



Ministère de la Justice
Monsieur le Directeur du Droit des obligations
Guillaume Meunier

Paris, le 30 avril 2015

Monsieur le Directeur,

Le Ministère de la justice a bien voulu lancer une consultation publique sur le projet de réforme des contrats et de refonte du Code civil. Nous souhaitons vous remercier de la qualité et de l'ampleur de cette réforme.

En tant que professionnels concernés et en liaison avec le Cercle Montesquieu, nous serions heureux, comme proposé, d'apporter notre contribution.

Il paraît à ce stade, inutile de reprendre chacune des dispositions, car pour la plupart d'entre elles, nous ne pouvons qu'y adhérer, et tout particulièrement, celles concernant la prise en compte des éléments économiques du contrat, et l'application de la théorie de l'imprévision. Ces dispositions sont susceptibles de renforcer l'efficacité économique de notre Droit.

Toutefois, avant de formuler quelques propositions relatives à certaines des dispositions du projet d'ordonnance, les professionnels consultés souhaitent exprimer leur sentiment sur l'économie de la réforme présentée. Le futur texte réalise un équilibre entre la conception – libérale – traditionnelle du droit des contrats reposant sur le dogme de l'autonomie de la volonté et une approche davantage imprégnée des théories du solidarisme contractuel. Ces professionnels ne portent aucun jugement sur l'option ainsi retenue mais veulent faire observer que le choix d'une plus grande justice espérée ne doit pas se faire au détriment des qualités attendues de toute construction juridique : la prévisibilité et la sécurité. Or la réforme proposée paraît ne pas garantir pleinement ces vertus nécessaires. Le projet d'ordonnance semble en effet multiplier les hypothèses destinées à permettre l'infléchissement du contenu obligatoire des conventions conclues.

De deux façons. D'une part, en offrant aux juges un pouvoir d'intervention supplémentaire en la matière. D'autre part, par le choix de l'art législatif retenu.

Il semble que le texte proposé par le projet d'ordonnance multiplie les « notions-cadre », au contenu volontairement flou, augmentant de façon mécanique le rôle accordé aux juges dans la mise en œuvre du droit et l'imprévisibilité de certaines des solutions en définitive retenues. Certes le droit commun des contrats a toujours été l'occasion d'un travail jurisprudentiel important à partir des termes retenus par le Code civil, ce qui a doté le code Napoléon d'une certaine plasticité permettant à la lettre de la loi – vieille de plus de deux siècles – d'évoluer avec le temps et l'espace. Mais ce

travail sur les mots s'inscrivait dans un donné légal moins ouvert et moins sujet à interprétations divergentes. Les notions nouvelles sont des concepts « apériteurs ». Le risque de la construction actuelle est de trop offrir l'occasion d'interprétations jurisprudentielles divergentes et – quand bien même le sens à donner aux termes serait-il précisé par une jurisprudence unificatrice de la Cour de Cassation – les parties au contrat devraient attendre plusieurs décennies avant d'être fixées sur le contenu obligatoire des conventions projetées. Si le contrat est un instrument d'anticipation du futur il ne peut raisonnablement l'être qu'à partir de prévisions claires.

L'observation ne vise pas à remettre en cause le parti pris mais à limiter les occasions d'appel à l'interprétation judiciaire en les cantonnant à des hypothèses que des études préalables – économiques et sociologiques – auront fait apparaître comme vraiment nécessaires. Cela étant posé, nous nous permettons de faire quelques suggestions sur cinq articles assorties de deux observations complémentaires.

Vous comprendrez que l'urgence de cette consultation ne permet qu'une analyse très succincte. Toutefois, si vous souhaitiez un approfondissement de tel ou tel point, nous demeurons à la disposition de votre Direction.

Par souci d'efficacité, nous suggérons cinq modifications, en soulignant que si le texte tel qu'il est actuellement rédigé devait être maintenu, les entreprises françaises seraient pénalisées :

1. Révocation de l'offre

Les articles 1117 et 1118 du projet disposent :

Article 1117 :

"La révocation de l'offre, en violation de l'obligation de maintien prévue à l'article 1116, n'engage que la responsabilité extracontractuelle de son auteur, sans l'obliger à compenser la perte des bénéfices attendus du contrat".

Article 1118 :

"L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable.

Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur".

Le Département Contentieux et Immobilier du Cabinet, considèrent qu'en cas de rétractation, le destinataire pourra exclusivement obtenir des dommages et intérêts sur un fondement extracontractuel et ne pourra pas réclamer "la perte des bénéfices attendus du contrat". La jurisprudence rendue à propos des pourparlers est ainsi consacrée par le projet et étendue à l'offre.

Une gradation plus équitable pour les parties pourrait exister sous le contrôle du juge, entre les sanctions liées à la rupture des pourparlers, et celles liées à la sanction d'une offre, **en supprimant** les termes suivants du premier alinéa : *"sans l'obliger à compenser la perte des bénéfices attendus du contrat".*

DLA Piper France LLP est un cabinet de 'Solicitors' et de 'Registered Foreign Lawyers'. Membre de la Law Society of England and Wales. Inscrit au Barreau de Paris en application de la Directive 98/5/CE.

DLA Piper France LLP est un 'limited liability partnership' enregistré en Angleterre et au Pays de Galles (numéro d'enregistrement OC385239), et faisant partie de DLA Piper, un cabinet d'avocats implanté mondialement, exerçant par l'intermédiaire d'entités juridiques distinctes et indépendantes.

Une liste des membres peut être consultée au siège social et principal établissement, situé 3 Noble Street, Londres, EC2V 7EE, Royaume-Uni et à l'adresse en tête de ce document. Partner signifie membre d'un 'limited liability partnership'.

Une liste de nos bureaux et les informations réglementaires peuvent être consultées sur le site www.dlapiper.com

2. Affirmation d'un devoir général d'information

L'article 1129 du projet dispose :

"Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé".

S'agissant du 1er alinéa, pour éviter tout élément subjectif, le texte pourrait se lire ainsi :

"Celui des contractants qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre partie, doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant".

S'agissant du second alinéa, la responsabilité encourue pour manquement à une obligation précontractuelle devrait être uniquement contractuelle dès lors que la responsabilité extracontractuelle résulte d'ores et déjà d'un vice du consentement. L'alinéa pourrait être en conséquence rédigé comme suit :

"Le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité contractuelle de celui qui en était tenu".

3. Réticence dolosive

L'article 1136 du projet dispose :

"Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres, des mensonges ou par la dissimulation intentionnelle d'une information qu'il devait lui fournir conformément à la loi"

Le département Contentieux estime que les mots *"conformément à la loi"* restreignent le champ d'application de la réticence dolosive, et que le terme de *"loi"* n'est pas assez précis.

En effet, en l'état de la rédaction proposée, seul un manquement intentionnel à un devoir d'origine légale est constitutif d'une réticence dolosive.

Comment alors considérer les hypothèses selon lesquelles l'auteur de la réticence dolosive cache une information qu'il n'a aucune obligation de révéler ? Ou bien alors, si cette obligation existe, mais n'est pas de nature "légale" stricto sensu ? L'article 1129 dans la rédaction proposée ne permet pas de couvrir ces hypothèses puisque le

DLA Piper France LLP est un cabinet de 'Solicitors' et de 'Registered Foreign Lawyers'. Membre de la Law Society of England and Wales. Inscrit au Barreau de Paris en application de la Directive 98/5/CE.

DLA Piper France LLP est un 'limited liability partnership' enregistré en Angleterre et au Pays de Galles (numéro d'enregistrement OC385239), et faisant partie de DLA Piper, un cabinet d'avocats implanté mondialement, exerçant par l'intermédiaire d'entités juridiques distinctes et indépendantes.

Une liste des membres peut être consultée au siège social et principal établissement, situé 3 Noble Street, Londres, EC2V 7EE, Royaume-Uni et à l'adresse en tête de ce document. Partner signifie membre d'un 'limited liability partnership'.

Une liste de nos bureaux et les informations réglementaires peuvent être consultées sur le site www.dlapiper.com

Standard de Paris
+33 (0)1 40 15 24 00

devoir d'information qu'il vise, ne concerne qu' : *"une information dont l'importance est déterminante pour le consentement"*.

Dès lors, si l'information non révélée ne relève que du dol incident (information permettant au vendeur de former son prix de manière juste), un certain nombre d'hypothèses ne seraient ni dans le champ de l'article 1129 (information pas déterminante du consentement lui-même), ni dans celui de l'article 1136 (car sans existence d'obligation légale de révéler l'information). Hypothèses qui seront en pratique très nombreuses.

Par ailleurs, il paraît d'autant plus indispensable de rappeler que le dol ne saurait être présumé. Or dans la réforme proposée, le dol se rapproche de la violation du devoir précontractuel d'information. Or, le dol ne saurait se laisser déduire du seul manquement à ce devoir, si ne s'y ajoute la preuve de l'intention dolosive qu'il incombe au demandeur en nullité d'apporter.

Aussi, l'équipe Contentieux propose la suppression des termes *"conformément à la loi"*.

4. Fixation unilatérale du prix par une partie avec l'introduction d'une notion de "contrat de prestation de services"

L'article 1164 du projet dispose :

"Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour celui-ci d'en justifier le montant. A défaut d'accord, le débiteur peut saisir le juge afin qu'il fixe le prix en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties."

Une nouvelle qualification d'un contrat, dit "contrat de prestations de services" sera source d'interprétation ambiguë et d'insécurité juridique. En conséquence, l'article mériterait d'être supprimé, la prestation de services étant déjà prévue.

5. Clause de limitation de responsabilité ("clauses abusives")

L'article 1168 du projet dispose:

"Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite".

Cette disposition serait de grand intérêt si elle était limitée aux contrats d'adhésions ou aux clauses non négociées, tel que l'avait précisé la jurisprudence *Chronopost* . Un texte aussi général que celui qui est proposé, revient à rétablir la théorie de la cause.

Pour éviter cet écueil, l'article 1168 du projet pourrait être rédigé comme suit :

"Toute clause d'un contrat qui n'aurait pas fait l'objet d'une négociation entre les parties et qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur, est réputée non écrite".

DLA Piper France LLP est un cabinet de 'Solicitors' et de 'Registered Foreign Lawyers'. Membre de la Law Society of England and Wales. Inscrit au Barreau de Paris en application de la Directive 98/5/CE.

DLA Piper France LLP est un 'limited liability partnership' enregistré en Angleterre et au Pays de Galles (numéro d'enregistrement OC385239), et faisant partie de DLA Piper, un cabinet d'avocats implanté mondialement, exerçant par l'intermédiaire d'entités juridiques distinctes et indépendantes.

Une liste des membres peut être consultée au siège social et principal établissement, situé 3 Noble Street, Londres, EC2V 7EE, Royaume-Uni et à l'adresse en tête de ce document. Partner signifie membre d'un 'limited liability partnership'.

Une liste de nos bureaux et les informations réglementaires peuvent être consultées sur le site www.dlapiper.com

Standard de Paris
+33 (0)1 40 15 24 00

Tout en vous remerciant de prendre en compte ces modifications, nous nous joignons à l'ensemble des juristes de la Place pour solliciter une modification de vos textes sur la violence économique (article 1142) et la généralisation des clauses abusives (article 1169).

S'agissant de la **violence économique**, il semble aux praticiens, au-delà des interrogations quant au champ du vice ainsi consacré (hypothèses plus larges que celles retenues par la jurisprudence actuelle mais exigence d'un « abus »), que la sanction unique (nullité) – trop brutale – ne corresponde à l'intérêt d'aucune des parties au contrat. Il serait sans doute heureux de laisser au juge le choix entre diverses possibilités (annulation mais aussi dommages-intérêts ou révision du contrat).

A tout le moins, l'opportunité de la réforme comme son étendue devrait être précédée d'une étude économique scientifique permettant de mieux en cerner l'utilité, les contours et le régime de ce vice du consentement.

Quant à l'**article 1169 prohibant les clauses créant « un déséquilibre significatif »**, la rédaction actuelle illustre bien les difficultés que génère la consécration – sous forme de principe général – d'une solution qui a montré son intérêt dans les droits spéciaux. Sans doute faudrait-il mieux préciser l'articulation générale des raisonnements devant guider le juge. Les raisons qui ont conduit à l'adoption de certaines solutions en droit de la consommation ne se retrouvent pas nécessairement en droit commun des contrats.

De façon plus générale, il faudrait cantonner le champ de la règle nouvelle aux contrats d'adhésion ou aux clauses soustraites à la négociation. La formulation proposée par les travaux (article 67) dirigés par le professeur François Terre paraissait préférable.

Il semble également aux professionnels concernés que la sécurité juridique serait mieux assurée si certaines précisions indispensables étaient mieux apportées par les textes envisagés :

- Quelles sont les dispositions qui sont d'ordre public (soustraites à la liberté contractuelle) et celles qui ne le sont pas ? Et, parmi les premières, quelles sont celles qui sont d'ordre public international ?
- Comment précisément s'effectuera l'application dans le temps de la réforme (quelles dispositions s'appliqueront aux effets futurs des contrats en cours ?)
- Comment s'articuleront harmonieusement droit commun des contrats et solutions des contrats spéciaux, notamment lorsque le premier recueille certaines des solutions des seconds tout en retenant des formulations voisines mais non identiques ?

DLA Piper France LLP est un cabinet de 'Solicitors' et de 'Registered Foreign Lawyers'. Membre de la Law Society of England and Wales. Inscrit au Barreau de Paris en application de la Directive 98/5/CE.

DLA Piper France LLP est un 'limited liability partnership' enregistré en Angleterre et au Pays de Galles (numéro d'enregistrement OC385239), et faisant partie de DLA Piper, un cabinet d'avocats implanté mondialement, exerçant par l'intermédiaire d'entités juridiques distinctes et indépendantes.

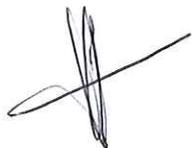
Une liste des membres peut être consultée au siège social et principal établissement, situé 3 Noble Street, Londres, EC2V 7EE, Royaume-Uni et à l'adresse en tête de ce document. Partner signifie membre d'un 'limited liability partnership'.

Une liste de nos bureaux et les informations réglementaires peuvent être consultées sur le site www.dlapiper.com

Standard de Paris
+33 (0)1 40 15 24 00

Veillez agréer Monsieur le Directeur, l'assurance de notre très haute considération.

Pour DLA PIPER



Isabelle Eid*

Avocat, Counsel

T +33 1 70 75 77 22

M +33 6 80 52 06 11

E isabelle.eid@dlapiper.com

Pour le Cercle Montesquieu



Denis Musson

Président du Cercle Montesquieu

T +33 (0)1 49 55 64 40

M +33 (0)6 87 70 80 52

E denis.musson@imerys.com

154, rue de l'Université

75007 Paris

France

*Pour le groupe de travail interne ad hoc du cabinet DLA Piper, composé de huit avocats associés des huit groupes de pratique du bureau de Paris (Droit des sociétés, Contentieux & Réglementation, Propriété Intellectuelle & Technologie, Droit social, Entreprises en difficulté, Droit fiscal, Finance & Projets, Droit immobilier).

DLA Piper France LLP est un cabinet de 'Solicitors' et de 'Registered Foreign Lawyers'. Membre de la Law Society of England and Wales. Inscrit au Barreau de Paris en application de la Directive 98/5/CE.

DLA Piper France LLP est un 'limited liability partnership' enregistré en Angleterre et au Pays de Galles (numéro d'enregistrement OC385239), et faisant partie de DLA Piper, un cabinet d'avocats implanté mondialement, exerçant par l'intermédiaire d'entités juridiques distinctes et indépendantes.

Une liste des membres peut être consultée au siège social et principal établissement, situé 3 Noble Street, Londres, EC2V 7EE, Royaume-Uni et à l'adresse en tête de ce document. Partner signifie membre d'un 'limited liability partnership'.

Une liste de nos bureaux et les informations réglementaires peuvent être consultées sur le site www.dlapiper.com

Standard de Paris
+33 (0)1 40 15 24 00

Paris, le 30 avril 2015

Note :

1. DLA Piper est un cabinet d'avocats global de 4200 avocats situé dans plus de 30 pays en Amérique, Asie Pacifique, Europe et Moyen-Orient, se positionnant pour aider les entreprises dans leurs besoins juridiques n'importe où dans le monde. A Paris, DLA Piper réunit 170 avocats dont 45 associés et conseille les entreprises, investisseurs, banques et fonds d'investissements français et internationaux pour l'ensemble de leurs besoins juridiques en matière de droit des affaires.
2. Pour plus d'information sur notre organisation et sur nos services, veuillez visiter notre site Web: www.dlapiper.com