

Revue de la Recherche Juridique

Droit prospectif

Rédacteur en chef
Emmanuel Putman

2017-2
XLII - 167

REGARD SUR LE DROIT DES CONTRATS SPÉCIAUX APRÈS LA RÉFORME DU DROIT COMMUN

Sabrina DUPOUY

Docteure en droit, Centre de droit économique - EA 4224, Aix-Marseille Université

Abstract : *Following the ruling reforming the contract law, the question of structuring the common contract law with the special contract law arises with great intensity. What sort of relations do these two regulating bodies maintain ? The composition of the third paragraph of the civil Code new 1105 article, which claims that the main regulations can be applied on condition of the special regulations, only partially reflects the reality of the links that unite them. In practice the common law and the special law are widely and fruitfully intertwined. They present singularities, which the catchphrase of article 1105 does not specifically grasp. More precisely the special contract law sometimes digresses from the common law, while it also enriches it, completes it, and even inspires it.*

Qualifiée par le professeur Oppetit de « phénomène d'arborescence »¹, la multiplication des dispositions spéciales de droit des contrats² est si importante qu'elle a été, ces dernières années, à l'origine de conflits quotidiens avec le droit commun des contrats³. Au lendemain de la réforme du droit commun des contrats⁴, la question de l'articulation avec le droit spécial se pose donc avec acuité. Le droit commun des contrats⁵ peut être caractérisé comme « l'ensemble des règles

¹ B. Oppetit, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges B. Holleaux*, 1990, p. 317, spéc. p. 321.

² Voy. sur ce constat, F. Terre, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd. 2013, n° 13, « qu'il s'agisse de contrats ou de délits, il s'est produit une réduction constante du domaine du droit commun, accompagnée au sujet des contrats spéciaux – vente, bail, prêt... – d'un éclatement des sous-ensembles de règles régissant les principaux contrats ». Voy. égal., Ph. Malaurie, L. Aynes, P.-Y. Gautier, *Droit civil. Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 8^e éd., 2016, n° 34; J.-L. Aubert, « La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil », in *Libre du bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 123, spéc. n° 17.

³ D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in G. Pignarre (dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 73.

⁴ Ordonnance n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, n° 35, 11 févr. 2016. Voy. pour une vue d'ensemble, L. Leveneur, « Présentation générale de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *CCC*, n° 5, 2016, dossier 2; M. Mekki, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.*, 2016, p. 494; J. Mestre, « Petit abécédaire de la réforme des contrats et obligations », *RLDC*, 2016, 6179, p. 16. D. Mazeaud, « Réforme, vous avez dit réforme? », *JCP G*, n° 9-10, 2016, 243; H. Barbier, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.*, 2016, p. 247.

⁵ Voy. sur la notion de droit commun, N. Balat, *Essai sur le droit commun*, LGDJ, 2016, préf. M. Grimaldi, La réalité même d'un droit commun des contrats est cependant discutée, Y. Lequette,

ayant vocation à s'appliquer à tous les contrats »⁶, ce qui est confirmé par la rédaction du nouvel article 1105 du Code civil⁷ dont les deux premiers alinéas disposent que « les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre » et que « les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux ». Le droit des contrats spéciaux se présente ainsi comme un « ensemble de règles particulières à un autre ensemble – le droit commun »⁸. Lorsque les champs d'application des règles du droit commun et de droit spécial des contrats se recoupent, le conflit de normes surgit. Sa résolution constitue dès lors un enjeu de premier ordre pour les juristes au regard de la fonction réservée au droit commun des contrats.

Le droit commun des contrats est davantage caractérisé par sa fonction : il est « regardé comme l'expression de la raison écrite » dans l'Ancien droit⁹ et depuis l'introduction du Code civil, il laisse derrière lui, selon le professeur Chazal, « le territoire géographique pour se réfugier dans le territoire idéal »¹⁰. Il détermine de la sorte les traits communs du genre contractuel, le « patrimoine commun partagé par tous les contrats »¹¹. Comme Portalis avait pu le relever dans son Discours préliminaire au Code civil, ce dernier est « un corps de lois destiné à diriger et à fixer les relations de sociabilité, de famille et d'intérêt qu'ont entre eux des hommes qui appartiennent à la même cité »¹². Et cette force symbolique du droit commun des contrats a récemment été renforcée par la réforme qui lui a expressément assigné la poursuite d'objectifs.

En 2016, avec l'ordonnance de réforme du droit des contrats, le législateur a effectivement souhaité concilier la sécurité juridique, l'efficacité économique et la justice contractuelle¹³. Ces valeurs promues par la réforme sont érigées au rang de

« Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC*, 2015/3, p. 616.

⁶ C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009, n° 3, p. 6.

⁷ O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 51.

⁸ D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 10^e éd., 2016, n° 2, p. 4.

⁹ Voy. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 3, p. 6.

¹⁰ J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum J.-C. Aloy*, Dalloz, 2004, p. 279, spéc. p. 283.

¹¹ Voy. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 108.

¹² J.-E.-M. Portalis, *Discours, rapports, et travaux inédits sur le Code civil*, Librairie de la Cour de cassation, 1844, p. 90, spéc. p. 92.

¹³ M. Mekki, « L'ordonnance du 10 février 2016 réforme le droit des contrats et des obligations », *JCP N*, n° 7-8, 2016, act. 297.

« principes généraux » dans le rapport au président de la République¹⁴. La justice contractuelle est, à cet égard, particulièrement prometteuse en ce qu'elle apparaît comme le troisième pilier de la réforme, après la sécurité juridique et l'efficacité économique¹⁵. Le législateur a manifestement voulu renforcer la protection de la partie faible au contrat¹⁶. Fort de ce constat, la question se pose de savoir comment résoudre les nombreux conflits de normes entre droit commun et droit spécial des contrats.

L'ancien article 1107 du Code civil ne réglait pas l'éventuel conflit lors de l'application concurrente à une même affaire des règles spéciales et générales¹⁷ : une telle clarification était ainsi attendue¹⁸. L'ancien article 1107 était en effet moins tourné vers l'articulation des règles que vers l'ordonnancement des codes¹⁹, il énonçait le caractère général du droit commun et indiquait l'existence de règles particulières à certains contrats nommés par le Code civil ou traitées par le Code de commerce²⁰. Rompant avec cet esprit, le projet initial de 2008 de la Chancellerie comportait un article²¹ accordant la possibilité de cumuler le droit général et le droit spécial. Mais celle-ci est apparue dangereuse à certains auteurs qui ont insisté sur la nécessité d'indiquer clairement que le Code civil était le droit commun au risque d'en faire une législation sectorielle²². Pour cela, l'article a été modifié en 2009 sous l'influence de l'article 1103 de l'avant-projet Catala²³, afin d'affirmer très clairement le caractère supplétif des dispositions générales du Code civil²⁴.

¹⁴ Rapport au président de la République relatif à l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve, préc.

¹⁵ J. Mestre, « Petit abécédaire de la réforme des contrats et obligations », *RLDC*, 2016, 6179, p. 16, spéc. p. 17.

¹⁶ D. Mainguy, « Introduction et présentation », in D. Mainguy (dir.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016)*, disponible en ligne sur le blog du professeur Mainguy, www.daniel-mainguy.fr, 2016, p. 7, spéc. p. 22.

¹⁷ Le professeur Goldie-Genicon relevait que « l'absence de toute règle stable de conflit [...] autorise la Cour de cassation à conserver son entier pouvoir de décision quant à la détermination de la solution la plus équitable ». C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 226.

¹⁸ Voy. sur ce constat, O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 52.

¹⁹ Voy. sur ce constat, J. Mestre, « La réforme projetée du droit français des contrats », *RLDC*, 2015, suppl. 132.

²⁰ Article 1107 ancien du Code civil, « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce ».

²¹ « Des règles particulières à certains contrats sont établies, soit sous les titres du présent code, soit par d'autres codes et lois. Elles ne portent atteinte à l'application des dispositions du présent sous-titre auxquelles elles ne sont pas contraires ».

²² Voy. not., F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson et J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, p. 217.

Le nouvel article 1105 du Code civil²⁵ aborde à présent ouvertement cette question de l'articulation du droit des contrats spéciaux avec le droit commun des contrats, mais en des termes brefs et généraux²⁶ qui ne suffiront pas à éclaircir leurs rapports et à résoudre de futurs conflits²⁷. Le troisième alinéa du nouvel article 1105 dispose en effet que « les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ». Le législateur a manifestement souhaité consacrer l'adage *specialia generalibus derogant*²⁸ comme règle de conflit entre le droit commun et le droit spécial. Ce faisant, il a réservé une place résiduelle au premier par rapport au second. Malgré la qualification de « nouveauté importante et attendue des praticiens »²⁹ dans le Rapport au président de la République, le nouvel alinéa 3 de l'article 1105 du Code civil n'apparaît cependant pas pleinement satisfaisant eu égard aux nombreuses difficultés soulevées par l'adage précité. La doctrine a en effet régulièrement relevé la difficulté à en cerner le sens véritable³⁰, et des interrogations sur sa valeur même ont fréquemment surgi³¹. De plus, cet adage ne retranscrit que de façon incomplète la réalité des croisements entre le droit général et les droits spéciaux³². Cette formule ne traduit pas la complexité et la richesse de leurs rapports dans la mesure où, dans certains cas, l'application d'une règle spéciale exclut celle d'une règle générale³³ bien qu'il soit encore possible de cumuler les deux règles ou d'opter en faveur de l'une ou l'autre³⁴.

²³ Avant-projet Catala, art. 1103 : « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre. – Des règles particulières à certains contrats sont établies, soit sous les titres du présent code relatifs à chacun d'eux, soit par d'autres codes et lois, notamment dans les matières touchant au corps humain, aux droits intellectuels, aux opérations commerciales, aux relations de travail et à la protection du consommateur. – Les contrats innommés sont soumis par analogie aux règles applicables à des contrats comparables, dans la mesure où leur spécificité n'y met pas obstacle. »

²⁴ Projet 2009, art. 14 : « Toutes les dispositions du présent sous-titre s'appliquent sous réserve des dispositions spéciales du présent code ou d'autres codes et lois ».

²⁵ Sur l'histoire des différentes versions de l'article 1105 nouveau du Code civil, F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson et J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, p. 215 et s.

²⁶ Voy. sur ce constat, J. Mestre, « Propos conclusifs », *RJ com.*, n° 1, 2017, p. 156, spéc. p. 157.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 113-116

²⁹ Rapport au président de la République relatif à l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve, préc.

³⁰ C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », *RD A*, n° 7, 2013, p. 29, spéc. p. 32.

³¹ C. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial », art. préc., spéc. p. 32. Voy. égal., du même auteur, pour de plus amples développements sur ce constat, C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 354 et s.

³² Voy. sur ce constat, P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 3^e éd., LGDJ, 2015, n° 294

Néanmoins, l'article 1105 du Code civil revêt une forte valeur symbolique puisque ce texte permet de tirer les conséquences des législations spéciales pour en affiner les rapports avec les règles communes du Code civil³⁵. Pour que les droit spéciaux fassent échec au droit commun, il est en effet nécessaire de constater une antinomie³⁶, et le rapport au Président a d'ailleurs pris le soin de préciser que leur application cumulative n'était par principe pas exclue³⁷. L'articulation de ces deux corps de règles ne semble ainsi pas pouvoir être réduite à l'exclusion. La conciliation est également envisageable³⁸, bien que le phénomène de la coexistence du droit commun et des droits spéciaux des contrats soit manifestement occulté par le nouvel article 1105 du Code civil³⁹.

L'articulation de ces deux corps de règles est donc un nouveau défi auquel le droit des contrats est aujourd'hui confronté⁴⁰; c'est l'une des difficultés majeures qui devrait apparaître devant le juge. En présence de règles spéciales ayant le même champ d'application que les règles générales, sera-t-il nécessaire d'appliquer seulement les premières ou est-il possible de coordonner ces règles, voire d'en faire prévaloir librement l'une ou l'autre selon les intérêts poursuivis? Cette deuxième vision, plus conciliante, ne peut-elle pas l'emporter encore demain? Le professeur Leveneur ne fait-il pas le constat que nous sommes passés d'une

³³ Voy. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 219, « l'adage conduirait à l'éviction de la règle de droit commun dès lors qu'elle entre en concurrence avec une règle de droit spécial plus stricte, et risque de la tenir en échec ».

³⁴ Voy. sur ce constat, O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* *op. cit.*, p. 10.

³⁵ F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson et J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, p. 217.

³⁶ G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 113. Voy. pour de plus amples développements, A. Jeammaud, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse dactyl., 1975, préf. A. Robert.

³⁷ Le rapport de présentation de l'ordonnance du 10 février 2016 souligne que « les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le Code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels que le Code de commerce ou le Code de la consommation ». Voy. le rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc.

³⁸ G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 113.

³⁹ N. Balat, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial? », *D.*, 2015, p. 699.

⁴⁰ Voy. sur ce constat, H. Barbier, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », *RTD civ.*, 2016, p. 837.

suprématie à une coordination des règles entre elles⁴¹ ? Mais d'un autre côté, le manque de liens expresse avec les droits spéciaux est manifeste dans la réforme du droit commun des contrats⁴².

Pour notre part, les alinéas 1 et 3 tendent à favoriser la réception de ce droit commun, mais l'alinéa 2 suggère aussi que le droit des contrats spéciaux a parfois vocation à résister. Le droit des contrats spéciaux semble ainsi être réceptif au droit commun des contrats dans la mesure où le droit spécial le complète et s'inscrit dans sa filiation (I). Mais d'un autre côté, il s'en démarque nettement afin de conserver sa spécificité et exclut alors toute application du droit commun (II).

I. Le droit des contrats spéciaux, un droit réceptif

L'accueil du droit commun des contrats par le droit des contrats spéciaux participe à la quête d'équilibre entre la sécurité juridique et la justice contractuelle portée par la récente réforme. Le droit commun peut être librement utilisé par le juge afin de renforcer l'efficacité des différentes branches droit spécial et d'intensifier la protection accordée au contractant (A). Néanmoins, il apparaît que la surprotection du contractant est en passe d'occasionner une forte insécurité juridique dans de nombreux cas (B).

A. Une réception opportune

Le seul constat de l'imbrication des champs d'application des normes de droit spécial et de droit commun ainsi que leur vocation concurrente à dénouer une même situation, ne suffit pas à emporter l'éviction de la norme générale. Les juges doivent alors se poser la double question de savoir si les deux normes en question poursuivent une finalité identique et si elles sont incompatibles entre elles⁴³. La mise à l'écart du droit commun n'a lieu d'être que dans la mesure où son application simultanée avec la règle spéciale est impossible, en raison de leur caractère contradictoire⁴⁴. À défaut, il est permis de constater un enrichissement du droit spécial par le droit commun⁴⁵.

⁴¹ L. Leveneur, « Le Code civil, cadre normatif concurrencé », in B. Saintourens (dir.), *Le Code civil, une leçon de légistique ?*, Economica, 2006, p. 123.

⁴² P.-Y. Gautier, « Faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *RDC*, 2015, p. 666.

⁴³ H. Barbier, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », *RTD civ.*, 2016, p. 837.

⁴⁴ C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 168 ; G. Lardeux, « *Specialia generalibus derogant*, ou la simplicité apparente des fausses évidences », *RDC*, 2008, p. 1251.

⁴⁵ Voy. sur ce constat, le professeur Mainguy selon lequel le droit des contrats spéciaux complète le droit des obligations, D. Mainguy, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux ? », *RDC*,

Le droit commun renforce l'efficacité du droit spécial. Dans le silence de la loi, l'accueil du droit commun permet de trancher des contentieux non prévu par le droit spécial⁴⁶. Normes spéciales et normes communes n'entretiennent pas toujours des rapports conflictuels. C'est notamment le cas lorsque certaines dispositions de droit commun complètent, subsidiairement⁴⁷, le droit spécial.

L'exemple des pactes d'actionnaires est révélateur. L'article 1221 nouveau du Code civil⁴⁸ énonce le principe selon lequel le créancier d'une obligation est autorisé, après mise en demeure et à certaines conditions, à poursuivre l'exécution en nature. Ce texte rompt avec la lettre de l'ancien article 1142 du Code civil⁴⁹ privilégiant comme remède à l'inexécution du contrat l'octroi de dommages et intérêts⁵⁰ et assure par là-même avec force le respect de la loi contractuelle⁵¹. Il est intéressant de relever que l'exception introduite par l'article 1221⁵², visant à éviter un « abus de droit »⁵³ et proscrivant l'exécution en nature si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier, ne semble pas constituer un obstacle au contentieux relatif aux pactes d'actionnaires. Le juge favorise singulièrement depuis une quinzaine d'année l'exécution forcée et repousse avec vigueur la lettre de l'ancien article 1142 du Code civil⁵⁴. Le droit commun nouveau des contrats permet de la sorte à une pratique

2006 /2, p. 615. Voy. égal., H. Barbier, « Protection du contractant: quand le droit commun n'est pas chassé par le droit spécial, bien au contraire ! », *RTD civ.*, 2015, p. 373.

⁴⁶ Ph. Le Tourneau, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 349.

⁴⁷ Voy. pour une vue d'ensemble, A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, Economica, 2013, préf. P. Crocq.

⁴⁸ Selon le nouvel article 1221, « 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 et son intérêt pour le créancier ».

⁴⁹ Bien que la Cour de cassation avait retenu une interprétation contraire à ce texte. Voy. N. Dissaux et Ch. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016, p. 129.

⁵⁰ Voy. pour une présentation détaillée de cette innovation, Y.-M. Laithier, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC*, 2016/S, p. 39.

⁵¹ J. Mestre, « Questions à propos des pactes d'actionnaires (Colloque Toulouse I) », *RLDC*, suppl. oct. 2017.

⁵² Voy. pour une analyse de cette exception, M. Mekki, « Fiche pratique : l'exécution forcée "en nature", sauf si... », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 25, p. 15.

⁵³ Selon les termes du rapport remis au président de la République, Rapport préc.

⁵⁴ Voy. sur ce constat, J. Mestre, « Questions à propos des pactes d'actionnaires (Colloque Toulouse I) », art. préc. Voy. par exemple l'exécution forcée de l'engagement irrévocable de céder ses titres par le signataire d'un pacte, CA Paris, 21 déc. 2001, note P.-L. Perin, *Bull. Joly. Sociétés*, 2002, p. 509 ; note H. Le Nabasque, *RJDA*, 2002, n° 643, obs. Y. Guyon, *Rev. sociétés*, 2002, p. 89 ; voy. encore un arrêt de la Cour d'appel de Paris validant le mécanisme de cession forcée en cas de départ, CA Paris, 28 févr. 2012, n° 10/16807, note J.-L. Perin, *Bull. Joly. Sociétés*, 2012, p. 489 ; T. com. Paris, 17 oct. 2014, n° 2014054628, note S. Messai-Bahri, *Bull. Joly. Sociétés*, 2015, p. 131.

jurisprudentielle⁵⁵ de trouver un appui législatif et d'offrir aux signataires d'un pacte d'actionnaire une heureuse sécurité juridique plébiscitée par les praticiens⁵⁶.

L'efficacité du pacte d'actionnaires est encore accrue par le nouvel article 1222 du Code civil autorisant le créancier à faire directement réaliser l'obligation en cas d'inexécution, et ce sans autorisation judiciaire comme cela était nécessaire auparavant⁵⁷. Ces nouvelles « sanctions énergiques »⁵⁸ permettent d'asseoir davantage la force obligatoire du pacte d'actionnaires et par conséquent de garantir la bonne exécution de la loi contractuelle. L'ancien article 1143 n'autorisait pas de réparation au-delà du préjudice, comme le fait valoir un arrêt rendu par la chambre commerciale le 24 mai 2011⁵⁹. En l'espèce, la Cour de cassation a censuré la cour d'appel de Versailles pour avoir condamné la société à devoir céder de manière forcée un nombre d'actions plus élevé que celui acquis en violation du pacte, et, par conséquent, à indemniser son cocontractant pour un montant supérieur au préjudice subi. Le souci des juges du fond d'interpréter le pacte tant dans son esprit que dans sa lettre et de lui assurer un effet utile⁶⁰, se heurtait à l'article 1143 ancien et au principe de réparation intégrale. L'approche pragmatique de l'exécution portée par le nouvel article 1222 apparaît, dès lors, salutaire.

L'esprit de l'exécution forcée, et de la force obligatoire des contrats, irrigue encore la période précontractuelle, à travers les nouveaux articles 1123 et 1124 du Code civil⁶¹, et grandit considérablement la force des avant-contrats. Les engagements de préférence et de rachat, très fréquents dans les pactes d'actionnaires, verront leur efficacité renforcée grâce à la consécration de nouvelles sanctions attribuées à la violation du pacte de préférence et de la promesse unilatérale de contrat, telle que la possibilité de demander au juge de substituer le contractant déçu au tiers dans le contrat conclu, prévue à l'alinéa 2 du nouvel article 1123⁶². Le nouvel article 1124 du Code civil, quant à lui, selon lequel « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis » met en valeur singulièrement la force obligatoire de ces avant-contrats depuis la réforme.

⁵⁵ F.-X. Lucas, « L'exécution forcée des conventions de vote », *Bull. Joly Sociétés*, 2011, p. 625.

⁵⁶ E. Brochier, « L'exécution en nature des pactes d'actionnaires : observations d'un praticien », *RDC*, 2005/1, p. 125.

⁵⁷ Voy. les anciens articles 1143 et 1144 du Code civil.

⁵⁸ J. Mestre, « Questions à propos des pactes d'actionnaires (Colloque Toulouse I) », art. préc.

⁵⁹ Cass. com. 24 mai 2011, n° 10-24.869, *Bull.* 2011, IV, n° 80, note A. Gaudemet, *Rev. sociétés*, 2011, p. 482 ; note P. Le Cannu et B. Dondero, *RTD com.*, 2011, p. 587 ; note S. Carval, *RDC*, 2011/4, p. 1170.

⁶⁰ P. Larrieu, « L'interprétation des pactes extra-statutaires », *Rev. sociétés*, 2007, p. 697.

⁶¹ Voy. pour de plus amples développements, J. Mestre, « Questions à propos des pactes d'actionnaires (Colloque Toulouse I) », art. préc.

⁶² Voy. pour de plus amples développements, O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 139.

Le droit commun présente en outre l'intérêt de clarifier certaines divergences jurisprudentielles et doctrinales mouvementées⁶³.

L'introduction de la cession de contrat dans le Code civil, à l'article 1216, éclaire⁶⁴ également un mécanisme très prisé dans la vie des affaires, à l'occasion de la cession d'un pacte d'actionnaire notamment. Bien que les clauses de ratification imposant que tout nouvel actionnaire, par exemple par l'effet d'une cession, ait l'obligation d'adhérer au pacte sont très fréquentes, celles-ci ne sont pas toujours aisées à mettre en œuvre, notamment entre la cession et la ratification⁶⁵. À présent, en application de l'article 1216 nouveau du Code civil, le cédant, a la possibilité céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé. Dans la mesure où cet accord peut être donné par avance, une telle clause pourrait être insérée par les signataires qui donneraient donc d'ores et déjà leur accord à la cession du pacte à un futur ayant droit de leur cosignataire et assurerait ainsi une pleine efficacité à cet engagement.

L'efficacité des différents droits spéciaux est consolidée par la sécurité juridique conférée à la loi contractuelle par le droit commun, mais également, dans le même temps, au travers de l'objectif de justice contractuelle porté par le droit commun.

Le droit commun renforce la protection accordée au contractant par les différents droits spéciaux. Le droit commun permet de s'assurer de la correcte mobilisation des dispositifs protecteurs de droit spécial et, notamment, de contrôler que le formalisme impératif ne joue pas en sa défaveur⁶⁶. À cet égard, la chambre mixte de la Cour de cassation dans un arrêt très intéressant rendu le 24 février 2017⁶⁷, mérite l'attention car, pour la première fois, il fait directement référence à « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », pour apprécier la nature de la nullité. Se posait ici la question de savoir si le non-respect de dispositions légales protectrices du mandataire, pouvaient être dénoncé par un tiers au contrat de mandat, et, plus précisément, s'il était permis de reconnaître au locataire, donc à un tiers au contrat de mandate immobilier, le droit de critiquer la régularité formelle du mandat.

⁶³ Voy. not., N. Molfessis, « De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente », *D.*, 2012, p. 231 ; D. Mainguy, « L'efficacité de l'efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter », *D.*, 2011, p. 1460 ; D. Mazeaud, « Promesse unilatérale de vente : la Cour de cassation a ses raisons... », *D.*, 2011, p. 1457 ; C. Grimaldi, « Nouvel espoir pour l'efficacité des promesses unilatérales de vente ? », *D.*, 2011, p. 2838 ; B. Fages, « Le vent des promesses », *RTD civ.*, 2011, p. 532.

⁶⁴ Voy. pour une approche critique de la cession de contrat avant la réforme, C. Larroumet, « La descente aux enfers de la cession de contrat », *D.*, 2002, p. 1555.

⁶⁵ J. Mestre, « Questions à propos des pactes d'actionnaires (Colloque Toulouse I) », art. préc.

⁶⁶ B. Fauvarque-Cosson, note sous Cass. mixte, 24 févr. 2017, *D.*, 2017, p. 793.

⁶⁷ Cass. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, publié au *Bulletin*, note Th. Genicon, *RDC*, 2017/3, p. 415 ; note L. Lenenur, *CCC*, n° 5, 2017, comm. 93 ; obs. Y.-M. Serinet, *JCP G*, 2017, n° 12, doct. 325, n° 5 ; note B. Sturlese, *JCP G*, 2017, n° 12, 306 ; obs. D. Houtcieff, *Gaz. Pal.*, 2017, n° 15, p. 33 ; note Ch. Sizaïre, *Constr.-urb.*, n° 5, 2017, comm. 75.

La réponse dépend de la détermination de la nature de la nullité et donc, selon la Cour, de la nature de l'intérêt protégé. Le nouvel article 1179 du code civil⁶⁸ codifie, à ce sujet, les principes issus de la théorie dite « moderne » des nullités⁶⁹. D'après celle-ci, le droit de critiquer le non-respect d'une règle de validité d'un acte juridique est lié à la nature de la nullité, laquelle résulte à son tour de l'objectif poursuivi par la règle : si la règle vise à sauvegarder l'intérêt général, la nullité est absolue ; si elle préserve un intérêt privé, la nullité est relative et seule la personne protégée par la règle est en mesure d'exercer son droit de critique.

Sans le citer, la Cour de cassation reproduit ce texte, en omettant l'adjectif « seul », comme elle en avait le loisir puisque l'ordonnance n'était pas encore applicable. En introduisant cet adjectif l'article 1179 du Code civil impose une condition stricte. Cette précision est importante mais semble prêter à confusion car, de fait, toute règle de droit, même si elle protège un intérêt particulier, vise également à sauvegarder l'intérêt général⁷⁰. C'est pour cela que la preuve d'un intérêt général « suffisamment net » est classiquement requise afin que la nullité absolue puisse l'emporter en cas de coexistence avec la protection d'un intérêt particulier⁷¹. Sa protection est effectivement parfois « inextricablement liée à la protection de l'intérêt général »⁷², à l'exemple de l'atteinte à un droit fondamental⁷³. La nature de la nullité résulte par conséquent de la nature de l'ordre public méconnu⁷⁴. Or l'ordre public de protection « a pour souci de protéger la partie

⁶⁸ Aux termes de article 1179 du code civil, « la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ».

⁶⁹ J. Ghestin, *La formation du contrat. L'objet et la cause – Les nullités*, t. 2, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 2109 et s.

⁷⁰ Voy. sur cette notion, M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin, n° 66 et s. Pour une tentative jurisprudentielle de définition de la notion, voy. not. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 2017, n° 15-22.946, publié au *Bulletin*, note J. Hauser, *RTD civ.*, 2017, p. 352. La Cour nous apprend « qu'ont trait à l'intérêt général les questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité ».

⁷¹ F. Terre, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd. 2013, n° 385.

⁷² M. Mekki, « La nullité, entre tradition et modernité », *Gaz. Pal.*, 3 janv. 2017, n° 1, p. 21.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Voy. pour de plus amples développements, J. Ghestin, *La formation du contrat. L'objet et la cause – Les nullités*, t. 2, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 2165 et s. Voy. par ex. pour une application de la théorie moderne des nullités, com. 22 mars 2016, n° 14-14.218, publié au *Bulletin*, note L. Leveneur, CCC, n° 6, 2016, comm. 136 ; obs. M. Mekki, *D.*, 2017, p. 375 ; obs. H. Barbier, *RTD civ.*, 2016, p. 343 ; obs. B. Bouloc, *RTD com.*, 2016, p. 317 ; note L. Sautonie-Laguionie et G. Wicker, *RDC*, 2016/3, p. 181.

contractuelle présumée en situation de faiblesse »⁷⁵. De la sorte, la sanction de ce type de règles est « ouverte à la seule partie que le législateur entend protéger »⁷⁶. L'application de la nouvelle définition de la nullité, portée par la réforme, présente l'avantage de respecter la fonction de la règle spéciale méconnue, et de ne plus retourner la protection dont bénéficie le propriétaire contre celui-ci. Auparavant, en effet, toute irrégularité formelle du mandat de l'agent immobilier était appréhendée par la haute juridiction comme une nullité absolue susceptible d'être invoquée par tout intéressé. À l'égard des mandataires du droit commun, la jurisprudence de la première chambre de la Cour de cassation, retient le caractère relatif de la nullité depuis un arrêt du 2 novembre 2005⁷⁷ mais absolue lorsque plus précisément un mandat irrégulier est conclu avec un agent immobilier⁷⁸. La Cour opère donc un revirement de jurisprudence dans « l'air du temps »⁷⁹, poursuivant sa politique jurisprudentielle en faveur de la théorie dite « moderne » des nullités⁸⁰, dévoilant sa volonté d'équilibrer la protection du locataire tout en ne décourageant pas l'investissement dans le secteur immobilier. Tel est l'objectif clairement affiché par la loi du 6 août 2015⁸¹. Selon cette loi, un niveau élevé de protection du locataire doit aussi concilier la sécurité juridique et l'efficacité économique⁸².

L'articulation ou la convergence entre le droit commun et le droit spécial des contrats peut être ainsi souvent heureuse, le premier complétant opportunément le second. Mais, elle est plus difficile lorsque le droit commun entend l'emporter sur le droit spécial sans que le règlement de conflits de normes ne satisfasse concomitamment aux deux objectifs affichés de la réforme, la justice contractuelle mais également la sécurité juridique. Tel est le cas lorsque le droit commun organise une surprotection de la partie faible.

⁷⁵ J. Mestre, « L'ordre public dans les relations économiques », in Th. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du ^{xx} siècle*, Dalloz, 1996, p. 33, spéc. p. 35.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 2 nov. 2005, n° 02-14.614, *Bull.* 2005 I, n° 395, p. 329, note P.-Y. Gautier, *RTD civ.*, 2006, p. 138. Voy. égal. Cass. 1^{re} civ., 12 nov. 2015, n° 14-23.340, publié au *Bulletin*, note M.-P. Du Mont-Lefrand, *RJ com.*, 2016, p. 280 ; note H. Barbier, *RTD civ.*, 2016, p. 105.

⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2003, n° 01-00.461, inédit, celui-ci énonce au visa des articles 6 de la loi du 2 janvier 1970 et 72 du décret du 20 juillet 1972 que les mandats de l'agent immobilier doivent résulter d'un écrit, « lequel doit respecter les conditions de forme prescrites par le second de ces textes ; qu'à défaut ces conventions sont nulles et que, ces dispositions, qui sont d'ordre public, peuvent être invoquées par toute partie qui y a intérêt ». Voy. égal. Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 2005, n° 02-16.046, *Bull. civ.* I, n° 363 ; Cass. 3^e civ., 8 avr. 2009, n° 07-21.610, *Bull.* 2009, III, n° 80, obs. B. Boulloc, *D.*, 2009, actu. 1142 ; obs. Th. Moussa, *AJDI*, 2009, n° 12, p. 890 ; note O. Deshayes, *EDCO*, 2009, n° 6, p. 2.

⁷⁹ L. Leveneur, « Nature de la nullité pour inobservation des règles de forme : le critère des intérêts protégés progresse », *CCC.*, n° 5, 2017, comm. 93.

⁸⁰ Note sous Cass. mixte, 24 févr. 2017, Th. Genicon, art. préc.

⁸¹ B. Sturlese, note sous Cass. mixte, 24 févr. 2017, *JCP G*, 2017, n° 12, 305. Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* n° 0181 du 7 août 2015 p. 13537, texte n° 1.

⁸² *Ibid.*

B. Une réception plus délicate

Dans un contexte de concurrence normative entre les droits⁸³, le législateur a poursuivi « les buts complémentaires d'équilibre et d'efficacité »⁸⁴. Certains auteurs ont regretté toutefois une « surprotection de la partie faible »⁸⁵ organisée par le nouveau droit commun des contrats⁸⁶ risquant de perturber fortement la prévisibilité des relations contractuelles et d'entraver ainsi l'objectif d'attractivité porté par ce dernier⁸⁷. Les répercussions négatives de ces nouvelles dispositions sur le droit des contrats spéciaux semblent vraisemblables.

La stabilité du lien contractuel remise en cause par la révision pour imprévision. Reconnue dans de nombreux droits étrangers⁸⁸, la révision pour imprévision suscite parfois la méfiance chez les praticiens⁸⁹ soucieux du respect de la force obligatoire du contrat qui a d'ailleurs été érigée au rang de dispositions liminaires à l'article 1103 nouveau du Code civil⁹⁰. La reconnaissance d'un pouvoir judiciaire autorisé à corriger la loi contractuelle en cas de bouleversement des circonstances en cours d'exécution a été néanmoins plébiscité par la doctrine⁹¹.

Le nouvel article 1195 du Code civil introduit la théorie dite de l'imprévision en droit commun des contrats dans le but de permettre aux parties « d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances [...] conformément à l'objectif de justice contractuelle »⁹². Qualifiée dans le rapport d'« une des

⁸³ Voy. sur le phénomène, R. Sefton-Green et L. Usunier (dir.), *La concurrence normative, mythes et réalités*, SLC, 2013.

⁸⁴ H. Barbier, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.*, 2016, p. 247.

⁸⁵ Voy. not. L. Vogel, « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », *AJCA*, 2016, p. 309.

⁸⁶ Le droit commun a en effet « pour fonction d'assurer ce minimum d'unité entre les différents contrats », C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats op. cit.*, n° 108.

⁸⁷ L. Vogel, « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », art. préc.

⁸⁸ Voy. not., D. Tallon, « La révision pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Études à la mémoire de A. Sayag, Droit et vie des affaires*, LexisNexis, 1997, p. 403 ; B. Fauvarque-Cosson, « Le changement de circonstances », *RDC*, 2004, p. 67.

⁸⁹ J. Heinich, « Le défi : la confiance dans les relations d'affaires. Acclimater la révision pour imprévision dans les contrats en droit français », *Gaz. Pal.*, 2017, HS n° 3, p. 11. Pourtant, la sévérité de la jurisprudence dans les pays ayant déjà admis la révision pour imprévision est rassurante. Voy. Y.-M. Laithier, « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de *common law* », *RDC*, 2010/1, p. 407.

⁹⁰ L'article 1103 nouveau du Code civil dispose que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

⁹¹ Y. Picod, « L'imprévision contractuelle », in *La réforme du droit des contrats, 1^{re} journée Cambacères*, 2015, Presses de la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, 2015, p. 165 ; N. Molfessis, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP G*, n° 52, 2015, 1415.

⁹² Rapport préc.

innovations importantes de l'ordonnance »⁹³, la consécration de cette théorie a mis fin à la jurisprudence centenaire Canal de Craponne⁹⁴.

Les contrats de longue durée étant plus vulnérables aux évolutions conjoncturelles, la Cour de cassation avait notamment imposé par le passé une révision pour imprévision à un contrat de distribution⁹⁵ et d'agence commerciale⁹⁶. La haute juridiction avait également eu l'occasion de retenir que le bouleversement des circonstances économiques privait de cause un contrat de maintenance⁹⁷. Mais ces efforts restèrent isolés⁹⁸ et, en écho avec l'introduction des contrats de longue durée en droit commun, le législateur a appréhendé les difficultés⁹⁹ susceptibles de survenir durant leur exécution.

L'écoulement d'un laps de temps étant propice à un changement de circonstances¹⁰⁰, les cessions de contrôle de la société s'inscrivant dans une certaine durée¹⁰¹ sont naturellement concernées. D'une part, les cessions de droits sociaux sont à exécution successive lorsque le transfert des risques à l'acquéreur est différé au moment de la livraison. La règle *res perit domino* n'est pas d'ordre public et les parties sont en état de dissocier le transfert de la propriété et celui des risques¹⁰². De fait, la plupart des ventes, même « internes », associent les risques à la livraison de la chose, ce qui est le cas, par principe, dans les ventes internationales¹⁰³. D'autre part, le transfert même de propriété est à même d'être repoussé à l'aide d'une

⁹³ Rapport préc.

⁹⁴ Voy. l'arrêt *Canal de Craponne*, Cass. civ., 6 mars 1876, DP 1876, I, 1936.

⁹⁵ Voy. l'arrêt *Huard*, Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18547, Bull. 1992 IV n° 338 p. 241, note J. Mestre, RTD civ., 1993, p. 124 ; obs. G. Virassamy, JCP G, 1993, II, 22164 ; obs. J.-L. Aubert, Defrénois, 1993, p. 1377.

⁹⁶ Voy. l'arrêt *Cherassus-Marche*, Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, Bull. 1998 IV N° 277 p. 232, note J. Mestre, RTD civ., 1999, p. 98 ; note M. Malaurie-Vignal, Contrats, conc., consom., 1999, n° 56 ; note D. Mazeaud, Defrénois, 1999, p. 371 ; note Ch. Jamin, JCP G, 1999, I, 143.

⁹⁷ Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, inédit ; note Th. Genicon, D., 2010, p. 2485 ; E. Savaux, RDC, 2011/1, p. 34 ; obs. Soraya-Mekki, D., 2011, p. 472 ; B. Fages, RTD civ., 2010, p. 782 ; note D. Mazeaud, D., 2010, p. 2481 ; note Th. Favario, JCP G, 2010, n° 43, 1056.

⁹⁸ La Cour de cassation affirma en effet que « le principe de la force obligatoire des conventions s'oppose à l'obligation qui pourrait être mise à la charge d'une partie, en l'absence de clause en ce sens, de renégocier un contrat en cours d'exécution ». Voy. Cass. com., 7 janv. 2014, n° 12-17154, inédit, obs. A. Lecourt, AJCA, 2014, p. 45.

⁹⁹ D. Mainguy, « Introduction et présentation », in D. Mainguy (dir.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016)*, disponible en ligne sur le blog du professeur Mainguy, www.daniel-mainguy.fr, 2016, p. 7, spéc. p. 9.

¹⁰⁰ H. Le Nabasque, « L'imprévision et les cessions de droits sociaux », Bull. Joly Sociétés, 2016, n° 115, p. 538.

¹⁰¹ Voy. pour une vue d'ensemble des incidences de la réforme sur les cessions de droits sociaux, A. Couret et A. Reygrobellet, « Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux », Bull. Joly Sociétés, 2015, p. 247.

¹⁰² H. Le Nabasque, « L'imprévision et les cessions de droits sociaux », art. préc.

¹⁰³ O. Cachard, *Droit du commerce international*, LGDJ, 2^e éd., 2011, n° 599.

clause suspensive, relative à une restructuration du capital cédé par exemple¹⁰⁴. Or la cession de contrôle déployée dans le temps comporte nécessairement une part d'aléa acceptée par les parties qui devrait écarter l'application de l'article 1195. Seul l'aléa extracontractuel, resté extérieur aux prévisions des parties, entrerait dans son champ d'application, tel que le décès ou le retrait brutal d'un actionnaire ou d'un manager de référence de la société¹⁰⁵. Il est important de relever que l'article 1195 nouveau élargit le domaine de la théorie de l'imprévision, puisqu'il fait dépendre la révision judiciaire non pas d'un bouleversement des circonstances économiques extérieures justifiant la révision du contrat pour des motifs d'intérêt général, mais, de motifs qui peuvent être propres au débiteur, et rendre uniquement ruineuse, pour ce dernier, l'obligation d'exécuter ses obligations. Selon le professeur Revet, le terme « circonstances » renvoie dès lors, de façon ouverte, à l'environnement dans lequel les contractants ont inscrit leur accord : économique, financier, monétaire, commercial, technologique, politique, diplomatique, militaire ou encore juridique¹⁰⁶. Un nouveau rôle est de la sorte attribué au juge¹⁰⁷ qui « pourra réécrire le contrat car il sait mieux que les parties ce qui est bon pour elles »¹⁰⁸. La révision pour imprévision procède d'une « logique de renégociation »¹⁰⁹ ou « d'adaptation judiciaire du contrat »¹¹⁰. Selon le professeur Couret, « le droit français des sociétés n'a jamais été adossé à une vision forte du capitalisme »¹¹¹; il apparaît dès lors hautement probable, malgré un contexte économique fortement concurrentiel et marqué du sceau du libéralisme¹¹², que le droit des sociétés accueille ce nouveau dispositif, soucieux de justice contractuelle¹¹³.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ A. Gaudemet, « Cession de droits sociaux : faut-il avoir peur de l'article 1195 du Code civil ? », *Bull. Joly.*, 2016, n° 12, p. 685.

¹⁰⁶ Th. Revet, « Le juge et la révision du contrat », *RDC*, 2016, n° 113, p. 373. Voy. égal., J. Heinich, « Le défi : la confiance dans les relations d'affaires. Acclimater la révision pour imprévision dans les contrats en droit français », *Gaz. Pal.*, 2017, HS n° 3, p. 11.

¹⁰⁷ Voy. sur ce constat, L. Aynes, « Moins de règles et plus de principes ? Le nouveau rôle du juge », *RJ com.*, mars/avr. 2017, n° 2, p. 174. Voy. égal. V. Vigneau, « Un nouvel espace pour le droit des affaires. Un nouvel office pour le juge ? », *Gaz. Pal.*, 2017, HS n° 3, p. 11.

¹⁰⁸ Y. Lequette, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC*, 2015/3, p. 616.

¹⁰⁹ D. Mainguy, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JCP E*, n° 7, 18 févr. 2016, act. 151.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ A. Couret, « L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 », *Bull. Joly.*, 2016, n° 7-8, p. 433.

¹¹² Voy. sur ce constat, P. Bezard, « Le droit des sociétés français face aux défis de la mondialisation », *Rev. sociétés*, 2000, p. 55.

¹¹³ Selon le professeur Revet, « c'est au nom d'un souci d'équilibre contractuel, plus marqué que dans la tradition française, que les projets européens, et les dispositifs étrangers qui les ont inspirés,

Corrélativement, la force obligatoire du contrat est toutefois diminuée et un de ses traits caractéristiques, aménager les relations pour l'avenir¹¹⁴, est mis à mal¹¹⁵ car les fondements même de cette révision restent incertains. Sur quels critères les juges, amenés à statuer plus seulement en droit mais comme des économistes¹¹⁶, devront-ils se prononcer ? Quelles seront leurs lignes directrices¹¹⁷ ? Vont-ils parvenir à concilier cette nouvelle disposition avec le souci d'efficacité économique des sanctions mises à la disposition du créancier par le nouveau droit commun¹¹⁸ ? L'article 1195 nouveau n'étant pas d'ordre public, il est néanmoins possible d'en écarter expressément l'application à l'aide d'une clause dédiée¹¹⁹, une clause MAC par exemple¹²⁰ et d'accepter ainsi dès la conclusion du contrat le risque d'imprévision¹²¹. Il est également intéressant de se poser la question de savoir si la protection accrue du consentement, organisée par le nouveau droit commun des contrats, nuit au droit des affaires.

La surprotection du consentement par la consécration de l'obligation générale d'information. La recherche d'équilibre contractuel a notamment conduit à l'introduction d'une obligation générale d'information dans le droit commun des contrats. La réception de cette obligation par le droit de la distribution¹²², qui ne prévoit quant à lui qu'une liste limitative d'informations à communiquer à son cocontractant, laisse pressentir une fragilisation du lien contractuel. Celle-ci, en raison de sa consécration très large dans le code civil à

admettent le pouvoir judiciaire de modification du contrat en cas d'imprévision », Th. Revet, « Le juge et la révision du contrat », *RDC*, 2016, n° 113, p. 373.

¹¹⁴ H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 643.

¹¹⁵ Voy. contra, Ph. Dupichot, « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision », in Stoffel-Munck (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 73, spéc. p. 79. Selon le professeur Dupichot, le caractère supplétif de la révision du contrat par le juge, supposant l'accord des deux parties, assure au droit français des contrats son attractivité.

¹¹⁶ V. Vigneau, « Un nouvel espace pour le droit des affaires. Un nouvel office pour le juge ? », *Gaz. Pal.*, 2017, HS n° 3, p. 11.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Y.-M. Laithier, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *JCP G*, 2015, suppl. au n° 21, p. 47, spéc. n° 3.

¹¹⁹ J.-P. Grandjean, « Un champ nouveau dans la technique contractuelle », *Gaz. Pal.*, 12 juin 2017, n° 295.

¹²⁰ Voy. not. la clause MAC, B. Fages (dir.), *Le Lamy Droit du Contrat*, « La MAC clause (material adverse change) », n° 2837-1 ; A.-C. Pelissier, « La MAC clause (ou l'art d'appréhender l'adversité pendant la période de réalisation des conditions suspensives) », *RLDC*, 2006/26, p. 5 ;

A. Gaudemet, « Cession de droits sociaux : faut-il avoir peur de l'article 1195 du Code civil ? », *Bull. Joly*, 2016, n° 12, p. 685.

¹²¹ Voy. sur l'opportunité d'insérer une clause d'éviction, M. Mekki, « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », *JCP N*, n° 3, 20 janvier 2017, act. 155. H. Barbier, *La liberté de prendre des risques*, PUAM, 2009, préf. J. Mestre

¹²² Voy. pour une vue d'ensemble, N. Éréséo, « Les contrats de distribution et la réforme du droit des obligations », in L. Andreu et M. Mignot (dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 363, spéc. p. 396.

l'article 1112-1¹²³, a naturellement vocation à compléter les obligations spéciales d'information¹²⁴. Il est en effet permis de douter de l'éviction de l'obligation générale d'information face à une obligation spéciale d'information moins large¹²⁵, dans la mesure où ces deux normes en conflit « partageront en général la même finalité, celle de la protection du consentement d'un contractant »¹²⁶, lorsque « leur application n'aboutit pas à un résultat contradictoire mais au contraire convergent vers la meilleure information possible »¹²⁷. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 8 juillet 1994 avait déjà eu l'occasion d'énoncer expressément¹²⁸ que :

« l'invocation d'un vice du consentement, droit commun de la formation des contrats, n'est nullement rendue impossible par le fait que ledit contrat est soumis aux dispositions de la loi du 22 décembre 1972 : les contrats spéciaux, régis par des dispositions particulières, demeurent régis par le droit commun des contrats pourvu qu'il n'y ait pas incompatibilité entre les dispositions générales et les dispositions particulières ».

Le nouvel article L. 1112-1 du Code civil serait dès lors autorisé à compléter la liste limitative d'informations devant être communiquées, lors de la conclusion d'un contrat de distribution exclusive ou quasi-exclusive, par la partie mettant à la disposition de son cocontractant un nom commercial, une marque ou une enseigne en application de l'article L. 330-3 du code de commerce¹²⁹. Ce complément d'information organisé par le droit commun présente une importance

¹²³ M. Fabre-Magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G*, n° 25, 2016, 706.

¹²⁴ M. Mekki, « Réforme des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *JCP N*, n° 43-44, 2016, act. 1155.

¹²⁵ H. Barbier, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », *RTD civ.*, 2016, p. 837.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Voy. J. Mestre, « L'invocation d'un vice du consentement reste en principe possible malgré l'existence d'un dispositif spécial de protection du consentement », *RTD civ.*, 1995, p. 97.

¹²⁹ Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause. Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.

toute particulière en tant qu'elle est une déclinaison du devoir de bonne foi dont les contours ont été tracés par la doctrine et les juges depuis près d'un siècle¹³⁰. Néanmoins, la mobilisation de l'obligation générale d'information dans le contentieux de droit de la distribution est en situation de créer une source d'insécurité juridique mettant à mal l'efficacité des négociations selon le professeur Aynès¹³¹, en raison du fait que le législateur n'en pas précisé les contours¹³². Ce devoir d'information risque d'encourager les contractants déçus à provoquer le contentieux afin de remettre en cause des contrats. Cette difficulté à venir semble néanmoins atténuée par la réaffirmation du devoir de se renseigner¹³³, et donc de l'adage *emptor debet esse curiosus* au sujet duquel il est précisé dans le rapport au président de la République que « le devoir de s'informer fixe [...] la limite de l'obligation précontractuelle d'information »¹³⁴.

Il est permis de constater que la réception du droit commun par le droit des contrats spéciaux connaît cependant des limites. Pour notre part, il semble que le caractère par principe supplétif du nouveau droit commun¹³⁵ permettra aux contrats spéciaux de continuer à exprimer toute leur originalité et abandonne une large place au droit spécial dont l'impérativité est croissante¹³⁶. Il est à cet égard intéressant de relever que les différents droits spéciaux constituent une législation « soucieuse d'assurer la protection du contractant, présumé faible, contre son partenaire »¹³⁷. L'aspiration à l'autonomie des droits spéciaux¹³⁸ paraît donc renforcée par le nouveau droit commun des contrats qui n'apparaît pas défavorable à un droit spécial des contrats pugnace.

¹³⁰ Voy. par exemple à propos du dol par réticence, G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, n° 48.

¹³¹ L. Aynès, « Rapport conclusif », *Gaz. Pal.*, 2017, HS n° 3, p. 11.

¹³² M. Mekki, « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe comply or explain ! », *Gaz. Pal.*, 2017, 2016, n° 01, p. 18.

¹³³ B. Fages, « Un nouvel espace pour le droit des affaires. L'applicabilité du droit commun des contrats au droit des affaires », *Gaz. Pal.*, 2017, HS n° 3, p. 11.

¹³⁴ Rapport préc., p. 9.

¹³⁵ Voy. not. sur cette question essentielle, C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G*, 2016, 454.

¹³⁶ Selon le professeur Lardeux, « la réglementation hors le Code civil de ces nouveaux contrats toujours plus spéciaux est révélatrice également d'une autre évolution de ce droit : de supplétif, il est devenu impératif », G. Lardeux, « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », *LP4*, 14 sept. 2005, n° 183, p. 3.

¹³⁷ G. Lardeux, « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », *LP4*, 14 sept. 2005, n° 183, p. 3.

¹³⁸ J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum J.-C. Aloy*, Dalloz, 2004, p. 279. Voy. pour de plus amples développements, C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 70 et s.

II. Mais un droit des contrats spéciaux également combatif

L'indépendance des droits spéciaux est encouragée par la codification¹³⁹ qui permet l'organisation de ces différentes spécialités autour de leurs « logiques propres »¹⁴⁰, en « vase clos »¹⁴¹. L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux remis à la Chancellerie le 26 juin 2017 par l'Association Henri Capitant en témoigne¹⁴². Plutôt que de parler d'autonomie des droits spéciaux, constat qui semble excessif, il est plus intéressant d'étudier leurs spécificités les autorisant à s'émanciper de la tutelle du droit commun (A). À la lumière de l'intention du législateur, il s'avère, plus en amont, que le droit des contrats spéciaux influence parfois la lettre même du droit commun des contrats (B).

A. Pour conserver sa spécificité, son existence même

La disposition générale ne doit pas autoriser le contournement de la règle spéciale¹⁴³ et faire ainsi obstacle aux différents objectifs poursuivis par le législateur. En cas d'« antinomie » entre la norme spéciale et la norme générale, c'est-à-dire lorsque deux normes ayant un même objet sont incompatibles¹⁴⁴, la première l'emportera¹⁴⁵. L'éviction du droit commun, lorsqu'un droit spécial est d'ordre public ou dont le champ d'application est strictement défini¹⁴⁶, dispense alors d'entamer l'efficacité du droit spécial¹⁴⁷. Le droit commun, par principe supplé-

¹³⁹ C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 78 et s.

¹⁴⁰ J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum J.-C. Aloy*, Dalloz, 2004, p. 279.

¹⁴¹ R. Libchaber, « Sur l'effet novatoire de la codification à droit constant », *RTD civ.*, 1997, p. 778, spéc. p. 780.

¹⁴² Trav. Ass. H. Capitant, Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, 26 juin 2017, consultable sur le site de l'Association, www.henricapitant.org. Voy. pour une présentation de cet avant-projet, Trav. Ass. H. Capitant, « Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *D.*, 2017, p. 1660; C. Grimaldi, Ch. Vernières et P. Vignalou, « Pour une réforme du droit des contrats spéciaux », *Defrénois*, n° 22, 2017, p. 12.

¹⁴³ Voy. sur ce constat, Ph. Remy, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 juin 1988, *RTD civ.*, 1989, p. 342.

¹⁴⁴ O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 53. Voy. égal., G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 116.

¹⁴⁵ C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 351. Voy. égal. tous les exemples cités par le professeur Goldie-Genicon, *ibid.*, n° 142. ¹⁴⁶ *Ibid.*, n° 108.

¹⁴⁷ Voy. sur le constat que le règlement des conflits de normes spéciales et générales est éminemment casuistique, *ibid.*, n° 226.

tif¹⁴⁸, est mis à l'écart à chaque fois qu'il « heurte les spécificités du domaine considéré »¹⁴⁹ avec plus ou moins d'esprit d'indépendance.

Appropriation des objectifs du droit commun des contrats par le droit spécial. L'existence de doublons entre le droit commun et le droit spécial¹⁵⁰ encourage l'indépendance du droit spécial. Selon le professeur Goldie-Genicon, « de nombreuses normes reprennent la substance d'une règle commune pour en faire application à un contrat spécifique. La disposition spéciale n'est alors que le reflet du droit commun »¹⁵¹. Lorsque le droit spécial a intégré une règle de droit commun, c'est-à-dire lorsque le droit spécial s'est approprié les valeurs portées par le droit commun, parfois même à l'identique¹⁵², il n'existe alors plus de raison pour que ce dernier soit invoqué. De nombreuses normes reprennent en effet la substance d'une règle commune pour en faire application à un contrat spécifique¹⁵³.

Le droit des associations représente avec force cette tendance : l'article 3 de la loi de 1901 précise que :

« toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement, est nulle et de nul effet ».

Cet article 3 organise sans nul doute l'une de ces « dispositions propres »¹⁵⁴ auxquelles fait allusion le nouvel article 1105, alinéa 2 du Code civil et qui, en tant que telles, ont vocation à primer sur les règles générales du Code civil¹⁵⁵. Celui-ci

¹⁴⁸ Rapport préc., p. 9 : « Leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception ». De la sorte, seuls certains textes « particulièrement emblématiques de la réforme », aussi bien que l'exigence de bonne foi ou le devoir d'information sont d'ordre public, voy. sur ce constat, H. Barbier, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.*, 2016, p. 247. Toutefois, le rapport au Président de la République s'avère trop « catégorique » et la réalité apparaît davantage nuancée; le caractère impératif ou supplétif d'un texte ne semblerait pouvoir être dégagé qu'après une analyse au cas par cas. Voy. not. O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 12 ; F. Chenede, *Le nouveau droit des obligations et des contrats : Consolidations, innovations, perspectives*, Dalloz, 2016, n° 21.32.

¹⁴⁹ F. Grua, « Les divisions du droit », *RTD civ.*, 1993, p. 59, spéc. p. 70.

¹⁵⁰ C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 80 et s.

¹⁵¹ *Ibid.*, n° 82.

¹⁵² Voy. sur les redondances entre droit commun et droit spécial des contrats, C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 81 et s.

¹⁵³ *Ibid.*, n° 81.

¹⁵⁴ J. Mestre, « Association », *RLDC*, 2017, 6281, spéc. p. 45.

¹⁵⁵ Voy. sur ce constat, *ibid.*

révèle la volonté du code des associations de s'attribuer expressément les dispositions très générales portées par le droit commun.

La transparence dans les contrats spéciaux et son dispositif d'application l'obligation d'information, a également fait l'objet de nombreuses déclinaisons dans les différents droits spéciaux. Il est intéressant de relever que les différentes obligations spéciales d'informations connaissent un champ d'application différent de celle du droit commun qui a été consacrée de manière très large au nouvel article 1112-1 du Code civil. Cette appréhension de la teneur de l'information à délivrer résulte très certainement des finalités poursuivies par le droit des contrats spéciaux. En droit des assurances, à titre d'illustration, l'objectif de protection de la partie faible, l'assuré, face au professionnel assureur commande de limiter les informations dont est débiteur le premier au titre de l'obligation de déclaration des risques¹⁵⁶. En dépit du caractère d'ordre public de la nouvelle obligation d'information de droit commun, il semble peu probable qu'elle ait la moindre influence sur le droit spécial des assurances, dès lors que l'obligation d'information incombant à l'assuré est elle-même précisément régie par une disposition de droit spécial, d'ordre public, édictée à l'article L. 113-2 du Code des assurances. Le stricte contrôle des informations à délivrer permet d'assurer la protection de la partie faible, l'assuré.

Le nouvel article 1222 du Code civil relatif à l'exécution forcée en nature¹⁵⁷ fournit une autre illustration intéressante du caractère parfois redondant du nouveau droit commun dans certains contentieux de droits spéciaux. Cette règle consacre la faculté pour le créancier, après mise en demeure, de faire exécuter lui-même l'obligation par un tiers aux frais du débiteur, sans désormais avoir à solliciter au préalable une autorisation judiciaire. Son application, par exemple, au contrat d'entreprise est peu probable puisque la garantie de parfait achèvement édictée à l'article 1792-6 du Code civil prévoient d'ores-et-déjà des dispositions régissant ce cas de figure. Cet article, d'ordre public, accorde au maître d'ouvrage la faculté de faire exécuter, aux frais de l'entrepreneur défaillant, après mise en demeure, les travaux de reprise des désordres et ce car le droit spécial de la construction paraît s'être déjà conformé aux impératifs de la pratique¹⁵⁸. De surcroît, il est intéressant de relever

¹⁵⁶ Cette déclaration des risques limite volontairement l'obligation d'information de l'assuré aux seules questions qui ont été précisément posées par l'assureur avant la conclusion du contrat dans le formulaire de déclaration des risques. Voy. par ex. l'interprétation stricte de la Cour de ces dispositions, « L'assureur ne peut se prévaloir de la réticence ou de la fausse déclaration intentionnelle de l'assuré que si celle-ci procède des réponses qu'il a apportées aux dites questions », Cass. ch. mixte, 7 févr. 2014, n° 12-85.107, *Bull.* 2014, Chambre mixte, n° 1, note D. Noguero, *Gaz. Pal.*, 2014, n° 119, p. 13 ; chron. P.-G. Marly et M. Asselain, *JCP E*, n° 46, 2014, 1576. Sous réserve des éventuelles déclarations spontanées de l'assuré, Cass. 2^e civ., 4 févr. 2016, n° 15-13.850, note D. Noguero, *D.*, 2016, p. 691 ; chron. H. Groutel, *Resp. civ. assur.* n° 4, 2017, 1.

¹⁵⁷ Voy. P. Grosser, « L'exécution forcée en nature », *AJCA*, 2016, p. 119.

¹⁵⁸ Voy. sur ce constat, G. Durand-Pasquier, « L'incidence des nouvelles règles relatives à l'inexécution des contrats sur les actes du droit immobilier et de la construction », *RDI*, 2016, p. 355.

que le projet de réforme du droit des contrats spéciaux prévoit de préciser encore davantage les obligations de l'entrepreneur en érigeant « des règles propres aux contrats de construction d'immeuble »¹⁵⁹, ce qui renforcera sans nul doute l'indépendances de ce type de contrats à l'égard du droit commun.

L'existence de ces doublons semble témoigner de « l'affaiblissement de l'autorité du droit commun sur le droit spécial »¹⁶⁰. Plus en avant, l'exclusion du droit commun des contrats est capable de ressortir de l'esprit même des droits spéciaux, de leur particularisme marqué par rapport au droit commun.

Une volonté d'exclusion du droit commun affirmée. Le droit spécial a parfois expressément écarté le droit commun, comme l'illustre avec éclat le droit des associations. Depuis une vingtaine d'années, la Cour de cassation a fait savoir sans détour que le droit des sociétés avait lui-même vocation à s'appliquer à toutes les associations dans le silence de la loi de 1901¹⁶¹, et ce en tant que norme subsidiaire¹⁶². Face au silence des textes, le juge s'est en effet emparé de manière très sûre du droit des sociétés¹⁶³ pour résoudre le contentieux associatif grâce à la méthode du renvoi. L'arrêt rendu par la première civile de la Cour de cassation le 3 mai 2006¹⁶⁴ le met tout particulièrement en lumière. En l'espèce, le président de l'association reprochait à diverses personnes de n'avoir pas respecté ses décisions et d'avoir gravement entravé le fonctionnement du groupement. Par la suite, il s'était arrogé les pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom et dans l'intérêt de l'association. Bien que les statuts de l'association ne conféraient au président aucun pouvoir particulier, la haute juridiction approuve les juges du fond, dans le silence des textes et des statuts relatifs au fonction-

¹⁵⁹ Voy. art. 86 et s., Trav. Ass. H. Capitant, Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, *op. cit.*

¹⁶⁰ C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 82, p. 122.

¹⁶¹ Voy. not., à propos de la révocation d'un administrateur, Cass. 1^{re} civ., 29 nov. 1994, n° 92-18.018, *Bull.* 1994 I n° 344 p. 248, note Y. Guyon, *Rev. sociétés*, 1995, p. 318 ; note M. Jeantin, *Rev. sociétés* 1995, p. 318 ; obs. E. Alfandari, *RTD com.*, 1996, p. 86 ; de l'application de la théorie de l'abus de majorité, Cass. 1^{re} civ., 4 avr. 2006, n° 03-13.894, *Bull.* 2006, I, n° 188, p. 165, note F.-X. Lucas, *JCP E*, n° 40, 2006, 1694 ; note J. Mestre et B. Fages, *RTD civ.*, 2007, p. 347 ; obs. L. Rozes, *D.*, 2007, p. 1827 ; du maintien de la personnalité morale d'une association dissoute pour les besoins de la liquidation, Cass. 3^e civ., 4 oct. 1995, n° 94-10.299, *Bull.* 1995 III n° 214 p. 144, obs. E. Alfandari, *RTD com.*, 1996, p. 88 ; note Y. Guyon, *Rev. sociétés*, 1996, p. 102.

¹⁶² Voy. sur ce constat, J. Mestre, « Association », *RLDC*, 2017, 6281, spéc. p. 46. Voy. égal., Y. Chartier, « L'association, contrat, dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon. Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 195.

¹⁶³ Voy. K. Rodriguez, « Association : la méthode du renvoi au droit des sociétés », *D.*, 2006, p. 2037 ; L. Grosclaude, « Application subsidiaire du droit des sociétés aux associations », *RTD com.*, 2006, p. 619.

¹⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2006, n° 03-18.229, *Bull.* 2006, I, n° 206, p. 183, note J. Mestre et B. Fages, *RTD civ.*, 2007, p. 347 ; note F.-X. Lucas, *JCP E*, n° 47, 2006, 1995 ; note L. Grosclaude, *RTD com.*, 2006, p. 619 ; note K. Rodriguez, *D.*, 2006 p. 2037 ; note D. Randoux, *Rev. sociétés*, 2006, p. 855.

nement d'une association, d'avoir mobilisé l'alinéa 1^{er} de l'article L. 225-56 du Code de commerce pour décider qu'il entre effectivement dans les attributions du président d'une association de prendre, au nom et dans l'intérêt de celle-ci, à titre conservatoire et dans l'attente de la décision du conseil d'administration statutairement habilité ou de l'assemblée générale, les mesures urgentes que requièrent les circonstances. Selon le professeur Mestre, et malgré la volonté historique d'écarter le droit commun, il est toutefois important de s'interroger sur le point de savoir si le droit commun des contrats continuera à l'avenir demain à s'effacer ou s'il profitera « du bain de jouvence que vient de lui offrir l'ordonnance du 10 février 2016 pour contester cette prééminence sociétaire »¹⁶⁵.

L'exclusion du droit commun provient encore de la volonté de favoriser davantage la liberté contractuelle au travers de règles spéciales. Le nouvel article 1161 du Code civil relatif aux conflits d'intérêts en matière de représentation¹⁶⁶ confronté aux particularités du contrat de société en témoigne¹⁶⁷. Celui-ci précise que :

« un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié ».

Selon le rapport au président de la République le nouveau droit commun des contrats a choisi de bâtir un régime général de la représentation afin de « de répondre aux demandes des milieux économiques »¹⁶⁸. Dès lors la question se pose de savoir de quelle façon se réalise l'articulation avec le droit des sociétés qui contient lui-même un certain nombre de règles relatives à la représentation. Plus particulièrement, le champ d'application très large de l'article 1161 du Code civil relatif à la prévention des conflits d'intérêt¹⁶⁹, laisse pressentir une éventuelle application au contrat de société¹⁷⁰. L'aptitude même à contracter des associés, dont la liberté contractuelle est spécialement aménagée par le droit des sociétés¹⁷¹, serait

¹⁶⁵ J. Mestre, « Association », *RLDC*, 2017, 6281, spéc. p. 46.

¹⁶⁶ Voy. pour une vue d'ensemble, G. Wicker, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », *D.*, 2016, p. 1942.

¹⁶⁷ Voy. pour une vue d'ensemble, M. Mekki, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? », *Rev. sociétés*, 2016, p. 711.

¹⁶⁸ Rapport au président de la République relatif à l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve, préc.

¹⁶⁹ Selon l'article 1161 du Code civil, « un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié ».

¹⁷⁰ B. Dondero, « Capacité et représentation des sociétés », *Bull. Joly.*, 2016, n° 9, p. 510.

¹⁷¹ Voy. pour une présentation détaillée des conventions entrant, a priori, dans le champ d'application de l'article 1161 du Code civil, A. Couret, « Nouveau régime de la représentation et conflits d'intérêts en droit des sociétés », *Rev. sociétés*, 2017, p. 33.

ainsi remise en cause et le droit commun, par la généralité de sa lettre, accorderait une sanction très forte, un risque de nullité systématique, sauf autorisation ou ratification par le représenté. Sa mobilisation semble toutefois peu probable¹⁷² au regard des objectifs portés par la réforme favorisant l'accroissement de la sécurité juridique et de l'efficacité économique de notre droit¹⁷³. Ceux-ci sont assurément déjà remarquablement organisé par le droit des sociétés¹⁷⁴ à travers un régime spécifique de contrôle et parfois même d'interdiction ou encore un régime de liberté expresse, lorsque le risque pour l'intérêt social est trop faible pour qu'une procédure de contrôle soit mise en place. Cet apparent silence du législateur ne doit effectivement pas être interprété comme une absence de réglementation particulière, la liberté contractuelle étant aussi, en elle-même, un régime. De plus, le contrat de société est doté d'un régime de droit commun confirmant la distance prise parfois avec le droit commun du Code civil.

En somme, la méthode de résolution du conflit de normes ayant un même champ d'application est en mesure de favoriser fréquemment l'originalité des différents droits spéciaux. Sur ce point, il aurait pu être opportun de préciser davantage les modalités d'articulation des règles communes et spéciales en évoquant, par exemple leur incompatibilité ou en favorisant la règle de droit la plus favorable à celui qui l'invoque, soit celle la plus protectrice du contractant¹⁷⁵. Les traits caractéristiques du droit commun des contrats, la protection du contractant, la recherche d'équilibre contractuel ou encore la promotion de la liberté contractuelle s'épanouissent, dans leur altérité, dans les différents droits spéciaux¹⁷⁶. Par un juste retour, la spécificité de ces droits spéciaux influence à leur tour le droit commun et constitue un moteur d'évolution.

B. Et continuer, au final, à enrichir le droit commun !

La modernisation du droit commun par la généralisation de normes de droit spécial. Le constat fait par le professeur Goldie-Genicon selon lequel le droit commun reçoit parfois dans son sein les évolutions de droit spécial¹⁷⁷ est renforcé par

¹⁷² Voy. pour l'énoncé de deux thèses, l'une en faveur de l'exclusion - le silence du législateur devant être interprété comme la place laissée à la liberté contractuelle - l'autre de l'application du droit commun en complément du droit des sociétés partout où le droit des sociétés a laissé des lacunes, R. Mortier, « Conflits d'intérêts : pourquoi et comment appliquer aux sociétés le nouvel article 1161 du Code civil », *Rev. sociétés*, n° 8-9, 2016, étude 11.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ H. Le Nabasque, « Conventions libres et conventions réglementées : faut-il avoir peur de l'article 1161 du Code civil ? », *Bull. Joly*, 2016, n° 11, p. 681.

¹⁷⁵ N. Blanc, « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », *RDC*, 2015/3, p. 810.

¹⁷⁶ Selon le professeur Pérès-Dourdou, la règle supplétive constitue « un modèle à reproduire », C. Peres-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, préf. G. Viney, n° 493. elle représente « les valeurs juridiques auxquelles l'ordre juridique marque son attachement », C. Peres-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, préf. G. Viney, n° 584

la réforme du droit commun des contrats. Le renouvellement du droit commun des contrats a été assurément en grande partie nourri par des normes de droit spécial. Ce phénomène de « généralisation des règles spéciales »¹⁷⁷ ou de « spécialisation des règles générales »¹⁷⁹ provient essentiellement de la volonté de protéger la partie faible au contrat et connaît plus précisément deux tendances, la consumérisation et la commercialisation du droit commun¹⁸⁰. L'esprit de justice contractuelle qui a animé en partie la réforme, a donc conduit à l'admission de plusieurs dispositions issues de droit des contrats spéciaux, et ce sans compromettre les « fondements du monde libéral »¹⁸¹.

A titre d'illustration, la violence économique occupe une place importante dans la réforme du droit commun des contrats en raison de la dureté actuelle des rapports sociaux et des relations d'affaires qui est sans commune mesure avec la société rurale de 1804¹⁸². Forme moderne de la violence, liée à l'économie de marché, celle-ci s'exprime par « des comportements qui ont tous pour but d'exercer un contrôle sur une victime en entravant la libre formation de sa volonté dans le contexte de l'exploitation d'une situation économique donnée »¹⁸³. La distorsion de puissance entre les différents acteurs économique a été remarquablement prise en compte dans la réforme, à travers l'introduction de différents dispositifs issus du droit des contrats spéciaux.

¹⁷⁷ Voy. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 259 et s. Voy. égal. Sur ce constat, F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Aspects contractuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 925, spéc. p. 929. Voy. la liste non exhaustive des dispositions spéciales qui ont gagné le droit commun, C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 261. Le professeur Raynard relevait également, bien avant la réforme, la forte influence des règles spéciales au-delà de leur catégorie contractuelle d'origine, telles que la garantie, obligation de sécurité, la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée. Voy. J. Raynard, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux: des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 2006/2, p. 597.

¹⁷⁸ Voy. pour de plus amples développements sur la « généralisation des règles spéciales ou la spécialisation des règles générales », D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 10^e éd., 2016, n° 12.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ H. Barbier, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », *RTD civ.*, 2016, p. 837.

¹⁸¹ H. Lecuyer, « Rapport de synthèse », in *La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, Dalloz, Trav. Ass. H. Capitant, 2017, p. 121, spéc. p. 127.

¹⁸² Voy. sur ce constat, Y. Picod, « Rapport introductif », in *La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, Dalloz, Trav. Ass. H. Capitant, 2017, p. 1, spéc. p. 3.

¹⁸³ Y. Picod, « Rapport introductif », in *La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, Dalloz, Trav. Ass. H. Capitant, 2017, p. 1, spéc. p. 2.

Deux dispositions phares de la réforme¹⁸⁴ illustrent l'entrée de la violence économique en droit commun¹⁸⁵ : l'introduction d'un nouveau cas de violence et la généralisation de la lutte contre les clauses abusives. Tout d'abord, la sanction de l'abus de faiblesse édictée à l'article L. 121-8 du Code de la consommation¹⁸⁶ a très certainement influencé l'introduction d'un nouveau cas de violence à l'article 1143 du Code civil aux termes duquel

« il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

De même, ce texte entretient une filiation évidente avec l'état de dépendance économique sanctionné par le droit de la concurrence. L'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur est en effet prohibée en droit des pratiques anticoncurrentielles à l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce¹⁸⁷. Le nouvel article 1143 du Code civil s'est néanmoins affranchit de ses origines tant consuméristes que commerciales pour protéger plus largement les personnes vulnérables¹⁸⁸.

Poursuivant la lutte contre les déséquilibres¹⁸⁹, la généralisation de la prohibition des clauses abusives à l'ensemble des rapports contractuels¹⁹⁰ constitue

¹⁸⁴ L. Thibierge, « Le traitement du déséquilibre économique par le droit commun des contrats », in E. Bourassin et J. Revel (dir.), *Réformes du droit civil et vie des affaires*, Dalloz, 2014, p. 232.

¹⁸⁵ G. Loiseau, « La consécration de la violence économique », in Stoffel-Munck (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 33.

¹⁸⁶ En droit de la consommation, il s'agit en effet plus précisément d'un vendeur qui exerce une pression sur un consommateur vulnérable au moyen de visites à domicile dans le but que ce dernier souscrive « des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit ». L'abus se caractérise par une mise à profit de la position de force au détriment d'intérêts plus vulnérables. Voy. Ch. Gavalda-Moulenat, « La violence économique et le droit de la consommation. L'abus de faiblesse », in *La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*, Dalloz, Trav. Ass. H. Capitant, 2017, p. 75, spéc. p. 77.

¹⁸⁷ O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., spéc. p. 221.

¹⁸⁸ M. Chagny, « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJCA*, 2016, p. 115.

¹⁸⁹ Voy. pour une vue d'ensemble sur la lutte contre les déséquilibres contractuels, Ph. Dupichot, « Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats », *Dr. et Pat.*, n° 247, 2015, p. 32.

¹⁹⁰ Voy. M. Chagny, « La généralisation des clauses abusives (articles 1168 et 1169 du Code civil) », in Ph. Stoffel-Munck (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 47, spéc. p. 49.

également un élément essentiel de la réforme¹⁹¹. L'article 1171 nouveau du Code civil, autorise l'éradication des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹⁹² en présence d'un contrat d'adhésion¹⁹³. Celui-ci s'est massivement étendu « avec l'avènement de la société salariale, urbaine, bancarisée, de consommation et donc de distribution, ou encore et notamment, assurantielle »¹⁹⁴. En résonance avec l'ampleur de ce phénomène, il est devenu une catégorie générale des contrats recouvrant un nombre indéterminé de situations et constitue, selon les professeurs Zenati-Castaing et Revet¹⁹⁵, « la division première au sein des contrats ». L'élaboration unilatérale du contrat est, inmanquablement, la source de déséquilibres entre les droits et les obligations respectives des parties¹⁹⁶. Fort de ce constat, le nouvel article 1171 importe dans le droit commun du contrat d'adhésion le mécanisme des clauses abusives connu en droit de la consommation¹⁹⁷ mais également en droit des affaires¹⁹⁸. Le contenu de tout contrat est donc en principe susceptible d'un contrôle, quelle que soit sa qualification au regard du droit des contrats spéciaux¹⁹⁹. L'introduction de la notion de

¹⁹¹ Ph. Delebecque, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrats », *Dr. et pat.*, 2016, p. 62 ; Th. Revet, « Une philosophie générale ? », *RDC*, 2016/S, p. 5.

¹⁹² Voy., D. Fenouillet, « Le juge et les clauses abusives », *RDC*, 2016, p. 358, spéc. n° 44 et s. ; S. Gaudemet, « Quand la clause abusive fait son entrée dans le code civil », *CCC*, 2016, Dossier 5, spéc. n° 12 ; M. Behar-Touchais, « Le déséquilibre significatif dans le code civil », *JCP G*, 2016, 391 ; M. Chagny, « Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats », *RTD com.*, 2016, p. 451 ; X. Lagarde, « Questions autour de l'article 1171 du code civil », *D.*, 2016, p. 2174.

¹⁹³ Défini par le nouvel article 1110 du Code civil comme « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». Voy. sur cette notion, Th. Revet, « Les critères du contrat d'adhésion », *D.*, 2016, p. 1771 ; F. Chenede, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil », *JCP G*, 2016, 776.

¹⁹⁴ Th. Revet, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.*, 2015, p. 1215.

¹⁹⁵ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Cours de droit civil. Contrats, Théorie générale - Quasi-contrats*, PUF, 2014, n° 4.

¹⁹⁶ Th. Revet, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », art. préc.

¹⁹⁷ Ph. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.*, 2012, p. 705, spéc. n° 11.

¹⁹⁸ Voy. not., D. Bosco, « Les clauses abusives entre professionnels : l'étonnante protection accordée par la loi LME », *EDECO*, 2008, n° 5, p. 1 ; D. Mazeaud et Th. Genicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC*, 2012/1, p. 276 ; R. Saint-Esteben, « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC*, 2009/3, p. 1275 ; H. Barbier, « La violence par abus de dépendance », *JCP G*, 2016, 421.

¹⁹⁹ Voy. par ex., J.-D. Barbier, « Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : le contrat d'adhésion », *Gaz. Pal.*, 5 juill. 2016, p. 55 ; Y. Pagnerre, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », *Dr. soc.*, 2016, p. 727 ; J. Lasserre Capdeville, « Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire », *JCP E*, 2016, 1434 ; M. Guillemain, « La réforme des contrats et le droit d'auteur », *JCP E*, 2016, 1368 ; M. Mekki, « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? », art. préc. ;

contrat d'adhésion en droit commun prouve tout particulièrement la volonté du législateur de prendre en compte la situation de faiblesse dans laquelle est susceptible de se trouver un contractant, et ce quelle que soit sa qualité, consommateur ou professionnel. Ce contrôle accru du contenu du contrat, en faveur de la partie faible²⁰⁰ s'est poursuivi par l'appréhension du contrat devenu inutile à travers l'accueil de l'interdépendance contractuelle.

Le nouvel article 1186 du Code civil accueille à présent la caducité dans les ensembles contractuels. Le droit des contrats spéciaux a une nouvelle fois représenté une source d'inspiration puisque celle-ci est reconnu entre une vente immobilière à usage d'habitation et un contrat de crédit immobilier à l'article L. 312-16 du code de la consommation, ou encore entre ce dernier et le contrat d'assurance proposé par le prêteur à l'alinéa 3 de l'article L. 312-9 du code de la consommation. La Cour de cassation elle-même a consacré l'indivisibilité des ensembles contractuels comprenant un contrat de location financière²⁰¹. Il est intéressant de relever que le droit commun retient une interprétation stricte de l'interdépendance engendrée par ces nouvelles formes de financements, et s'émancipe de la sorte quelque peu du droit des contrats spéciaux. Seul le comportement des parties traduisant une acceptation implicite de l'interdépendance, soit « l'apparence légitime d'une acceptation des risques »²⁰², entre dans le champ d'application de l'article 1186 nouveau.

Le droit de la distribution révèle encore l'influence possible des contrats spéciaux sur le nouveau droit commun des contrats. La singularité du contrat de franchise, contrat d'intérêt commun²⁰³, a été l'occasion pour la Cour de dégager la solution relative à la détermination du prix²⁰⁴, en partie consacrée en droit com-

M. Chagny, « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJCA*, 2016, p. 115.

²⁰⁰ D. Mainguy, « Clauses abusives », in *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, n° 146.

²⁰¹ Cass., ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768, *Bull.* 2013, Chambre mixte, n° 1, note D. Mazeaud, *D.*, 2013, p. 1658 ; obs. H. Barbier, *RTD civ.*, 2013, p. 597 ; obs. D. Leagais, *RTD com.* 2013, p. 569 ; note L. Leveneur, *CCC*, 2013, comm. 176. Voy. pour une vue d'ensemble de la notion d'indivisibilité, S. Amrani-Mekki, « Indivisibilité et ensembles contractuels: l'anéantissement en cascade des contrats », *Défernois*, 2002, p. 355 et C. Aubert De Vincelles, « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *RDC*, 2007/3, p. 983.

²⁰² O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 359.

²⁰³ S. Lequette, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.*, 2016, p. 1148.

²⁰⁴ Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-19.653, *Bull. civ.*, n° 8, concl. M. Jeol, *D.*, 1996, p. 13 ; note L. Aynes, *D.*, 1996, p. 13 ; obs. D. Ferrier, *D.*, 1997, p. 59 ; note J. Mestre, *RTD civ.*, 1996, p. 153 ; obs. Bouloc, *RTD com.*, 1996, p. 316 ; note Th. Revet, *RTD com.*, 1997, p. 37 ; note Ch. Jamin, *RTD com.*, 1997, p. 19.

mun des contrats à l'article 1164 nouveau du Code civil²⁰⁵. Un contrat est en situation de paraître équilibré dans sa forme mais de se révéler abusif dans son exécution²⁰⁶. Pour cela, dans les célèbres arrêts de 1995, la Cour de cassation après avoir retenu que l'indétermination du prix, dans un contrat prévoyant la conclusion de contrats ultérieurs, n'en affecte pas la validité, avait limité un tel pouvoir à l'abus dans la fixation du prix. Le nouvel article 1164, tout en accueillant ce dispositif issu du droit spécial de la franchise, et en le limitant aux contrats cadres, a manifestement souhaité intensifier la protection du contractant pour le cas où une clause de révision unilatérale de prix a été insérée dans le contrat. Lorsqu'une des parties est autorisée à le déterminer unilatéralement, elle doit motiver son choix en cas de contestation²⁰⁷, disposition qui, là encore, semble avoir été fortement influencée par les abus décelés en droit spécial de la franchise, comme le met en lumière l'arrêt France motors du 15 janvier 2002²⁰⁸. En l'espèce, la haute juridiction avait retenu un abus dans l'exécution d'une clause de révision unilatérale du prix, caractérisé par l'indifférence du contractant face aux très importantes difficultés économiques rencontrées par son partenaire²⁰⁹.

Le dialogue entre le droit des contrats spéciaux et le droit commun devrait, à l'avenir, se prolonger. L'évolution du droit des contrats souffrait d'un excès de jurisprudence²¹⁰ et l'entrée de ces solutions de droit spécial dans le Code civil est dès lors opportune. Nul doute que cette tendance en faveur d'un droit spécial conquérant ne se poursuive à l'avenir. Cette influence devrait à présent, selon nous, permettre d'éclaircir certaines dispositions du droit commun des contrats. A titre d'exemple, dans la mesure où le nouveau droit commun du contrat d'adhésion²¹¹ plonge ses racines dans différentes branches du droit des contrats spéciaux, le juge puisera sans nul doute dans ses origines pour interpréter le nouveau droit commun des clauses abusives. Afin d'apprécier le caractère abusif d'une clause, en application de l'article 1171 nouveau du Code civil, le juge s'appuiera très certainement sur les différents droits spéciaux. Ces derniers organisent un système de protection de la partie faible lors de la conclusion d'un contrat d'adhésion dans de nombreux domaines, tels que le droit du travail, des assurances, du crédit mobilier et immobilier aux particuliers, des baux commerciaux, des baux ruraux, des baux d'habitation, de la consommation,

²⁰⁵ Voy. C. Grimaldi, « La détermination du prix », *RDC*, 2017/3, p. 558.

²⁰⁶ Voy. sur l'abus comme limite d'une clause, Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, t. 337, 2000, n° 367 et s.

²⁰⁷ O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 269.

²⁰⁸ Cass. Com. 15 janv. 2002, n° 99-21.172, inédit, note Ph. Stoffel-Munck, *D.*, 2002, p. 2841 ; obs. D. Mazeaud, *Dr. et patr.*, 2004, n° 131, p. 81 ; note Ch. Jamin, *JCP E*, 2002, p. 1819.

²⁰⁹ Ph. Stoffel-Munck, « Les répliques contractuelles », *RDC*, 2010/1, p. 430.

²¹⁰ N. Molfessis, « Rapport de synthèse », in Stoffel-Munck (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 149, spéc. p. 152.

²¹¹ Voy. *supra*.

des contrats de construction de maisons individuelles etc.²¹² En définitive, tandis que lors de la réforme du droit commun des contrats le droit des contrats spéciaux a manifestement enrichi sa lettre, il a désormais vocation à éclairer son esprit.

²¹² Th. Revet, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », art. préc.