurité juridique contractuelle avec l'instauration de nouvelles règles renforçant le contrôle du juge (contrôle judiciaire de clauses contractuelles, révision pour imprévision, limite à l'exécution en nature, réduction du prix...). Par ailleurs, les analyses et discussions des auteurs et praticiens ont mis en lumière un nombre croissant d'interrogations sur des questions essentielles (distinction entre règles impératives et règles supplétives, articulation entre droit commun et droit spécial, étendue du devoir d'information précontractuel, représentation des personnes morales, application de la loi dans le temps) ou sur le sens de certaines notions non définies claire-

ment (contrat d'adhésion, information confidentielle, délai raisonnable des actions interrogatoires...).

En l'absence d'éclaircissements attendus du côté de la jurisprudence avant plusieurs années, les praticiens ont été renvoyés à leurs clausiers afin de sécuriser autant que faire se peut certaines situations et les faire échapper à l'aléa judiciaire. Le salut viendra peut-être dans l'immédiat des retouches apportées par le Parlement à l'occasion de la loi de ratification de l'ordonnance².

APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS

L'article 9 de l'ordonnance de 2016 énonce que « les contrats conclus avant cette date [1er octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance] demeurent soumis à la loi ancienne » sauf dans trois hypothèses expressément prévues pour mettre en jeu l'action interrogatoire (à destination du bénéficiaire d'un pacte de préférence, du représentant d'une partie sur l'étendue de ses pouvoirs et d'un cocontractant sur son intention de demander la nullité d'un contrat qui serait vicié).

A la lecture d'arrêts récents de la Cour de cassation³, certains commentateurs se sont interrogés avec quelque inquiétude sur la portée réelle de cette disposition : est-elle absolue ou rencontre-t-elle la limite de l'application de la loi nouvelle aux contrats anciens s'agissant des règles considérées d'ordre public (appréciation extensible des juges ?) et des effets légaux des contrats, par opposition aux effets contractuels.

La loi de ratification pourrait être opportunément source de précision même si les juges garderont au final une certaine latitude dans le fondement de leurs décisions.

Au-delà de cette précision éventuelle, la question restera sensible dans certaines situations, notamment pour les contrats à durée déterminée conclus avant l'entrée en vigueur de la réforme et qui seraient renouvelés postérieurement, expressément ou tacitement (et non pas simplement prorogés). Ils seraient soumis de plein droit aux nouvelles dispositions. Il conviendra donc de l'anticiper pour aménager le cas échéant conventionnellement ce changement de régime.

RÉPARATION DU PRÉJUDICE SUBI LORS DE L'ÉCHEC DES NÉGOCIATIONS PRÉCONTRACTUELLES

Le principe louable, qui visait à consacrer la jurisprudence établie en matière de sanction de la faute commise à l'occasion des pourparlers, a accouché d'un texte à la rédaction jugée sibylline selon certains. Les termes du nouvel article 1112 du Code civil qui interdisent la réparation du préjudice ayant pour objet « la perte des avantages attendus du contrat non conclu » excluent a priori également la réparation de la perte de chance de conclure le contrat.

Il est proposé néanmoins au Parlement de supprimer cette ambiguïté en excluant expressément la réparation du préjudice pour perte de chance et d'affirmer également le caractère d'ordre public de la règle.

OBLIGATION PRÉCONTRACTUELLE D'INFORMATION

Point majeur de la réforme et consécration d'une évolution jurisprudentielle essentielle, l'article 1112-1 du Code civil impose désormais à une partie qui a connaissance d'une information « déterminante pour le consentement » de l'autre de la lui transmettre « dès lors que légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ». L'un des points saillants de ce devoir d'information est l'impossibilité d'y déroger contractuellement en tout ou partie.

La rédaction de l'article 1112-1 soulève plusieurs questions, dont celle de la limite à ce devoir d'information à travers l'obligation de s'informer à la charge de l'autre partie. Ce contre-balancier nécessaire du dispositif, reconnu antérieurement par la jurisprudence, est-il implicite de par la référence à l'ignorance légitime ? On peut le penser mais le prévoir expressément aurait été louable.

DICHOTOMIE ENTRE NULLITÉ POUR RÉTICENCE DOLOSIVE ET SANCTION DE L'INFORMATION PRÉCONTRACTUELLE

Il est proposé au Parlement à l'occasion de la ratification de l'ordonnance de modifier l'article 1137 du Code civil sur la réticence dolosive en réponse aux critiques, justifiées, sur l'incohérence du champ d'application de cet article avec celui du devoir d'information lors des pourparlers de l'article 1112-1 du Code civil.

La réticence dolosive consisterait désormais à ne pas avoir communiqué une information que l'on devait fournir con-

formément à la loi, ce qui remplacerait la référence à la connaissance du caractère déterminant pour l'autre partie.

IMPRÉVISION ET POUVOIR DE RÉVISION DU JUGE

L'article 1195 du Code civil constitue l'une des grandes nouveautés de la réforme avec l'introduction d'une faculté de révision du contrat par le juge « si un changement de circonstances imprévisible lors de sa conclusion rend son exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque ».

La jurisprudence a pu reconnaître la validité de certains aménagements, au fil des années, comme l'obligation de renégocier des contrats devenus déséquilibrés sur le fondement de l'exigence de la bonne foi ou l'admission des clauses d'adaptation ou de résiliation dites clauses de hardship, mais n'avait jamais reconnu d'obligation pour les parties ou pour le juge de se substituer aux parties pour réviser le contrat en cas d'imprévision, contrairement au droit administratif.

Cette nouvelle faculté de révision par le juge, bien qu'encadrée étroitement par l'article 1195, concerne tous les contrats et pas uniquement les contrats à exécution successive.

Mais le dispositif n'étant pas impératif, la pratique s'est immédiatement saisie de cette question comme un nouvel enjeu de discussion majeure dans les accords de cession, d'investissement et de coopération, qu'il s'agisse de régir la période de gestion ou les conditions qui séparent le signing du closing, les clauses MAC, les engagements des pactes d'associés et des accords de joint-venture, comme une simple promesse de cession.

A priori, les contrats les plus complexes continueront à organiser sur mesure leurs propres règles de hardship.

Dans les hypothèses où le mécanisme de révision par le juge n'est pas expressément exclu ou encadré contractuellement, les parties devront en revanche accepter de subir le cas échéant le pouvoir réformateur du juge. Cette immixtion d'un tiers, dans la relation contractuelle, n'est pas satisfaisante au regard de l'insécurité qu'elle pourrait générer.

Il est aujourd'hui proposé au Parlement, au grand soulagement des praticiens, de supprimer purement et simplement à l'article 1195 le pouvoir de révision du contrat confié au juge en cas de changement de circonstances imprévisible (sans remettre en cause évidemment son pouvoir de prononcer la nullité du contrat) et également d'exclure les instruments financiers du champ d'application de l'imprévision.

Toujours dans le domaine de l'imprévision, on évoquera la faculté offerte par l'article 1171⁴ du Code civil à une partie de requérir du juge la suppression d'une clause dont elle considère qu'elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Le texte précise que « l'ap-

préciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Cette possibilité de révision de droit commun vient compléter les règles spéciales existantes qui sanctionnent les clauses abusives entre professionnels (article L.442-6 du Code de commerce) et dans le domaine consommériste (article L.212-1 du Code de la consommation). La frontière demeure cependant incertaine et le nouveau texte s'applique tant aux contrats dans leur ensemble qu'aux clauses jugées déséquilibrées prises isolément. On perçoit potentiellement que des parties jugées « faibles » dans certaines situations contractuelles, qui n'auraient pas discuté les termes du contrat qu'elle ont signé (promesse de vente ou pacte signé par un manager associé à une opération de LBO, garantie de passif signé par un minoritaire...), pourraient être incitées à remettre en cause la portée de leur engagement alors même qu'au moment de la conclusion du contrat en cause elles ont pu bénéficier de l'appui d'un conseil ou du bénéfice d'une contrepartie ou d'un avantage ne découlant pas directement dudit contrat.

Le flou entourant la notion de contrat d'adhésion pourrait être une nouvelle source de fragilité comme nous en avons connu pendant des années en matière de sanction de l'inexécution des promesses unilatérales.

Sur ce point, le Parlement entend également préciser que le contrat d'adhésion s'entend d'un contrat qui comporte des clauses « non négociables, déterminées à l'avance unilatéralement par l'une des parties ».

Cette précision, bienvenue, n'est pas de nature malheureusement à régler totalement la difficulté et nie la réalité économique et juridique intrinsèquement déséquilibrée de certaines relations contractuelles, mais justifiée au vu de l'économie globale d'une opération.

PACTE DE PRÉFÉRENCE ET ACTION INTERROGATOIRE

Morceau de choix de la réforme, le pacte de préférence a fait son entrée dans le Code civil à l'article 1123, avec un double mécanisme de sanction en cas de non-respect par la substitution du bénéficiaire dans l'acte conclu en fraude ou la réparation du préjudice subi par lui. A ceci s'ajoute une procédure permettant d'interroger le bénéficiaire sur l'existence d'un pacte.

Parmi les nombreux sujets de réflexion suscités par les termes de l'article 1123, retenons ici la question du champ d'application de ce dispositif et de la durée de réponse à l'action interrogatoire.

Sujet délicat d'interprétation, le droit de préférence tel que défini par le Code civil recouvre-t-il uniquement ce que l'on qualifie de simple droit de premier refus déclenché avant la réception de toute offre concurrente ou vise-t-il aussi le droit de préempter une offre d'acquisition déjà reçue ?

L'enjeu est de taille au regard de la condition de preuve très difficile à satisfaire imposée par l'article 1123 et reprise de la jurisprudence antérieure⁵, pour que le bénéficiaire du pacte puisse être substitué au tiers partie à l'acte conclu en violation de ses droits : il doit en effet démontrer que le tiers avait connaissance du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.

Il ne semble pas – et c'est regrettable – que le Parlement entende revoir le champ d'application du texte ou la condition exigée pour la substitution.

En revanche, le Parlement devrait fixer à deux mois le délai raisonnable pour la réponse de l'action interrogatoire.

REPRÉSENTATION DES PERSONNES MORALES

Le nouvel article 1161 du Code civil, au nom de la prévention des conflits d'intérêt, a créé, à peine de nullité de l'acte, une interdiction pour une personne de représenter deux parties au contrat et de contracter pour son propre compte, sauf autorisation de la loi ou du représenté.

Cette interdiction qui vise notamment la situation classique dans laquelle deux parties personnes morales, voire plus, sont représentées à l'acte par le même signataire personne physique, a fortement perturbé les commentateurs et praticiens qui ont opposé diverses interprétations possibles quant à sa portée et son possible encadrement. Faut-il limiter cette prohibition aux situations où se manifeste un conflit d'intérêt ? Comment définir avec certitude la notion de conflit d'intérêt ? Comment concilier l'interdiction avec l'encadrement des conventions réglementées qui vise également à prévenir les conflits d'intérêt ? La procédure serait-elle limitée aux conventions libres ? Autant de questions qui n'apportent pas de réponses évidentes et définitives.

Il est donc heureux de constater, dans ce contexte, que le Parlement soit invité à exclure la représentation des personnes morales du champ l'application de l'article 1161 pour le limiter à celle des personnes physiques.

¹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

² Projet de loi n° 578 (2016-2017) déposé au Sénat le 9 juin 2017 - Rapport n° 22 (2017-2018) de M. François Pillet, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2017 au Sénat.

³ Cass. Civ. 3ème, 9 février 2017, n°16-10.350, Cass. Ch. mixte, 24 février 2017, n°15-10.411 et 21 septembre 2017, n°16-20.103.

⁴ « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

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

⁵ Cass. Ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376.