

Remerciements

Que me reste-t-il comme mérite si je dois la réalisation de ce modeste travail à tant d'âmes charitables...

*Tous les mots de l'univers ne sauraient exprimer avec exactitude ma gratitude, peut-être, un « **merci** » et encore...*

Pour votre soutien scientifique, matériel et affectif...

Pr. Gaël CHANTEPIE

Aux membres du Jury

A mes amis, sans qui ce travail ne serait pas possible

A tous ceux qui ont de près ou de loin participé à la réalisation de ce travail

A ma famille, qui toujours, est pour moi d'un soutien inconditionnel

Mention spéciale à,

Mon Père

Ma Mère

Les « actions interrogatoires » introduites par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : ETUDE DU MECANISME DES ACTIONS INTERROGATOIRES

CHAPITRE I : Un mécanisme ambigu quant à son fonctionnement

SECTION I : Un champ d'application aux contours flous.

SECTION II : L'exercice conditionné des actions interrogatoires : une garantie de sécurité.

CHAPITRE II : Les actions interrogatoires : un mécanisme à la légitimité douteuse

SECTION I : Un mécanisme combattu dans sa légitimité

SECTION II : La réalité de la légitimité du mécanisme

DEUXIEME PARTIE : LES DIFFICULTES D'APPLICATION DES ACTIONS INTERROGATOIRES : UNE EFFICACITE A CONSTRUIRE

CHAPITRE I : Un mécanisme freiné dans son efficacité.

SECTION I : Les obstacles d'ordre juridique à l'exercice des actions interrogatoires.

SECTION II : Les obstacles d'opportunité à l'exercice des actions interrogatoires

CHAPITRE II : La construction du caractère opératoire des actions interrogatoires : la voie de l'efficacité

SECTION I : La nécessité d'une action interrogatoire contraignante à l'égard de son titulaire

SECTION II : La portée de l'exercice des actions interrogatoires

INTRODUCTION

« Là où cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister ; (...) le droit cède la place (...) à de pures considérations d'opportunité »¹.

Aujourd'hui plus qu'hier, l'exigence de sécurité juridique est une préoccupation au centre de la production normative à tel point que « la dénonciation par les acteurs sociaux de l'insécurité juridique est devenue depuis quelques années une rengaine à succès »². Ce besoin « élémentaire » voire « animal » de garantie de l'ordre social³ repose sur « une notion aux contours flous »⁴ et polysémique, de sorte qu'il est plus facile de la comprendre que de la définir.

Néanmoins on pourrait y voir des exigences d'ordre matériel et temporel. Les exigences matérielles ont trait à la qualité de la loi à savoir son accessibilité, son intelligibilité, sa clarté

¹ ROUBIER P., *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 2^e éd, 1951, n° 38, p334

² CASTELNAU M. De, « Précaution, prévention, responsabilité : le droit contre l'insécurité juridique » *AJDA*, 2001, p. 907

³ CARBONNIER J., *Flexible droit*, LGDJ, Paris, 7^e éd., 1992, p.171

⁴ PREVEDOUROU E., « Le principe de confiance légitime en droit public français, Institut d'histoire constitutionnelle hellénique et de droit constitutionnel », étude 8, *droit et économie*, SAKKOULAS P. N., Athènes 1998, p.25, cité par, PIAZZON T., *La sécurité juridique*, thèse, Defrénois, Doctorat & Notariat, T. 35, n° 9

et sa simplicité qui s'opposent à toute complexité de la règle de droit. Quant aux exigences temporelles, elles sont relatives à la nécessité d'une certaine stabilité permettant de ne point mettre en cause les situations juridiques, notamment par une protection contre la rétroactivité de la loi, une protection des droits acquis, la stabilité des relations contractuelles, l'assurance d'une consolidation des situations juridiques individuelles par le jeu de la prescription, garantissant ainsi la confiance que les individus placent dans le maintien de celles-ci.

Le législateur, en proie à davantage d'effectivité et d'efficacité du contrat mais également des obligations qui en découlent et malgré l'absence de consécration explicite d'un « principe de sécurité juridique⁵ » en droit interne⁶, n'hésite pas à en faire référence au soutien d'une règle spécifique. Ceci est d'autant plus vrai que la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations engagée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 fait de cette exigence un de ses objectifs principaux⁷. A cet effet, le législateur de 2016 met en place un certain nombre d'outils en quête de plus de stabilité et de prévisibilité dans les relations contractuelles.

La promotion de la sécurité juridique dans le contrat, si elle se manifeste par divers mécanismes connus du droit des contrats, trouve un point d'appui jusque-là inédit et, pourrait-on même dire, incontournable dans la reconnaissance d'un nouveau mécanisme⁸ : les actions interrogatoires⁹.

Elles sont présentées comme étant nouvelles mais le mécanisme des actions interrogatoires est fort ancien puisqu'il remonte au droit romain où elles ne pouvaient être soulevées que devant

⁵ GUINCHARD S., DEBARD T., *Lexique des termes juridiques 2016 – 2017*, D, 24^e éd., 2016, V. Sécurité, Juridique, « En droit civil, le principe n'est pas reconnu par la cour de cassation qui refuse de considérer qu'il existe un droit à ne pas voir ses prévisions remise en cause par un revirement de jurisprudence. Dans deux arrêts du 11 juillet 2009 la première chambre civile renouvelle sa position antérieure en décidant que « la sécurité juridique invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable pour contester l'application immédiate d'une loi nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge ».

⁶ Cependant le concept de « sûreté » peut traduire l'idée de sécurité et l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 en fait un droit naturel imprescriptible de l'homme : « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF*, n°0035, 11 fév. 2016, n° 25

⁸ BENABENT A., « Les nouveaux mécanismes », *RDC.*, 2016, n° Hors-série, p.17, Il ne s'agit pas tant d'une invention car selon Alain Bénabent « il y a longtemps que tout a été inventé en droit : il s'agit plutôt d'une innovation par importation ou transposition mais qui rapportée au cadre du Code civil, peut aller jusqu'à constituer une création »

⁹ Aucun texte ne les désigne ainsi. C'est cependant le terme employé par le Rapport au président de la République

le prêteur. Ce type d'action était répandu durant l'Ancien Régime mais a quasiment disparu avec le Code civil¹⁰. Le droit judiciaire utilisait déjà la notion d'« action interrogatoire » pour désigner stricto sensu l'action ayant pour objet d'obtenir du juge qu'il se prononce immédiatement sur l'existence, la validité ou le contenu d'une prérogative juridique, indépendamment de tout intérêt né et actuel de la part du demandeur¹¹.

Cependant, dans la version du code civil, la définition de l'action est autre. En effet, il s'agit de l'action ayant pour objet de contraindre une personne qui dispose d'une faculté d'option, soit de déclarer si elle entend ou non user d'un droit, soit d'opter entre plusieurs partis qui s'offrent à elle dans l'exercice de son droit.

Le droit positif connaissait déjà quelques illustrations de ce mécanisme. Il en est ainsi en matière successorale où les créanciers successoraux peuvent sommer l'héritier d'exercer son option¹², ou encore en droit des sociétés où tout intéressé, en cas de nullité d'une société, peut mettre en demeure le titulaire de l'action de procéder à une régularisation ou d'agir en nullité dans les six mois¹³. De même le retrouve-t-on en matière de brevet d'invention,¹⁴ permettant ainsi à toute personne justifiant d'une exploitation industrielle sur le territoire français de demander au titulaire d'un brevet d'invention de prendre parti sur l'opposabilité de son titre à l'égard de cette exploitation. On a en outre, d'une certaine façon, une illustration de ce mécanisme en matière de faux en écriture où lorsqu'un écrit sous seing privé est argué faux à titre principal, l'assignation indique les moyens de faux et fait sommation au défendeur de déclarer s'il entend ou non faire usage de l'acte prétendu faux ou falsifié¹⁵.

Le nouveau mécanisme¹⁶ introduit en droit commun des contrats suit la même logique. Cela dit, il se décline dans la réforme en trois espèces distinctes applicables en matière de pacte de préférence, de représentation conventionnelle et en matière de nullité.

D'abord, il ressort de l'article 1123 alinéa 3 du code civil que le tiers en phase de conclure un contrat dont il soupçonne qu'il est l'objet d'un pacte de préférence peut « demander par écrit au bénéficiaire » – si tant est qu'il le connaisse – « de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable », l'existence d'un tel accord et « s'il entend s'en prévaloir ». Cet écrit

¹⁰ JEULAND E., « Les actions interrogatoires en question », *JCP E*, n° 26, 2016, 737

¹¹ CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., Litec, 2013, p. 267

¹² Art. 711, C.Civ.

¹³ Art. 1844-12, C.Civ.

¹⁴ Art. L. 615-9, al. 1, CPI

¹⁵ Art. 300, CPC.

¹⁶ BENABENT A., « Les nouveaux mécanismes », *loc.cit.* Cet auteur utilise cette expression mais souligne qu'elle ne renvoie pas à une création nouvelle mais plutôt à une innovation par importation ou transposition

mentionne selon l'alinéa 4, « qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat.

Ensuite et dans le même sens, l'article 1158 du code civil en matière de représentation indique que « le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte ». On note ici également que « l'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte ».

Enfin, l'article 1183 qui abrite peut-être l'action interrogatoire la plus marquante donne la possibilité à une partie à un contrat de « demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion ». Dans ce cas spécifique, « la cause de la nullité doit avoir cessé. ». Comme dans les deux autres hypothèses, « l'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé ».

L'exercice de chacune des actions énoncées doit obligatoirement avoir pour support un écrit qui mentionne expressément la sanction qui lui est assujettie. L'intérêt de ces actions interrogatoires n'est donc pas dans la procédure mise en œuvre, mais plutôt dans l'effet confortatif commun dans les trois hypothèses qu'elles attachent au défaut de réponse de l'interpellé. De deux choses l'une : soit l'interpellé répond et dissipe les doutes de l'interpellant, soit il garde le silence ; dans lequel cas son abstention sera retenue contre lui et la situation du titulaire du droit d'interpellation définitivement consolidée. En effet, l'écrit, support de la mise en demeure interrogatoire, mentionne qu'à défaut de réponse dans le délai accordé, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat, son silence vaudra alors acceptation et déchéance de la faculté de substitution. Le représentant sera « réputé » habilité à conclure l'acte ; la nullité sera réputée confirmée. Le mécanisme de l'interrogation apparaît dès lors comme une dangereuse contrainte à la charge de l'interpellé, d'où le formalisme strict édicté en vue de sa validité.

Ceci dit, pour mesurer l'étendue de l'intérêt du mécanisme interpellatoire, il convient sans doute de l'analyser à la lumière de l'ampleur des conséquences des conventions viciées dont il a pour effet d'opérer la purge.

Au regard du pacte de préférence qui est défini comme le « contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle se déciderait à contracter¹⁷ », le promettant qui viole son obligation en concluant le contrat avec un tiers engage sa responsabilité¹⁸. Cette sanction paraît tout à fait légitime mais elle est moindre par rapport au tiers acquéreur. Le risque, en effet, est que le tiers qui connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir pourrait se voir substituer le bénéficiaire, encore que ce dernier pourrait demander la nullité du contrat¹⁹. Néanmoins faudrait-il que le tiers soit de mauvaise foi²⁰, c'est-à-dire lorsqu'il « connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ». L'article 1123 propre au pacte de préférence, prive le bénéficiaire taisant, suite à l'interpellation, de son droit d'agir en justice pour faire prononcer la sanction de la violation du pacte de préférence. En effet, parce que la substitution ou la nullité supposent en principe une action en justice, l'article 1123 semble attacher au silence du bénéficiaire une fin de non-recevoir qui n'est ni plus ni moins que tout moyen qui tend à l'irrecevabilité de la demande de l'adversaire, sans « examen au fond pour défaut de droit d'agir »²¹. Dans l'hypothèse d'une réponse à la mise en demeure et que l'interrogé reconnaît ne pas vouloir mettre en œuvre son droit de préférence, alors l'interrogeant peut se porter acquéreur sans risquer la nullité du contrat ou la substitution d'acheteur. Au regard de la lourdeur de la sanction à laquelle le tiers s'expose, il n'est point besoin de dire que cette action interrogatoire le place dans une situation moins inconfortable en lui permettant bien en amont de la conclusion du contrat, d'empêcher la remise en cause ultérieure de sa bonne foi et de s'assurer ainsi de l'« irrévocabilité » de sa situation.

¹⁷ Art. 1123, al. 1, C.Civ

¹⁸ Cependant, le pacte de préférence qui portant sur des locaux qui constituent une partie seulement d'un immeuble n'est pas violé lorsque le promettant procède à la vente de l'immeuble dans son ensemble sans solliciter le bénéficiaire. Sans que l'orientation prise soit parfaitement ferme, la Cour de cassation semble revenir à une politique d'interprétation stricte de la portée du pacte de préférence, Civ 3^e, 9 avril 2014, n^o 13-13.940, *RDC.*, 2014, 336, obs., GENICON T.

¹⁹ Art. 1123, al.2, C.Civ.

²⁰ Cass. Com., 11 mars 2014, n^o 13-10366, *RDC.*, 2014, 688, obs., SAUTONIE-LAGUIONIE. « Attendu que la violation d'une clause de préemption figurant dans les statuts d'une société à responsabilité limitée n'emporte pas par elle-même nullité de la cession de parts conclue entre deux associés ; Attendu que tout en constatant, pour rejeter la demande de M. Moïse Y... tendant à la condamnation de M. X... au paiement de dommages-intérêts au titre de « l'accapement irrégulier de parts », que la collusion frauduleuse entre ce dernier et M. Paul Y... n'est pas caractérisée, l'arrêt retient que la cession de parts entre associés consentie en violation des droits d'un coassocié bénéficiaire d'une clause statutaire de préemption est nulle ; Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés »

²¹ Art. 122, CPC. ; Voir en ce sens, MEKKI S. A., STRICKLER Y, *Procédure civile*, Puf, coll. Thémis, 2014, n^o87

Il en est de même en matière de représentation. Celle-ci est un « mécanisme en vertu duquel la volonté du représentant est censée être celle du représenté, les initiatives du représentant étant au demeurant enfermées dans le pouvoir qui lui est attribué et en dehors duquel il n'y a pas normalement de représentation²² ». Lorsque le représentant prend un acte en dehors de la limitation de ses pouvoirs découlant de son mandat, il y a dépassement de pouvoir. Le dépassement de pouvoir étant la situation dans laquelle le représentant n'avait pas le pouvoir d'accomplir l'acte qu'il a passé – c'est le cas par exemple lorsqu'il a accompli un acte de disposition alors qu'il n'avait qu'un pouvoir général – la sanction, sous réserve de la ratification par le représenté ou de la théorie de l'apparence, est l'inopposabilité de l'acte lorsqu'elle est demandée par le représentant et, le cas échéant, la nullité lorsqu'elle est invoquée par le tiers²³. L'inopposabilité du contrat au représentant est somme toute logique. Elle traduit l'application du principe de l'effet relatif des contrats car, s'il est vrai que le représentant a entendu agir au nom et pour le compte du pseudo représenté, il n'en demeure pas moins que ce dernier est étranger à l'acte en ce qu'il n'a pas délégué son pouvoir en ce sens. Cette inopposabilité à l'égard du pseudo représenté emporte des conséquences pour le moins fâcheuses à l'égard du tiers. En effet, il est incontestable que lorsque les conditions de la représentation sont réunies, le représenté est seul tenu du contrat passé en son nom et pour son compte²⁴. Cependant, dans le sens inverse, si le dépassement de pouvoir est avéré, le tiers ne pourra formuler une quelconque demande de prestation à l'encontre du tiers. Pire, il pourra légitimement se comporter comme si l'acte n'a jamais été conclu puisqu'il n'existe pas à son égard, sans qu'il lui soit pour autant nécessaire d'en poursuivre l'anéantissement²⁵. Voilà donc en pareille hypothèse, un tiers cocontractant quelque peu désabusé. Car, s'il ne lui est pas envisageable de demander la nullité du contrat comme le lui permet l'article 1156 du code civil, il se retrouvera coincé avec un débiteur – le représentant – qui, fort probablement, ne sera pas à la hauteur de la prestation due. On entrevoit dès lors à travers le désarroi du tiers contractant, l'intérêt de l'action interrogatoire instaurée en sa faveur et qui consacre, en première apparence, une présomption irréfragable déduite de l'expression « le représentant est réputé habilité à conclure » dès lors que l'interpellé ne répondra pas à l'interpellation. Le tiers pourra ainsi s'assurer de l'étendue des pouvoirs du représentant afin de se prémunir contre

²² LAROUMET C., BROS S., *Traité de droit civil : Les obligations, le contrat, Corpus droit privé, Economica*, 8^e éd., 2016, n°262

²³ Art. 1156, al. 1, C.Civ

²⁴ Art. 1154, al. 1, C.Civ.

²⁵ Effacement radical du contrat comme s'il n'avait jamais existé. Il n'est pas automatique par le seul effet de l'irrégularité : il faut le solliciter en justice par un acte d'annulation. Or, dans l'inopposabilité les tiers sont admis à ignorer l'acte.

une inopposabilité qui rendrait presque sans intérêt la convention passée, sachant que la réponse donnée lie l'interpellé.

La troisième action interrogatoire, assez originale de par sa formulation, se distingue des deux autres du fait non seulement de la qualité de son bénéficiaire mais également du contrat. En effet si les deux premières interpellations interviennent à titre préventif et ne sont ouvertes qu'à un tiers qui doute, l'action interrogatoire de l'article 1183, elle, intervient à titre curatif de sorte qu'elle intéresse un contrat en cours d'exécution mais dont la survie est menacée par un vice de formation. Elle ne peut être mise en œuvre que par la « partie » au contrat qui est à l'origine du risque de nullité. La nullité est une sanction qui frappe le contrat dont les conditions de formation n'ont pas été respectées²⁶. En effet lorsqu'une condition de formation fait défaut, l'accord de volonté ne peut créer de rapport d'obligation si bien qu'il ne peut donc produire aucun effet. Sont édictées en matière contractuelle des conditions spécifiques de validité visant la protection d'une ou plusieurs personnes déterminées. C'est ainsi dans l'intérêt exclusif d'une partie que sont sanctionnés les vices de son consentement et son incapacité d'exercice par la nullité relative²⁷. Lorsque le vice est avéré et que la nullité est prononcée, le contrat est rétroactivement annulé et « les prestations exécutées donnent lieu à restitution, (...) la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle »²⁸.

L'article 1183 mélangerait les deux sanctions propres à l'une et l'autre des deux premières actions en ce que le contrat réputé confirmé s'analyserait en une présomption irréfragable, c'est dire que le « silence vaut consentement »²⁹. Par ailleurs, « réputer la confirmation, c'est aussi présumer une renonciation à l'exercice de l'action en nullité, ce dont il résulte que la présomption irréfragable coïncide avec une perte du droit d'agir, en conséquence une « fin de non-recevoir »³⁰. L'action en est d'autant intéressante que l'article 1183, plus encore que d'associer une fin de non-recevoir au silence de la partie interrogée, accorde à l'interpellant le droit d'enfermer unilatéralement le titulaire de l'action en nullité dans un délai de forclusion de six mois dans le cas où elle voudrait se prévaloir de ladite nullité. Ainsi, au lieu d'attendre un délai de prescription de cinq ans pour dissiper le doute quant à l'intention du contractant, le

²⁶ BEIGNIER B., BLERY C., THOMAS-RAYNAUD A-L., *Introduction au droit, Cours, LGDJ*, 5^e éd., 2016, n° 275

²⁷ A distinguer de la nullité absolue qui intervient lorsque n'ont pas été respectées des conditions de formation édictées dans un but d'intérêt général. Ce type de nullité, on le verra, ne semble pas être concerné par l'action interrogatoire de l'article 1183 du cde civil

²⁸ Art. 1178, al. 3, 4, C.Civ

²⁹ TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y, *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 91.

³⁰ LAGARDE X. « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », *D.* 2017. 715

titulaire de l'action pourra désormais et ce, dans un laps de temps très court, forcer la mise en œuvre de l'action en nullité et donc limiter l'étendue de la rétroaction inhérente à la sanction éventuelle.

Il en ressort ainsi que le nouveau mécanisme a pour objectif de combattre les fâcheuses conséquences de la nullité notamment la rétroactivité attachée à l'anéantissement du contrat.

Le renouveau des actions interrogatoires dans la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations exprime sans aucun doute « le trait d'une époque qui ne supporte pas les hésitations, les doutes, les lenteurs et les incertitudes »³¹. Cependant, si l'utilité de principe des actions interrogatoire est admise, il nous faut déterminer les fondements théoriques d'un tel mécanisme.

Tout d'abord, on ne peut s'empêcher de remarquer que les actions interrogatoires sont de nature extrajudiciaire³². Sans doute sont-elles une manifestation de la volonté du législateur de désengorger la justice, dans l'intérêt non seulement des parties mais aussi de la justice elle-même. En effet, la purge des nullités relatives a directement pour objet de « limiter le contentieux³³ » dans la mesure où elle vise à prévenir un litige éventuel. Afin d'invoquer légitimement cette volonté du législateur dans l'intérêt des parties, nous empruntons à COASE³⁴ l'idée principale que véhicule son théorème. Selon ce théorème³⁵, « la solution à laquelle les parties arrivent dépend du coût des différentes solutions. La négociation étant censée être moins chère qu'un procès, il faudrait favoriser pour les parties une telle issue ». Par analogie, la sanction judiciaire de la violation du pacte de préférence, du dépassement de pouvoir ou d'une règle de formation édictée dans l'intérêt d'une partie est une voie couteuse du point de vue processuel pour les concernés par le contentieux à venir mais aussi et surtout pour la partie qui aura à subir les effets de la sanction. L'analyse économique du droit participe dans cette optique du souci de conceptualisation d'un moyen visant, pour les parties

³¹ JEULAND E., « Les actions interrogatoires en question », *loc.cit.*

³² CROZE H., « Une vision procédurale de la réforme des obligations », *Lexis360, Procédures*, 2016, étude 3, n° 11

³³ V. note n°3

³⁴ Ronald Coase est un économiste britannique considéré comme le père fondateur de la Théorie des coûts de transactions

³⁵ « Le Théorème de Coase est un théorème économique, énoncé dans un premier temps par George Stigler (1966) en référence à l'économiste anglais Ronald Coase pour son article « The Problem of Social Cost » (1960). Ronald Coase conteste puis accepte finalement la paternité de ce théorème qu'il est possible de résumer sous la forme suivante : *si les coûts de transaction sont nuls et si les droits de propriété sont bien définis, il résultera une allocation efficace* » V. COASE R., « The Social Cost » : *The Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960, p. 1-44, *cité par*, ROUVIERE F., in « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats » *RDC.*, n° 03 – p. 600, note 42

et les tiers, à avoir la bonne information afin de s'assurer la stabilité de leurs situations respectives dans les transactions. Les valeurs économiques viennent ainsi à l'appui de la réforme du droit des contrats ayant introduit la mise en demeure interrogatoire. En réformant le droit des contrats, le législateur a proclamé avoir été inspiré par un souci d'efficacité économique et de compétitivité. Un des moyens sûrs d'atteindre cette efficacité dans certains domaines du contrat est de parvenir à la certitude, le législateur l'a compris.

Par ailleurs, un constat est que « le contrat n'est plus comme en 1804 une simple rencontre de volontés entre deux personnes égales et isolées, mais intègre toutes les évolutions contemporaines tenant compte de l'interdépendance des rapports : par exemple la cession de contrat, la caducité, l'opposabilité au tiers ou la compensation des dettes connexes³⁶ ». La théorie de l'autonomie de la volonté ayant longtemps irrigué le droit des obligations perd de sa rigueur. Le droit des contrats, nous dit-on, « reposait jadis sur une utopie : celle de contractants qui, en toute liberté et indépendance, et sur un pied d'égalité, nouaient un lien contractuel marqué du double sceau de l'irrévocabilité et de l'intangibilité³⁷ ». Le constat est là, le droit des contrats a fait l'objet d'une mutation progressive et profonde, à telle enseigne qu'il n'est donc pas outrancier de prétendre que s'est édifié un « nouvel ordre contractuel »³⁸. Celui-ci n'est autre que l'émergence d'une conception plus sociale du contrat, à savoir, le solidarisme contractuel³⁹ que traduisent, à n'en point douter, les actions interrogatoires et ce, à bien des égards. Le principe consiste, dans la problématique qui nous intéresse, à lutter contre l'individualisme en faveur d'une plus grande coopération entre les acteurs du contrat au nom de la bonne foi⁴⁰ sous peine de sanctions. Ce qui compte aujourd'hui ne serait plus « l'opposition entre le sujet et son bien ou entre des sujets individualisés, indépendants et libres, mais l'espace situé entre des personnes liées juridiquement dont certaines peuvent être dépendantes économiquement »⁴¹. Cette exigence de coopération au nom du solidarisme dans

³⁶ JEULAND E., « Les actions interrogatoires en question », *loc.cit.*

³⁷ MAZEAUD D., « Le nouvel ordre contractuel », *RDC.*, 2003, n° 1, p. 295

³⁸ *Ibid.*

³⁹ MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges Fr. Terré, Dalloz-PUF- Jurisclasseur*, 1999, p. 603 et s.

⁴⁰ La réforme du droit des contrats véhicule largement cette idée de coopération au nom de la bonne foi. Ainsi en est-il de la consécration de l'exigence de bonne foi au stade de la négociation du contrat, de sa conclusion, de son exécution et de son extinction, qui est perçue comme une emprise croissante des idées solidaristes sur les magistrats de la Cour de cassation, ou encore l'obligation de renégocier de bonne foi. Voir en ce sens, Cass. Com., 3 nov. 1992, *RTD civ.* 1993, n° 7, p. 125 et 126, obs. J. Mestre ; Cass. com., 24 nov. 1998, *JCP G* 1999, I, 143, n°s 6 et s., obs. Ch. Jamin, *JCP G* 1999, II, 10210, note Y. Picod, *Deffrénois* 1999, no16, p. 371-374, obs. D. MAZEAUD. Comp., où la bonne foi a pu servir de fondement à la consécration d'une obligation de coopération ; Cass. civ. 1re, 23 janv. 1996, *Bull. civ.* I, n° 36, *D.*1997, p. 571-574, note Ph. Soustelle, *Deffrénois* 1996, n° 55, p. 744-746, obs. Ph. Delebecque.

⁴¹ LAGARDE X. « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », *loc.cit.*

les transactions explique que la mise en demeure interrogatoire fasse obligation à l'interpellé de communiquer à l'interpellant la bonne information afin que ce dernier puisse se défaire de tout doute ou ambiguïté eu égard à sa situation vis à vis de son partenaire contractuel. Ceci s'apprécie au regard de l'exigence, plus grande, de sécurité juridique tant vantée par le rapport de présentation de la réforme du droit des contrats. En effet, s'il est de moins en moins contestable que « la sécurité juridique est une valeur fondamentale »⁴², que « le droit, c'est la sécurité ou rien »⁴³, le législateur ne pouvait pas ignorer, dans un contexte de mutation du droit, que le respect des situations régulièrement acquises et des prévisions légitimes est un pilier du droit moderne des contrats. Cette prévisibilité, par tout moyen, doit être assurée aux partenaires contractuels, quitte à permettre aux tiers ou une partie au contrat de se l'assurer directement par l'action interrogatoire qui aura, dans l'espoir du législateur, l'effet de déterminer avec précision les faits auxquels est liée la naissance régulière d'un droit contractuel.

L'intérêt pratique de la mise en demeure interrogatoire quant à la consolidation d'une situation contractuelle précaire de son titulaire est indéniable et les fondements théoriques préétablis semblent en faire un outil adapté. Cependant, à voir l'accueil fait au nouveau mécanisme par une partie de la doctrine on peut douter du caractère opératoire de ces actions.

Ceci nous pousse à nous poser la question qui suit : la sécurité juridique recherchée au moyen de la consolidation d'une situation contractuelle donnée peut-elle utilement être atteinte à travers les actions interrogatoires dans les domaines visés par celles-ci ?

Cette interrogation est légitime car, à en croire les réactions de la doctrine, « tout ce qui introduit de la sécurité comporte une part d'iniquité »⁴⁴ et c'est vrai des trois nouvelles actions interrogatoires. Si une petite partie de la doctrine a bon espoir de l'utilité future des actions interrogatoires⁴⁵ dans la « chasse aux nullités »⁴⁶, la majorité est plutôt réservée sinon pessimiste quant au succès de cet outil. Tantôt ce sont les actions interrogatoires des articles 1123 et 1158 en matière de pacte de préférence et de pouvoirs du représentant qui emportent approbation en parallèle du rejet de celles prévues par l'article

⁴² FROMONT M., « Le principe de sécurité juridique, *AJDA*, 1996, n° spéc., p178. Pour cet auteur la sécurité juridique est presque la raison d'être du droit lui-même.

⁴³ PACTEAU B., « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*, 1995, n°spéc., p151

⁴⁴ DE FONTMICHEL M., « Les nouvelles actions interrogatoires », *loc.cit.*

⁴⁵ CROZE H., « Une vision procédurale de la réforme des obligations », *Lexis360, Procédures*, 2016, étude 3, n° 11. Cet auteur estime, tout en relevant quelques défauts non fondamentaux, que ces nouvelles procédures « seront d'une grande utilité »

⁴⁶ DUPICHOT PH. « User des prérogatives contractuelles », *JCP E*, n° 25, 2016, 1375

1183 en matière de confirmation de nullité⁴⁷, tantôt c'est l'article 1158 qui fait l'objet de réticences⁴⁸ quand elle n'est pas une « fausse bonne idée » pour d'autres⁴⁹.

Déjà l'appellation même d'« action interrogatoire » est sujette à discussion en ce qu'elle n'est pas une véritable action au sens procédural, bien qu'elle ait un effet processuel⁵⁰. Les commentateurs ont observé que ces actions interrogatoires n'ont d'« actions » que le nom. Il s'agirait donc d'un mécanisme purement extrajudiciaire⁵¹.

L'essentiel des interrogations et critiques adressées aux actions interrogatoires tourne autour de deux axes à savoir : leur légitimité et leur efficacité. Il leur est en effet reproché de porter atteinte à l'exercice de libertés fondamentales en ce qu'elles tendent à priver un sujet de droit d'un bénéfice légal ou à le contraindre d'agir en justice ou d'exercer une option dans un délai restreint alors que l'action est une prérogative juridique dont l'exercice est libre et facultatif pour son titulaire⁵². Elles seraient donc une « une violence faite à un droit »⁵³. L'attributaire auquel le droit de critique est réservé en perd ainsi partiellement la maîtrise⁵⁴. Cette atteinte apparaîtrait plus nette lorsqu'à la suite de l'interpellation et à condition que la cause de nullité ait cessé, la partie « qui pourrait se prévaloir de la nullité » et qui ne souhaite pas confirmer le contrat ne dispose plus que d'un délai de forclusion qui n'est pas sans conséquences⁵⁵ et qui plus est, de six mois pour agir en nullité⁵⁶. Le délai initial de prescription de cinq ans de l'action en nullité relative est ainsi réduit à six mois, ce qui donne matière à nourrir cette atteinte d'autant qu'il est désormais même inférieur au délai conventionnel de prescription qui, pourtant, ne peut être réduite à moins d'un an⁵⁷. Par ailleurs, l'atteinte des objectifs que

⁴⁷DISSAUX N., JAMIN C., « Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article », 2015, *Dalloz* (suppl. du Code civil 2016)

⁴⁸CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, *Dalloz*, 2016, n^{os} 394 et s., p. 258, p.482

⁴⁹SERINET Y.-M., « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA* 2015, n^o 177, n^o spécial

⁵⁰HERON J., LE BARS T., *Droit judiciaire privé*, précis Domat, 6^e éd., 2016, n^o 69

⁵¹MAYER L., « Défense des "actions interrogatoires" introduites par la réforme du droit des contrats », *Gaz. Pal.*, 2016, n^o 42, p. 47

⁵²GIJSBERS. C., « L'incidence des règles relatives à la nullité, à la caducité et aux restitutions », *RDI* 2016, p. 342 ; V. en ce sens, CA. Douai, 13 juill. 1900 : DP. 1903, 2, jurispr. p. 148, cité par, E. JEULAND in « Les actions interrogatoires en question », *loc.cit.*

⁵³DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, *LexisNexis*, 2016, p. 144

⁵⁴ANSAULT J.J. « La réforme du droit des obligations : La quête de l'efficacité », disponible sur, https://dspace.wul.waseda.ac.jp/dspace/bitstream/2065/48284/1/OnlineForumSeries_2016_1_Ansault.pdf, consulté le, 01-03-17

⁵⁵ Le délai de forclusion est insusceptible de suspension et il ne peut plus être interrompu que par une demande en justice

⁵⁶ Art 1183 C.Civ.

⁵⁷ Art 2254, Al. 1.

s'est fixés le législateur n'est pas certaine. Rappelons que ceux-ci, justifiés par l'exigence de sécurité juridique, ont un objectif tant de désengorgement de la justice en réduisant le recours à la voie contentieuse que de prévention de l'échec des relations d'affaires. Cela dit, elles ne sont pas, selon les premières analyses de la doctrine, une voie d'accès à cet idéal. En effet l'article 1123 et 1158 impose une réponse de l'interpellé dans un « délai raisonnable ». Cette notion est par nature floue et tout comme il faudra s'attendre à l'avenir à l'exécution d'actions interrogatoires tous azimuts, il faudra de même s'attendre à un important contentieux sur l'appréciation de ce délai⁵⁸. La détermination unilatérale du délai raisonnable n'est certainement pas gage de sécurité. En outre, l'engagement du bénéficiaire d'un pacte de se prévaloir de son droit pourrait être jugé abusif s'il choisissait finalement de ne pas acquérir le bien immobilier ou les titres. En outre la notification de cet acte extrajudiciaire pourrait être contestée⁵⁹. Tout porte donc à croire que les actions interrogatoires seront un mécanisme « auto-contentieux ».

De plus, la mise en œuvre des actions interrogatoires se heurte à des obstacles aussi bien d'ordre juridique que d'opportunité.

Pour les premiers, l'action interrogatoire semble devoir être neutralisée dans certains domaines. Il en est ainsi par exemple de la mise en œuvre de l'article 1123 alinéa 3 par un tiers concurrent du bénéficiaire qui présentera une certaine nocivité. Cette action sera en effet de nature à éclairer ce tiers au sujet du comportement futur de l'un de ses concurrents. Or, le jeu normal de la concurrence implique par principe que tout opérateur demeure dans l'ignorance du futur comportement de ses concurrents sur le marché⁶⁰. En outre, en prenant en compte le fait que le pacte de préférence ne prévoit pas toujours les éléments substantiels du contrat projeté, on se demande bien comment le bénéficiaire pourrait-il répondre à l'interpellation s'il n'a reçu aucune offre de la part du promettant. C'est donc, semble-t-il, seulement à partir du moment où le promettant formule une offre que le bénéficiaire a la faculté d'actionner son droit de priorité ou non⁶¹. Sans offre, il risquerait d'accepter des termes inconnus du contrat si bien que cette acceptation pourrait être sujette à révocation réduisant ainsi à néant l'intérêt de l'action interrogatoire.

⁵⁸ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op.cit.*, p.146

⁵⁹ JEULAND E., « Les actions interrogatoires en question », *loc.cit.*

⁶⁰ DUPICHOT PH. « User des prérogatives contractuelles », *loc.cit.*

⁶¹ LEQUETTE S., « Réflexions sur la durée du pacte de préférence », *RTD civ.* 2013. 491, spéc. n°10

Dans le même sens, se pose, entre autres, la question de la compatibilité de l'action interrogatoire à la clause de confidentialité dans le pacte de préférence. En effet, il n'est pas rare qu'un pacte de préférence intègre une clause de confidentialité qui empêche toute divulgation des éléments de l'accord préférentiel par le bénéficiaire. Or, l'objet de l'action interrogatoire propre au pacte de préférence est précisément la divulgation dudit pacte. Quelle articulation faudra-t-il faire entre ces deux mécanismes ? Dans l'ancienne version du texte, la clause faisait échec à l'action interrogatoire⁶². Le problème était ainsi résolu. Donc cela aurait entraîné l'insertion systématique de clauses de confidentialité dans les pactes de préférence afin de détourner les règles protectrices du tiers⁶³. Dans la version nouvelle toute référence à la clause a été supprimée. Se pose dès lors la question de la signification à donner à cette suppression.

Pour les seconds, le contractant devra, avant de recourir à l'action interrogatoire, s'assurer de son opportunité car si ce mécanisme est utile, il n'est cependant pas sans risque. Au regard de l'article 1183, l'auteur de l'action interrogatoire demande à son contractant de confirmer la nullité ou bien d'agir en nullité. Ce qui suppose nécessairement qu'il révèle la cause de nullité en question, à défaut de quoi aucune confirmation ne sera possible. Le risque demeure ainsi pour l'interpellant d'être à l'origine d'une action en nullité que son auteur n'aurait peut-être jamais exercée⁶⁴. Il en est de même de l'action interrogatoire relative au pacte de préférence. En effet si l'article 1123 dispose que le tiers « peut », cela semble vouloir dire qu'il n'est pas obligé d'exercer l'action interrogatoire, si bien que celui qui a de bonnes raisons de penser qu'il existe un pacte de préférence et n'interpelle pas le bénéficiaire à propos de ce dit pacte ne pourra, à première analyse, se voir reprocher d'avoir délibérément violé l'accord préférentiel tant que la preuve, quelque peu impossible à produire⁶⁵, ne sera pas rapportée de sa connaissance effective à la fois du pacte de préférence et de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir de sorte que le tiers « a intérêt à ne rien savoir de certain »⁶⁶. Mais alors, pourquoi prendre le risque d'interpeller le bénéficiaire si ni la nullité ni la substitution ne pourront être demandées contre lui ? L'action interrogatoire relative au pacte de préférence

⁶² MEKKI M., « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe comply or explain ! », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 01, p18

⁶³ COURET A., REYGROBELLET A., « Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux », *Bull. Joly Sociétés* 2015, n° 14

⁶⁴ VEYRE L. ; « L'action interrogatoire en matière de nullité : personnes intéressées, soyez vigilantes ! » *AJ Contrats* 2017, n°2, 75

⁶⁵ V. en ce sens, Cass. 3° civ. 3 nov. 2011, n° 10-20.936, *RTD civ.* 2012, p. 127, note P.-Y. Gautier, *AJDI* 2012, p. 584, obs. N. Damas

⁶⁶ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op.cit.*, p.150

n'a-t-elle donc aucun intérêt si bien que l'on en parle comme d'une « voie de droit ouverte pour les plus honnêtes qui ont à cœur de préserver les intérêts d'autrui »⁶⁷ ?

La mise en œuvre des actions interrogatoires suscite indéniablement de sérieuses interrogations. La volonté de sécuriser la situation juridique de qui s'en sert en serait dès lors, on peut le penser, source d'insécurité juridique du fait des réserves émises à travers les premières interprétations du mécanisme. Cette insécurité est d'autant plus ressentie que l'on s'expose à un risque d'instrumentalisation du nouveau mécanisme dès lors que le tiers peut se créer unilatéralement un droit contre le représenté en cas d'absence de réponse. Ne faudra-t-il donc pas craindre que l'action interrogatoire soit détournée de son objectif et utilisée à des fins de légitimation de la mauvaise foi de son titulaire ?

En tout état de cause, et parce que la règle de droit n'est pas destinée à être lettre morte, il faut en faire une interprétation et une application dans le meilleur des sens et qui plus est susceptible de la rendre efficace et efficiente. Il est ainsi possible, dans un contexte de crise du contrat, d'y voir un outil sécurisant, apte à garantir une certaine stabilité des situations juridiques créées par le contrat, cependant que l'on ne peut nier les lacunes du mécanisme nouveau, faute de pouvoir les pallier. C'est dire que l'accroissement de la sécurité juridique dans les relations individuelles entre différents partenaires contractuels est une nécessité qui pourrait, dans une large mesure, être garantie par le mécanisme de l'action interrogatoire, d'autant plus que l'on aurait même tendance à croire que le nouvel instrument fait naître un droit à la sécurité dans les relations horizontales.

Aussi tenterons-nous une démonstration en ce sens, voire, proposer des voies par lesquelles se dissiperont les doutes relatifs à l'efficacité et aux risques d'insécurité inhérents à l'exercice de telles actions. Il n'est cependant pas question de nier les problèmes que présente le nouveau mécanisme, si bien que nos arguments en faveur des actions interrogatoires ne s'apprécieront qu'à la lumière des critiques sus-énoncées.

On ne doute point que ces actions, pour l'essentiel, ne feront l'objet, à priori, d'aucun usage efficace dans l'avenir⁶⁸, du moins, dans l'état actuel de leur compréhension et avant toute interprétation judiciaire voire une modification législative. Mais il est possible de les appréhender autrement. En effet, le nouvel instrument serait, à notre sens, plus de nature à

⁶⁷ *Ibid.*, p.151

⁶⁸ MANGEMATIN C. « l'action interrogatoire en matière de pacte de préférence : une incombance ? » *Droit et Patrimoine*, n° 261, pour cette auteure, l'action interrogatoire offerte au tiers à un pacte de préférence sera inutile sauf si l'action est envisagée comme une contrainte, une incombance à la charge du tiers.

dissiper les incertitudes qu'il vise à évacuer si on en faisait un outil d'exercice contraignant à la charge de son titulaire lorsque les conditions en seraient réunies. Se demande-t-on dès lors, si la jurisprudence pourrait abonder dans ce sens et retenir la faute des titulaires d'action du fait qu'ils auraient dû l'exercer quand bien même la formulation des textes prônerait la neutralité⁶⁹ ? Ce qui est sûr, c'est qu'il est permis d'être optimiste dans un contexte de développement du solidarisme contractuel d'autant plus que, en matière de représentation par exemple, « toute personne normalement diligente, qui doute des pouvoirs d'un représentant, doit avoir le réflexe de se tourner vers le représenté pour lui demander les clarifications nécessaires⁷⁰ ».

Toutefois, si telle exigence doit être liée à l'interpellation, il serait nécessaire au préalable d'établir la réalité de l'existence des éléments déclencheurs du mécanisme interrogatoire. C'est donc apprécier le moment où le soupçon quant à l'existence d'un pacte de préférence, le doute quant à l'étendue des pouvoirs, ou la connaissance par le contractant d'une cause de nullité sont réels. La réalité de l'existence de ce facteur déclenchant semble ne pas poser problème dans certains cas notamment en matière de cession de droits sociaux. Aussi analyserons-nous ces mécanismes en en faisant une application pratique en matière de cession de droits sociaux⁷¹, de représentation des sociétés⁷² ou encore de nullité des sociétés⁷³. Egalement pour toujours aller dans ce sens devons-nous concevoir les actions interrogatoires comme étant un mécanisme d'ordre public de sorte que les parties⁷⁴ ne soient pas en mesure d'écarter, d'entrée de jeu, le recours à l'action interrogatoire d'autant plus que la force de cet outil est accrue par le législateur qui le rend applicable même aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance⁷⁵.

Parce qu'il s'agit d'un mécanisme jusque-là inconnu du droit des contrats, il sera impératif de déterminer le fonctionnement du nouvel instrument mais aussi son champ d'application qui ne semble pas être précis ou s'il l'est, nourrit quelques réserves. On note sur ce point qu'en matière de pacte de préférence, l'action en question sera susceptible de concerner deux

⁶⁹ CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, op.cit.*, n°258

⁷⁰ *Ibid.* n°395

⁷¹ V. en ce sens, MORTIER R. « Cession de droits sociaux, Pacte de préférence : codification à droit constant et institution légale d'une action interrogatoire » *Lexis360, Revue Droit des sociétés* n° 4, 2016, comm. 53

⁷² V. en ce sens, WICKER G. « Le nouveau droit commun de la représentation », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1942

⁷³ V. en ce sens, LEGROS J.P., « Nullité de sociétés - Interrogations sur les actions interrogatoires en droit des sociétés après la réforme du droit des obligations », *Revue Droit des sociétés*, n° 1, 2017, repère 1

⁷⁴ Exclusion du tiers car on ne conçoit pas que les parties à un pacte de préférence ou un contrat de représentation puissent priver le tiers de son droit à l'exercice de l'action interrogatoire.

⁷⁵ Art. 9, Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26

domaines distincts de sorte que l'on se demande si elle met en demeure le bénéficiaire de se prononcer sur la conclusion du contrat définitif ou sur son désir de respecter la procédure de préférence du fait de la formule imprécise « s'il entend s'en prévaloir ». Aussi, il peut sembler regrettable que l'interpellation en matière de représentation ne vise que celui qui « s'apprête à conclure l'acte » alors que le mécanisme pourrait bien être utile même après la conclusion de l'acte. L'interpellation visant la confirmation du contrat n'en est pas plus claire quant à son domaine. Alors qu'elle vise toute action en nullité susceptible de confirmation, la mention « la cause de nullité doit avoir cessé » donne à penser que le domaine de l'action est plus étroit que celui de la confirmation, encore que cette contrainte justifiée pour les vices du consentement devienne délicate dans d'autres cas⁷⁶. Le droit des sociétés connaît également d'autres causes de nullité, comme la nullité pour abus de majorité. L'abus devra-t-il avoir cessé ? Il est également à apprécier les matières dans lesquelles les différentes actions interrogatoires pourront se déployer car, en droit spécial notamment en matière de nullité des sociétés, le mécanisme interpellatif de l'article 1183 pourrait se heurter à une réglementation déjà présente,⁷⁷ même si elle est limitée à la nullité de constitution ainsi qu'à celle des actes et délibérations modifiant les statuts⁷⁸.

Il est toujours mal aisé d'analyser des textes nouveaux à peine entrés en vigueur. L'ignorance de l'interprétation qui sera faite par les juridictions et l'absence de recul constituent des blocages certains.

Aux fins de mesurer la pertinence du nouveau mécanisme, il faudrait, sans doute, partir de ce que la consécration des actions interrogatoires en droit commun des contrats est l'objectif, à savoir, la consolidation des situations contractuelles en cause. Aussi procéderons-nous d'abord à l'étude du mécanisme (première partie) avant d'analyser le caractère opératoire ou non des actions interrogatoires en raison des difficultés qui s'opposent à la consolidation desdites situations contractuelles qui intéressent le nouveau mécanisme (deuxième partie).

⁷⁶Art. 1169, C.CIV.

⁷⁷ En droit des sociétés, l'article L. 235-6 du Code de commerce, innovation introduite par la loi du 24 juillet 1966 et l'article 1844-12 du Code civil, copie conforme du précédent, comportent une action interrogatoire, lorsque la nullité de la société ou d'un acte ou d'une délibération postérieurs à sa constitution repose sur un vice du consentement ou l'incapacité d'un associé

⁷⁸ LEGROS J.P., *loc. cit.*

PREMIERE PARTIE : ETUDE DU MECANISME DES ACTIONS INTERROGATOIRES

L'étude du nouveau mécanisme nécessite de déterminer son fonctionnement ainsi que ses fondements juridiques. Cependant les dispositions interpellatoire ne sont pas d'une clarté absolue. Il s'agit là d'un mécanisme qui présente une certaine ambiguïté quant à son fonctionnement (chapitre I). Par sa légitimité est sujette à des doutes sérieux (chapitre II).

CHAPITRE I : UN MECANISME AMBIGU QUANT A SON FONCTIONNEMENT

L'ambigüité du mécanisme tient, d'une part, à son champ d'application (section I), d'autre part, à ses conditions d'exercice (section I).

SECTION I : UN CHAMP D'APPLICATION AUX CONTOURS FLOUS.

Les dispositions interpellatoires portent chacune sur un domaine déterminé. Cependant, elles ne précisent pas l'objet précis de l'interpellation en matière de pacte de préférence (A), de représentation conventionnelle (B), et de nullité (C), lequel objet sera à déterminer. Par ailleurs les critères de déclenchement des interpellations ne sont pas définis (D).

A- L'OBJET DE L'ACTION EN MATIERE DE PACTE DE PREFERENCE

L'identification du pacte de préférence (1) permettra d'envisager le champ d'application de l'action interrogatoire mise en œuvre par le tiers dans le but de prévenir la violation dudit pacte et à renforcer la stabilité du contrat conclu avec le tiers. Cependant le domaine de

l'action interrogatoire semble imprécis dans la mesure où l'expression « s'il entend s'en prévaloir » ne permet pas avec exactitude de déceler l'objet de l'interpellation (2).

1- Identification du pacte de préférence

L'action interrogatoire consacrée au bénéfice du tiers est destinée à prévenir toute violation d'un pacte de préférence et à renforcer la stabilité du contrat conclu avec le tiers. Pour ce faire, l'identification du pacte de préférence est essentielle. Elle permet en effet d'ouvrir le droit des tiers à l'interpellation interrogatoire dans les seuls cas où il s'agit réellement d'un pacte de préférence à l'exclusion de ceux qui pourraient prêter à confusion.

Le pacte de préférence a fait son apparition dans le code civil avec la réforme du droit des contrats intervenu en 2016. Dans sa version de 1804, le Code civil ignorait le pacte de préférence. Il n'avait donc qu'une existence doctrinale et jurisprudentielle.

La définition en était donnée par la doctrine qui le concevait comme la convention par laquelle le propriétaire d'une chose s'engage envers une personne à ne pas vendre cette chose sans lui avoir préalablement offert de l'acheter ou encore comme la convention par laquelle le propriétaire d'une chose s'engage, au cas où il l'aliénerait, à la vendre à une personne déterminée, si celle-ci accepte de payer le prix proposé par un tiers⁷⁹. Avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, le codificateur a entendu mettre un terme à l'inexistence légale du pacte de préférence. Il n'est plus un contrat innommé et dispose désormais d'une définition dans le code. Il est en effet défini comme étant « le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait à contracter⁸⁰ ».

Le pacte de préférence concerne généralement un immeuble ou des actions de société. Il s'analyse en un engagement du propriétaire de ne vendre l'immeuble ou les actions qu'au bénéficiaire du pacte, qui accepte cet engagement sans s'engager lui-même, pour le cas où l'immeuble serait effectivement mis en vente. Cependant il peut concerner n'importe quel

⁷⁹ V. BENABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 11e éd. 2015, n°62. ; COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE PH., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2015, n° 67

⁸⁰ Art. 1123 al 1 C. Civ.

contrat⁸¹, notamment le bail, la concession, la franchise, le mandat⁸². Il peut s'agir d'une clause rattachée à un acte principal ou d'un pacte autonome⁸³.

Toutefois, il est à noter que la réforme retient une définition large du pacte de préférence, ce qui pourrait conduire à confondre le pacte de préférence avec d'autres mécanisme de droit⁸⁴. Elle donne en effet l'impression d'être en présence d'un pacte de préférence chaque fois qu'un accord confèrera au bénéficiaire une priorité pour traiter avec le bénéficiaire. Elle permet ainsi d'assimiler le pacte de préférence à de nombreuses opérations habituellement distinguées de celui-ci⁸⁵. Par exemple, en disposant que le promettant est celui qui s'engage à « traiter » avec le bénéficiaire dans le cas où il déciderait de contracter, l'article 1123 peut intégrer les différents pactes de préemption du droit des sociétés.

Nature du pacte de préférence – La définition du pacte de préférence illustre l'aspect contractuel de ce dernier. En effet, il s'agit d'un contrat unilatéral. Cependant, on est là dans le degré le plus faible de l'engagement contractuel et de la force obligatoire. Car n'ayant pas donné son consentement à la vente, le promettant s'engage seulement pour le cas où il « déciderait de vendre », à réserver la préférence au bénéficiaire et de lui faire donc une proposition dans ce sens avant de s'adresser ailleurs. Ainsi donc, le bénéficiaire du pacte de préférence n'a aucun droit et ce, aussi longtemps que le promettant n'a pas décidé de vendre. Le pacte de préférence donc, notamment dans les cessions de droits sociaux, suppose que le promettant ait conclu une vente et offre au bénéficiaire le « droit de se substituer à une personne qui a formulé une offre d'achat (...) »⁸⁶. Le promettant reste donc libre de vendre ou de conserver son bien. C'est la liberté de choix de l'acheteur qui est ainsi en cause et non la liberté de disposer de son bien. Cependant, quand bien même le pacte de préférence

⁸¹ Les contrats définitifs envisagés par le pacte peuvent être de nature variée : vente, louage, contrat de travail, contrat d'édition, contrat de forage, etc. Il arrive que le pacte porte sur la cession de droits ou de contrats.

⁸² « Pacte de préférence : liberté ou contrainte ? » Colloque Université Toulouse I, 18 nov. 2005, Dr. et patrimoine janv. 2006, n° 144, p. 36 à 85.

⁸³ BENABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, op.cit., p.69, L'accord de préférence peut être autonome. C'est le cas par exemple « lorsqu'il est consentie à un voisin ou s'il porte sur des actions en société convoitées par un concurrent ». Mais il se présente le plus souvent, en pratique, comme l'accessoire d'un contrat principal, soit d'un bail (préférence au profit du locataire voire au profit du bailleur pour le cas de cession du fonds exploité dans les lieux), soit d'une vente (préférence au profit de l'acheteur pour le complément si la vente n'est que partielle ou encore préférence au profit du vendeur si l'acheteur décide de revendre ».

⁸⁴ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire article par article, op.cit., p.139

⁸⁵ MEKKI M. « Réforme des contrats et des obligations : le pacte de préférence », *JCP N*, 2016, n° 41

⁸⁶ PARLEANI G., « Les pactes d'actionnaires », *RDS*, 1991, p. 1 et s., spéc. n° 16, p. 10.

conférerait au bénéficiaire la priorité d'entrer en négociation avec le promettant, il n'oblige aucunement ce dernier à négocier si bien qu'il demeure libre de proposer ou non le bien à la vente⁸⁷.

Distinction d'avec la promesse unilatérale de vente – La promesse unilatérale de vente est définie comme « le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ». Elle se rapproche beaucoup du pacte de préférence. Cette ressemblance a pour cause que tous deux sont des contrats préparatoires à la vente par la détermination de l'acquéreur éventuel et la détermination précise de la chose qui est l'objet de l'accord. Ils sont des contrats unilatéraux où seul le promettant s'engage. Dans les deux types de contrats la chose doit être déterminée⁸⁸. Cependant, à la différence de la promesse de vente, le pacte de préférence n'oblige pas le promettant à aliéner son bien en ce qu'il ne s'engage pas à vendre à un prix déterminé⁸⁹. Les seules conditions de validité du pacte de préférence sont au nombre de deux. D'une part, il faut un objet suffisamment déterminé⁹⁰. D'autre part, il faut que les modalités de fonctionnement du pacte notamment le délai de réponse laissent au promettant la possibilité de traiter avec une tierce personne dans le cas où le bénéficiaire déclinerait l'offre. Il conserve sa liberté entière de vendre ou de ne pas vendre, s'engageant seulement pour le cas où il aliénerait la chose⁹¹. N'ont donc à être déterminés par le promettant d'un pacte de préférence ni le prix, ni le délai de préférence⁹². En effet, si la promesse est un avant-contrat qui a pour objet une obligation de contracter, le pacte de préférence lui, est un avant-contrat ayant pour objet une obligation de préférer, en conférant au bénéficiaire un rang préférentiel dans l'éventuelle conclusion du contrat. Ainsi donc, le promettant dans un pacte

⁸⁷ Cass.com. 9 Nov. 2010, n° 09-70.726, Bull. IV, n° 172, lorsque l'opération projetée n'est pas une vente mais une fusion absorption du propriétaire, ce dernier n'est pas tenu de proposer le bien au bénéficiaire du pacte.

⁸⁸ Sauf clauses contraires « le changement ultérieur de destination de la chose ne rend pas caduc le pacte, Cass. Civ. 3^e, 2 juill. 1974, Bull. civ. III, n° 283

⁸⁹ En revanche, dans une promesse unilatérale de contrat les éléments essentiels du contrat à conclure doivent être précisés, V. Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2001, n° 98-20.673, Bull. civ. 2001, I, n° 166 ; RTD civ. 2002, p. 115, obs. GAUTIER P-Y.

⁹⁰ Le bien concerné doit être désigné avec précision en plus de la nature de l'acte envisagé. Ainsi le pacte pour un local situé dans un immeuble ne s'applique pas lorsque la vente porte sur l'immeuble entier, V. Cass. Civ. 3^e, 9 avril 2014, n° 13-13949, Bull. civ. III, n° 52 ; RDC, 2014.336, obs. GENICON T.

⁹¹ TGI Lyon, 12 mai 1964, Gaz. Pal., 1964, n° 2, p. 335

⁹² Cass. Civ. 3^e, 15 janv. 2003, RDC 2003, p. 45, obs. MAZEAUD D., la Cour avait annulé le pacte parce que « l'obligation de proposer à des bénéficiaires de vendre un immeuble à des bénéficiaires déterminés sans qu'aucun prix ne soit déterminé est purement potestative et ne constitue pas un pacte de préférence ».

de préférence n'accorde qu'une priorité au bénéficiaire s'il décide de contracter⁹³ alors que la promesse unilatérale de contrat fait naître un droit d'option pour la conclusion d'un contrat auquel il ne manque que le consentement du bénéficiaire. En effet le promettant dans la promesse de contrat a définitivement et irrévocablement consenti au contrat définitif qui sera formé si l'autre – le bénéficiaire – décide également de souscrire au même projet contractuel⁹⁴. Ainsi en ayant recours à une promesse unilatérale de cession, un associé s'engage définitivement à céder des parts ou actions sans que le bénéficiaire de la promesse n'exprime, de son côté, son consentement à les acheter. Ce contrat préparatoire sera suivi d'une cession si le bénéficiaire lève par la suite l'option.

Toutefois, pour tenter un alignement des deux avant-contrats, la Cour de cassation a pu admettre que le pacte de préférence constituait une promesse unilatérale de sorte que « le pacte de préférence, qui s'analyse en une promesse unilatérale conditionnelle, ne constitue pas une restriction au droit de disposer »⁹⁵. Cette qualification est contestée⁹⁶ en doctrine car, le promettant n'ayant pas fixé les conditions essentielles du contrat projeté dans le pacte de préférence, le consentement qu'il devra exprimer ultérieurement ne peut être qualifié de simple modalité contractuelle.

Distinction d'avec la vente avec faculté de rachat – La vente avec faculté de rachat⁹⁷ est « un pacte par lequel le vendeur se réserve [le droit] de reprendre la chose vendue moyennant la restitution du prix⁹⁸ » dans un délai qui ne peut excéder cinq ans en sus des frais de la vente, les réparations nécessaires et la plus-value. Sa particularité, à la différence du pacte de préférence, est de fonctionner comme une condition résolutoire en ce que la vente initiale ayant produit pleinement ses effets, se trouve anéantie rétroactivement de sorte que tous les actes dont a fait l'objet le bien se retrouvent annulés. Point n'est donc besoin de dire qu'elle

⁹³ Il doit être précisé dans le pacte le nom du bénéficiaire auquel le promettant devra d'abord s'adresser s'il décide de réaliser l'opération envisagée, les autres éléments relatifs à cette opération, notamment le prix, n'étant pas fixés dans cet acte. V. Cass. 3e civ., 23 sept. 2009, n° 08-18.187, *Bull. civ.* III, 2009, n° 203 ; *RTD civ.* 2009, p. 717, obs. FAGES B ; *RDC* 2010, p. 32, note GENICON T.

⁹⁴ En guise d'illustration, la stipulation d'une promesse unilatérale de prêt sous forme d'ouverture de crédit permet de dissocier la conclusion du contrat définitif avec l'établissement de crédit et le déblocage des fonds qui n'interviendra que sur demande ultérieure du client. Par cette ouverture de crédit, l'établissement de crédit s'engage à mettre un certain crédit, pour une certaine durée, à la disposition d'un de ses clients dont seul le consentement manque pour la conclusion du contrat définitif. V. *en ce sens*, GAVALDA CH., STOUFFLET J., *Droit bancaire*, Litec, 8^e éd., 2010, n° 533.

⁹⁵ Cass. 3 civ., 16 mars 1994, *JurisData*, n° 1994-000633 ; *Bull. civ.* III, 1994, n° 58 ; *JCP G* 1994, IV, n° 1328, p. 170 ; *JCP N* 1994, II, 43, 310, p. 341, J. Maury ; *LPA*, 1996, p. 9, note CASEY J., LEJEUNE G.

⁹⁶ MALAAURIE PH., AYNES L., GAUTIER P-Y., *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 8^e éd. 2016, p. 109 et s.

⁹⁷ Avant la loi de simplification et de clarification du 12 mai 2009, elle était dénommée « vente à réméré »

⁹⁸ Art. 1659, C. Civ.

représente un danger réel pour le tiers acquéreur dans la conservation de sa situation. Cependant, parce qu'elle n'est pas un pacte de préférence, l'action interrogatoire de l'article 1123 ne saurait s'appliquer. En effet, la faculté de rachat se différencie facilement du pacte de préférence consenti au profit du vendeur. L'acquéreur, partie à un pacte de préférence est libre de ne pas revendre le bien, alors que le pacte de rachat accorde au vendeur la possibilité de récupérer la propriété du bien, en dépit de la volonté contraire de l'acquéreur au moment de l'exercice de la clause de rachat. De plus, les effets des deux pactes s'opposent en ce sens que l'exercice du pacte de préférence donne lieu à une seconde vente alors que le jeu de la faculté de rachat entraîne la résolution de la vente antérieure.⁹⁹

Distinction d'avec la clause d'exclusivité d'approvisionnement – La clause d'exclusivité d'approvisionnement dite aussi clause d'approvisionnement exclusif ou clause de fourniture exclusive est un contrat conclu entre professionnels. La doctrine y a pendant longtemps vu une obligation de ne pas faire, estimant qu'elle n'était qu'une simple variante de l'obligation de non-concurrence¹⁰⁰. Elle se présente en effet comme une interdiction faite au débiteur de ne pas contracter avec une autre personne pour un objet similaire à celui couvert par l'exclusivité. Plus précisément, il s'agit d'un « contrat conclu entre un fabricant ou un grossiste avec un détaillant et en vertu duquel il est stipulé que le second s'engage à se fournir exclusivement chez le premier en ce qui concerne une telle marchandise¹⁰¹ ». Il se peut qu'un tel contrat s'analyse en un pacte de préférence. Il est vrai que la clause d'exclusivité est assez proche du pacte de préférence, notamment en ce qu'elle réserve une prestation déterminée au bénéficiaire d'une personne en particulier. Cependant elle s'en distingue non seulement en raison de la « nécessité pour le détaillant de s'approvisionner mais encore de celle du fournisseur d'écouler ses produits sur le marché¹⁰² ». En effet elle peut faire obligation au débiteur de s'approvisionner selon ses besoins dans lequel cas, il constitue un engagement d'acheter qui doit être analysé en une promesse unilatérale d'achat. En outre, contrairement au pacte de préférence, la clause d'exclusivité comporte le plus souvent une contrepartie du fait que le

⁹⁹ Cass. 3e civ., 1^{er} déc. 2010, n° 09-16.126, *JurisData*, n° 2010-022563, « Ayant relevé que l'acte de vente stipulait que la société s'engageait à édifier des bâtiments d'habitation sur le terrain dans le délai de quatre ans et qu'à défaut elle serait tenue, dans le délai d'une année, de rétrocéder ce terrain à une personne physique ou morale susceptible de terminer les constructions projetées et retenu que la commune ne pouvait exercer son droit de préférence qu'à l'occasion de l'exécution, par la société, de cette obligation de rétrocession, ce dont il résultait la nécessité d'une seconde vente, la cour d'appel, statuant sur renvoi après cassation, en a exactement déduit que le contrat n'instituait pas de faculté de rachat au profit de la Commune ».

¹⁰⁰ DURRY G., *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, thèse Paris, 1957, p. 147

¹⁰¹ LARROUMET C., BROS S., *traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, op.cit.*, n°297

¹⁰² *Ibid.*

contractant n'a aucune liberté concernant le choix de son fournisseur, ce qui lui confère une nature synallagmatique.

Distinction d'avec le droit de préemption – Tout comme le pacte de préférence, le droit de préemption porte atteinte au pouvoir de disposer librement de son bien en permettant à son titulaire de prendre la place de l'acquéreur dans le contrat. Les deux mécanismes se rapprochent en ce sens qu'ils se conçoivent comme une restriction à la liberté de choisir son contractant et non comme une restriction à la liberté de disposer. Ce rapprochement est d'autant plus grand que les sanctions légales du pacte de préférence s'alignent sur celles des droits de préemption. En effet lorsque le bénéficiaire du droit de préemption n'a pas été informé de la vente, ou lorsque la vente a été conclue dans des conditions empêchant le bénéficiaire d'exercer son droit, trois sanctions sont concevables, à savoir : la nullité de la vente, la substitution du bénéficiaire du droit de préemption à l'acquéreur convenu et des dommages et intérêts¹⁰³. Toutefois la frontière entre pacte de préférence et droit de préemption est en principe clairement définie. En effet, si le premier a une origine conventionnelle, le second a une origine légale et doit être exercé dans un certain délai à compter de la réception de la déclaration d'intention d'aliéner, variable pour chaque droit de préemption.

Il apparaît de apparait donc que le champ de l'action interrogatoire en matière de pacte de préférence peut être brouillé par l'existence de ces contrats voisins qui lui emprunte son mode. Il importe donc de bien veiller à denier avec précision le pacte de préférence avant d'avoir recours au nouveau mécanisme. Avec les éléments de distinction, cela ne risque pas de poser problème.

Toutefois le domaine de l'action semble imprécis. L'usage de l'expression « s'il entend s'en prévaloir » sème le doute quant à l'objet de l'interpellation.

2- L'interprétation de l'expression « s'il entend s'en prévaloir »

L'action interrogatoire permet au tiers de contraindre le bénéficiaire supposé à lui confirmer « l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir ». Se prévaloir de quoi ? La révélation des intentions du bénéficiaire quant au recours ou non au bénéfice du pacte n'est

¹⁰³ C'est le même régime de sanction pour la violation du pacte de préférence. Art. 1123 al. 2, « Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu ».

pas nette en ce sens que le législateur ne précise pas l'objet de l'information demandée. En effet, il est fréquent que le pacte de préférence ait prévu une procédure précise de mise en œuvre du droit de priorité. D'une part, il peut s'agir de la stipulation d'un délai. En effet la priorité accordée au bénéficiaire du pacte est souvent limitée¹⁰⁴ dans le temps par la convention. Passé le délai convenu, le bénéficiaire est déchu de son droit et le promettant retrouve sa liberté de vendre à un acquéreur de son choix, or dans le délai le bénéficiaire peut toujours se prévaloir de la préférence. D'autre part, il peut être stipulé le respect d'une forme pour la notification des conditions de la vente par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par acte d'huissier. Il peut ainsi être convenu qu'à partir de la réception de la notification par lettre recommandée ou par acte d'huissier le bénéficiaire du pacte disposera d'un délai, pour faire connaître, dans les mêmes formes, au promettant vendeur, son refus ou son acceptation de l'offre aux conditions visées par la notification. Ou bien encore, qu'au cas d'exercice du droit de préférence, et pour permettre au bénéficiaire du pacte de réunir les fonds qui lui sont nécessaires, celui-ci aura un délai déterminé à compter de la réception de sa réponse par le vendeur pour réaliser l'acte de vente et que, passé ce délai, sa déclaration d'user du bénéfice de la préférence sera nulle et sans effet. Dès lors, l'on ne sait si l'information demandée par le tiers au moyen de l'action interrogatoire porte sur la volonté du bénéficiaire de conclure le contrat définitif ou plutôt de faire respecter la procédure de préférence. La source de l'hésitation est l'expression « s'il entend s'en prévaloir » qui peut aussi bien viser le contrat définitif que la procédure prévue dans le pacte.

Il semblerait cependant que l'article 1123 du code civil fasse porter l'information sur la première hypothèse à savoir la conclusion du contrat définitif. En effet, si le premier volet de l'information demandée porte sur l'existence ou non du pacte c'est parce que le tiers en ignore l'existence. Et parce qu'il ignore l'existence de l'accord de préférence, il serait plus exact de penser que l'action interrogatoire n'a pas pour objet la procédure de préférence. Cela dit, il serait plus judicieux, au nom de la sécurité juridique du bénéficiaire de faire porter l'action interrogatoire sur la procédure de préférence et ce, pour plusieurs raisons. D'une part, retenir la première hypothèse reviendrait à permettre au tiers-interpellant de priver le bénéficiaire du

¹⁰⁴ Lorsqu'aucun délai n'est prévu, le pacte peut être considéré comme valable pendant toute la durée de la prescription de 30 ans. Cependant, le juge peut déduire des circonstances une renonciation tacite du bénéficiaire de son droit de préférence. Il a été décidé, en effet, que le bénéficiaire qui a connu la vente et a laissé passer un temps considérable sans réclamer, peut, à raison de certains faits accomplis depuis la vente, être réputé avoir renoncé à se prévaloir du pacte de préférence, CA Toulouse, 17 mai 1880, *DP* 1881, 2, p. 220 ; De même, le droit préférentiel devient caduc lorsqu'il n'est pas exercé au moment de la vente, à condition cependant que l'on démontre que l'acte de vente envisagé au profit d'un tiers a été établi et communiqué au bénéficiaire du droit préférentiel et que la vente a été réalisée, Cass. 3e civ., 10 juill. 1969, *Bull. civ.* III, n° 575

droit au respect de la procédure de préférence établie par contrat auquel ce dernier n'a pas été partie. Ainsi, dans le cas où le pacte accorderait un délai au bénéficiaire à compter de la notification du projet de vente pour prendre parti, l'interpellation porterait atteinte au bénéficiaire en l'obligeant à se décider notamment lorsque le « délai raisonnable » prévu par l'action est plus court que le temps accordé dans la notification. Le bénéficiaire devrait donc pouvoir répondre à l'interpellation non pas par la conclusion du contrat projeté mais en indiquant simplement que le pacte de préférence existe et qu'il entend recourir à la procédure de préférence¹⁰⁵. L'action interrogatoire ne doit donc pas servir à déclencher le pacte de préférence, elle ne peut que servir à assurer l'absence de violation d'un pacte de préférence en exigeant simplement la communication de son existence et l'intention du bénéficiaire d'en demander le respect¹⁰⁶.

Ceci étant dit sur le domaine de l'action en matière de pacte de préférence, qu'en est-il de celui en matière de représentation conventionnelle ?

B- L'OBJET EN MATIERE DE REPRESENTATION : LA REPRESENTATION CONVENTIONNELLE

Il convient d'abord de déterminer ce que l'on entend par représentation conventionnelle (1). Il conviendra ensuite de la délimiter son domaine (2).

1- La notion de représentation conventionnelle

La représentation¹⁰⁷ est un procédé juridique qui permet à une personne, le représentant, d'agir en lieu et place d'une autre personne, le représenté. Elle permet ainsi la conclusion d'un acte juridique¹⁰⁸ non pas par la personne qui aura à profiter ou à subir ses effets mais par une autre qui agit au nom de la première. En énonçant « le représentant légal, judiciaire ou conventionnel¹⁰⁹ », le codificateur rappelle les trois types de représentation qui correspondent à trois sources différentes de pouvoir. En effet, ce pouvoir peut être d'origine légale, c'est le

¹⁰⁵ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *Commentaire article par article*, *op.cit.*, p 149

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Le code civil de 1804 ne traitait pas de la représentation en général, il ne l'envisageait que dans des situations particulières à savoir le mandat ou la représentation des incapables

¹⁰⁸ La représentation n'est concevable que pour un acte juridique. Cependant un acte juridique accompli par une personne au profit d'une autre ne révélerait pas nécessairement un rapport entre un représentant et un représenté de sorte qu'un impresario est un intermédiaire et non un représentant. Par conséquent il est seul tenu des engagements qu'il prend à l'égard des tiers dans l'intérêt de l'artiste pour lequel il agit., Cass. Com. 22 mai 1991, *JCP* 1992.II.21865

¹⁰⁹ Art. 1153, C. Civ.

cas du tuteur représentant d'un incapable. Il peut être d'origine judiciaire la décision autorisant le parent à administrer les biens d'un absent. Il peut enfin être d'origine conventionnelle. En ce cas il se manifeste à travers un contrat dénommé « mandat », le mandant donnant au mandataire le pouvoir de conclure un ou plusieurs actes juridiques en son nom. C'est seulement à travers cette dernière forme de représentation que le tiers « qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant (...) à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte ».

Le mandat – « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose¹¹⁰ pour le mandant et en son nom¹¹¹ ». La prestation du mandataire porte sur l'accomplissement d'acte juridique par opposition aux actes matériels, ce qui permet de distinguer le mandat du contrat d'entreprise. Pour autant il n'est pas interdit au mandataire de faire des actes matériels dans la mesure où sa mission peut l'y contraindre notamment. Lorsqu'il s'agit d'un acte matériel, il n'y a pas à déterminer à l'instar des actes juridiques comment le contrat conclu par le mandataire produira ses effets vis-à-vis du mandant. En effet, le problème de la représentation conventionnelle est de déterminer dans quels cas le contrat accompli par le représentant produira ses effets dans le patrimoine du représenté. C'est seulement dans la mesure où le représenté sera engagé par le contrat conclu par le représentant que l'action interrogatoire ouverte au tiers contractant a du sens. De ce fait, lorsque le représenté ne sera pas engagé, le mécanisme interpellatoire n'aura pas à être mis en œuvre. Ceci nous pousse à distinguer entre différents types de représentation.

La nature de la représentation – La solution relative aux effets du contrat conclu par le représentant n'est pas la même selon que ce dernier agit au nom du représenté ou en son nom propre. En effet, « lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté. Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant¹¹² ». Dans le premier cas il y a une représentation parfaite alors que dans le second il s'agit d'une représentation imparfaite¹¹³.

¹¹⁰ La mission du mandataire est beaucoup plus précise et consiste dans la réalisation d'actes juridiques pour autrui, BENABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, op.cit. n°641

¹¹¹ Art. 1984, C. Civ.

¹¹² Art. 1154, Al. 1, 2, C. Civ.

¹¹³ TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, op.cit., n° 181

La représentation parfaite : domaine de l'action interrogatoire – La représentation, lorsqu'elle est parfaite, a pour effet de rendre présent le représenté en ce sens que ce dernier est, à l'exclusion du représentant, la véritable partie au contrat. En effet, le représentant est transparent et n'est pas lié par le contrat d'où la possibilité du tiers contractant de demander directement au représenté de confirmer l'étendue des pouvoirs de son contractant. Etant donné que le représentant agit à la fois au nom et pour le compte du représenté, le tiers contractant sait d'ores et déjà que les droits et obligations nés du contrat produiront leurs effets sur le patrimoine du représenté. En pareil cas, rien n'interdit la création d'un rapport direct entre le représenté et le cocontractant du représentant à travers l'action interrogatoire. Ceci est d'autant plus concevable qu'après la conclusion du contrat, le représentant s'efface devant le représenté qui devient seul débiteur ou créancier sauf s'il s'est personnellement porté garant de l'exécution du contrat en tant que caution, notamment à l'aide d'une clause dite de ducroire¹¹⁴.

Exclusion de la représentation imparfaite – Le représentant n'agit pas au nom du représenté mais en son propre nom. Dans ce cas de figure, bien que le représentant n'agisse pas dans son intérêt dans la mesure où il n'agit pas pour lui-même, il ne révèle pas à son contractant l'identité de la personne pour le compte de qui il agit. Par conséquent, le cocontractant du représentant ignorera tout de l'existence d'un représenté de sorte que l'action interrogatoire ne peut lui être ouverte. En effet, il n'est pas possible de reconnaître l'existence d'un rapport direct entre le représenté et le tiers contractant et les effets du contrat se produiront exclusivement dans le patrimoine du représentant.

À ce même titre, doivent être exclues certaines conventions qui s'apparentent au mandat notamment le prête-nom et celle de la commission ou en encore de la gestion d'affaire.

Le prête-nom – Lorsqu'une convention de prête-nom est stipulée, une personne promet d'agir pour le compte d'autrui mais pas en son propre nom. Ainsi, le mandat reste occulte et le mandataire s'oblige personnellement à l'égard des tiers, il y a comme une simulation par interposition de personnes. Cette convention doit être distinguée du mandat en ce que dans le mandat, le mandataire n'agit pas seulement pour le compte d'autrui mais aussi au nom d'autrui. En outre, les effets du prête-nom s'analysent des rapports entre les parties d'une part et envers les tiers d'autre part, alors que la représentation conventionnelle fait peser les effets

¹¹⁴ Clause par laquelle le représentant garantit au cocontractant l'exécution du contrat par le représenté. V. Paris, 25 juin 1992, *RJDA* 1992, n°1180

du contrat rendu possible par le mandat directement sur le patrimoine du mandat de sorte qu'il n'y ait pas d'intermédiation.

La commission – Le contrat de commission relève de la matière commerciale où il est conclu avec un intermédiaire en vue de la conclusion d'un autre contrat¹¹⁵. Le commissionnaire agit en son propre nom mais pour le compte du commettant¹¹⁶, il n'est donc pas un mandataire¹¹⁷ puisqu'il agit en son propre nom¹¹⁸. Il est seul créancier et seul débiteur de son cocontractant

La gestion d'affaires – Contrairement au mandat qui est de source conventionnelle, la gestion d'affaires naît d'un fait juridique. Elle est établie lorsqu'une personne s'immisce dans les affaires d'autrui dans l'intention de lui rendre service. Ainsi une personne, le gérant, s'occupe des affaires d'une autre, le maître, en réalisant soit des actes juridiques soit des actes matériels¹¹⁹. Il peut cependant y avoir dans la gestion d'affaire un pouvoir de source conventionnelle au moment de la ratification. En effet « la ratification de la gestion d'affaire a pour effet de la transformer en mandat et on sera dans l'hypothèse d'une représentation conventionnelle¹²⁰ ». Dans pareil cas, les obligations du gérant sont les mêmes que celles du mandataire. Néanmoins cette ressemblance de régime ne permet pas l'usage de l'action interrogatoire par le tiers à l'encontre du maître de l'affaire. Cela se justifie par le fait que dans la gestion d'affaire, l'acte est déjà conclu entre le gérant et le tiers. La ratification intervient donc postérieurement. Or l'action interrogatoire en la matière est ouverte au « tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure ».

Critique de la limitation temporelle de l'article 1158 - L'article 1158 du code civil limite l'exercice de l'action interrogatoire à la seule hypothèse où le tiers « s'apprête à conclure ». Cette limitation temporelle est regrettable dans la mesure où il aurait été intéressant de permettre au tiers de mettre en œuvre l'interpellation après la conclusion de l'acte avec le pseudo représentant. En effet, le doute quant à l'étendue des pouvoirs du représentant peut intervenir après la conclusion de l'acte. En pareil cas le tiers contractant qui ne s'est pas interrogé sur l'habilitation du représentant n'aura pas la possibilité de savoir si le représenté

¹¹⁵ Art. L. 132-1, C. Com.

¹¹⁶ Com. 20 mai 1997, *RJDA* 1997, n° 1187, selon cet arrêt on est présence d'un contrat de commission lorsqu'une personne n'a pas acheté des produits pour les revendre alors qu'elle avait malgré tout établi la facture à son nom et non pas à celui de son mandant dont elle recevait des instructions.

¹¹⁷ Cass. com., 6 mars 2001, *DMF* 2001, p. 499, note *AMMAR D.*

¹¹⁸ Le commissionnaire ne devient pas mandataire du seul fait qu'il a révélé le nom du commettant pour le compte duquel il agit, Cass. com., 7 mai 1962, *Bull. civ.* III, n° 240.

¹¹⁹ MALAURIE PH., AYNES L., STOFFET-MUNCK P., *Droit des obligations*, LGDJ, 8^e éd. 2016, n°1021.

¹²⁰ LAROUMET C., BROS S., *Traité de droit civil : Les obligations, le contrat, op.cit.*, n°156

acceptera de ratifier le contrat pour le cas où le représentant aurait outrepassé ses pouvoirs. Pour éviter cette situation, certains auteurs préconisent, à raison pensons-nous, que la mention de l'acte « à conclure » ne soit pas appliquée dans toute sa rigueur en ce qu'elle ne devrait être perçue que comme une précision didactique¹²¹. Ceci est d'autant plus soutenable que l'action interrogatoire pourrait ne servir à rien si elle est limitée à l'acte que le tiers « s'apprête à conclure » dans la mesure où ce dernier n'étant pas encore lié, est parfaitement libre de s'engager ailleurs lorsque le doute s'installera.

2- Une délimitation nécessaire de la représentation conventionnelle

La nature de la représentation des sociétés - L'action interrogatoire de l'article 1158 n'est applicable qu'en présence d'une représentation conventionnelle. Cependant la distinction entre les trois types de représentation peut parfois poser des difficultés dans certains domaines du droit. Tel est le cas en matière de représentation légale des sociétés par le dirigeant désigné par les associés. La problématique est la suivante : s'agit-il d'une représentation légale en ce que les pouvoirs sont déterminés par la loi, ou s'agit-il plutôt d'une représentation conventionnelle en raison de la désignation du dirigeant par les associés¹²² ? Selon un auteur, il s'agit des deux à la fois¹²³ « car il faut distinguer le rapport externe avec les tiers, qui relève d'une représentation légale, de l'ordre interne où la relation du représenté et du représentant relève de la convention¹²⁴ ». En effet dans les rapports du gérant envers les tiers, il s'agit d'une représentation légale de sorte que les pouvoirs du représentant social ne dépendent pas des associés. Il en est ainsi par exemple dans les sociétés par actions simplifiées où la représentation à l'égard des tiers est assurée par un président qui engage la société même par les actes qui ne relèvent pas de l'objet social, les clauses statutaires limitatives de ses pouvoirs étant dès lors inopposables à ces derniers¹²⁵. Parallèlement, dans les rapports entre les associés et le gérant, les pouvoirs de ce dernier sont organisés conventionnellement par les statuts, ce qui lui confère la qualité de représentant conventionnel. Par conséquent, les tiers n'étant pas

¹²¹ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op.cit.*, p. 251

¹²² WICKER G., « Le nouveau droit commun de la représentation », *loc.cit.*, n°9

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ FAGES B., « La représentation en droit des groupements », *in* La représentation en droit privé : comparaisons franco-allemandes, 6^e Journées franco-allemandes, SLC, à paraître, cité par WICKER G., « Le nouveau droit commun de la représentation », note 20 ; V. En ce sens ; DIDIER P., « Les origines de la représentation légale de la société », *in Mélanges M. Germain*, Lextenso, 2015, p. 273 s.,

¹²⁵ AZARIAN H., « Sociétés par actions simplifiées. – Fonctionnement » *J. Cl. Com. Code*, Fasc. 1533, n°1

concernés dans les rapports internes, l'action interrogatoire de l'article 1158 ne saurait utilement trouver application dans ce domaine.

Toutefois, le mandat peut être aussi de nature conventionnelle, comme les délégations de pouvoirs.

Les « délégations de pouvoirs » - Celles dont il s'agit¹²⁶ ont un « objet déterminé » et un caractère « exceptionnel ». Elles s'analysent en des « mandats spéciaux », accordés en vue d'accomplir un acte juridique particulier. Elles s'apparentent, en définitive, à des procurations. Il en est ainsi dans la société anonyme à directoire où la loi réserve au conseil de surveillance, lorsque les statuts le prévoient, la faculté d'attribuer le « pouvoir de représentation » de la société à un ou plusieurs membres du directoire autres que le président¹²⁷. De même, ayant qualité pour décider ou autoriser l'émission d'obligations, il « peut déléguer à son président et avec l'accord de celui-ci à un ou plusieurs de ses membres [...] les pouvoirs nécessaires » pour le faire à sa place¹²⁸. Par ailleurs, « le conseil d'administration peut conférer à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers, actionnaires ou non, tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés¹²⁹ » tout comme « le conseil de surveillance peut conférer à un ou plusieurs de ses membres tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés¹³⁰ ». Ainsi, ces délégations de pouvoir étant de nature conventionnelle, l'action interrogatoire en matière de représentation pourrait être appliquée.

Reste à déterminer le domaine de la troisième action interrogatoire.

C- LE DOMAINE DE L'ACTION EN MATIERE DE NULLITE

L'action interrogatoire en matière de nullité ne peut être mise en œuvre que si et seulement si il s'agit d'une nullité relative (1) seule susceptible de confirmation. Cependant il n'est pas certain que son domaine s'aligne sur celui de la confirmation (2)

1- La nullité relative

A l'instar des deux premières actions interrogatoires, celle siégeant à l'article 1183 du code civil vise à mettre fin à une situation d'incertitude. Cela dit, cette dernière action est

¹²⁶ Voir les délégations de pouvoirs évoquées par le livre II du Code commerce, en droit des sociétés

¹²⁷ Art. L. 225-66, al. 2, C. com.

¹²⁸ Art. L. 228-40, C. com.,

¹²⁹ Art. R. 225-29, C. com.,

¹³⁰ Art. R. 225-56, C. com.,

d'application beaucoup plus large en ce qu'elle concerne le régime des nullités. En effet, selon cet article, « une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion ». Pour ce faire, « La cause de la nullité doit avoir cessé ». La rédaction de l'article pose problème en ce qu'elle ne fait pas apparaître avec certitude le domaine d'intervention de l'action qu'elle consacre. A première vue il semblerait qu'elle ait le même domaine que celui de la confirmation¹³¹. Cependant le doute est permis car le domaine de la confirmation n'est pas limité par la condition de la cessation de la cause de nullité. La raison en est que l'action interrogatoire ne concerne que la nullité susceptible de confirmation.

Une nullité susceptible de confirmation – Aux termes de l'article 1178 du code civil, « un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul ». Quoi que puisse être la cause de nullité, qu'il s'agisse d'une nullité absolue ou d'une nullité relative¹³², le titulaire du droit de critique est toujours libre ou non d'exercer son action. L'abstention du titulaire du droit d'invoquer la nullité ne saurait être assimilée à la confirmation de l'acte nul, dès lors que l'abstentionniste peut invoquer son droit tant que le délai de prescription n'est pas dépassé. Au contraire, la confirmation est un acte positif, un acte unilatéral de volonté qui engage son auteur. Elle n'est pas possible dans tous les cas de nullité. En effet, la confirmation n'est possible que pour un acte juridique nul de nullité relative à l'exclusion de tout acte entaché d'une nullité absolue¹³³¹³⁴. La raison en est que la nullité absolue sanctionne la méconnaissance d'une condition de formation du contrat édictée dans l'intérêt de tous et pas seulement d'une partie au contrat. Ainsi, dès lors que la confirmation est une renonciation au droit de soulever la nullité du contrat, il est légitime qu'elle ne puisse pas être mise en œuvre en matière de nullité absolue car l'acte en cause porte atteinte à des considérations d'intérêt public de sorte que l'action en nullité est ouverte à tout intéressé. Par conséquent, l'action interrogatoire de l'article 1183 du code civil qui a pour effet d'opérer la purge d'un contrat nul ne saurait être mise en œuvre que dans l'éventualité d'une nullité relative. Les raisons qui justifient l'exclusion de la nullité absolue du domaine de l'action interrogatoire ne valent pas pour la nullité relative. Ceci se justifie aisément parce qu'il s'agit ici d'une nullité

¹³¹ Art. 1182, C. Civ.

¹³² Sur la distinction entre les deux types de nullités, FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, Puf, 4^e éd, 2016, n°445 et s.

¹³³ Art. 1180, al. 2, C. Civ.

¹³⁴ Cette règle peut cependant être nuancée. L'article 931-2 al. 2 rend possible après le décès du donateur la confirmation ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayant cause du donateur alors qu'il s'agit d'une nullité absolue. V. pour la confirmation des actes nuls de nullité absolue, COUTURIER G. *La confirmation des actes nuls*, thèse, Paris, 1969, n°s 319 et s.

de protection des particuliers. De ce fait il est admissible que sous l'effet de l'action interrogatoire, le bénéficiaire de cette protection individuelle puisse y renoncer.

Qualification de la nullité relative – La nullité est relative « lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé¹³⁵ ». Elle a donc pour but de sanctionner la méconnaissance de règles édictées pour protéger uniquement un intérêt particulier. Cette restriction au seul intérêt privé écarte ainsi la qualification de nullité relative, dès lors que la condition de formation absente avait vocation à protéger, ne serait-ce qu'accessoirement, un intérêt général. Cela a pour conséquence que l'action interrogatoire risquerait de ne pas pouvoir être déclenchée dans les cas fréquents d'une nullité qui protège à la fois un intérêt privé et un intérêt général. C'est le cas d'une nullité sanctionnant des pratiques restrictives de concurrence¹³⁶, ou encore de la nullité des conventions règlementées en droit des sociétés¹³⁷. Ainsi pour ces nullités, la purge par l'action interrogatoire ne sera pas possible.

Se pose par ailleurs le problème de la qualification de la nullité sanctionnant une règle de formation édictée ni dans un intérêt privé ni dans un intérêt général mais dans un intérêt collectif. Ainsi la nullité des actes accomplis par une société en état de cessation des paiements dite « nullité de la période suspecte¹³⁸ » et qui a pour objectif la protection des créanciers, pourrait donner lieu à des hésitations quant à sa qualification. C'est le cas également de la nullité en raison des actes de disposition portant sur le logement familial sans le consentement de l'époux, laquelle nullité vise la sauvegarde des intérêts collectifs de la famille. Néanmoins ces nullités devraient être vues comme ayant une nature privée. Toutefois, l'action interrogatoire de l'article 1183 ne saurait être déclenchée par une partie au contrat, à tout le moins dans les hypothèses précitées. En effet, d'une part, les nullités de la période suspecte font obstacle à la confirmation des actes en cause. Ceci les tendrait plus vers une qualification de nullité absolue quand bien même le droit de critique serait réservé à des personnes limitativement désignées¹³⁹. D'autre part, étant donné que l'action interrogatoire est limitée aux parties au contrat, on peut légitimement considérer que, du fait du pouvoir de l'époux non consulté et tiers au contrat à demander la nullité, l'interpellation ne saurait être

¹³⁵ Art. 1179, al. 2, C. Civ.

¹³⁶ Art. L. 442-6, 1, 2^o C.Com.

¹³⁷ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op.cit.*, p. 330, cette nullité est qualifiée d'absolue alors que ces auteurs y verraient d'avantage une nullité relation en raison de la protection d'intérêt privé. Voir en ce sens, Cass. Ch. Mixte, 10 juill. 1981, *Bull. civ.* 1981, ch. Mixte, n^o7

¹³⁸ Art. L. 621-107., L. 621-108, C. Com.

¹³⁹ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op.cit.*, p. 331

mise en action. Ceci pour la simple raison que la confirmation à laquelle aboutirait l'action interrogatoire n'engagerait pas l'époux non consulté car, lorsque « l'action en nullité relative a plusieurs titulaires, la renonciation de l'un n'empêche pas les autres d'agir¹⁴⁰ ».

Mais le domaine de la présente action interrogatoire s'aligne-t-il sur celui de la confirmation ?

2- L'alignement sur le domaine de la confirmation ?

La cessation de la cause de nullité – « La cause de nullité », c'est le caractère de l'acte qui justifie la nullité. C'est la cause pour laquelle l'acte doit être déclarée inefficace. Ainsi, un contrat étant nul en raison de l'illicéité de l'objet, la cause de nullité peut résider dans l'exclusion de l'objet du contrat du commerce. Une vente étant nulle pour absence de pouvoir, la cause de nullité réside dans ce que le représentant n'avait pas l'habilitation nécessaire pour effectuer des actes de disposition...

La notion de « cessation de la cause de nullité » est critiquable dans la mesure où elle est toujours contemporaine à la naissance de l'acte. En outre, parce que la nullité est une sanction d'une règle de formation de l'acte, on recherchera toujours si les conditions de formation sont toutes présentes au moment de la conclusion dudit acte. Ainsi exiger que la cause de nullité doive cesser au moment de l'exercice de l'action interrogatoire reviendrait à la soumettre à un préalable inutile¹⁴¹. De fait, la fin de l'incapacité, la cessation de la violence ne feront pas que la cause de nullité n'ait pas été réelle au moment de la formation du contrat et toujours susceptible de provoquer l'anéantissement de celui-ci après sa découverte. En réalité, l'exigence de la cessation de la cause de nullité signifie que le vice ayant conduit à la nullité de l'acte ne doit pas conduire à la nullité de l'action interrogatoire visant la confirmation dudit acte. C'est dire qu'une personne en état de minorité ne peut pas confirmer un acte nul tant qu'elle n'est pas majeure car, l'acte confirmatif serait nul à l'instar de celui dont il vise la purge.

Le domaine de la confirmation – A l'occasion de l'exercice de l'action interrogatoire propre aux nullités, le contrat est réputé confirmé lorsque le titulaire de l'action ne l'exerce pas dans le délai de six mois. Tout porte à croire que le domaine de l'action interrogatoire et celui de la confirmation sont identiques. Néanmoins, l'exigence de la cessation de la cause de nullité semble restreindre le domaine de l'interpellation. En effet cette limite n'apparaît pas en matière de confirmation. Tout au plus, l'article 1182 du code civil ne la prévoit en son alinéa

¹⁴⁰ Art. 1181 al. 3, C. Civ.

¹⁴¹ V. en ce sens COUTURIER G. *Thèse confirmation des actes nuls*, *op.cit.*, n°123

3 qu'en ce qui concerne le vice de violence¹⁴². Cependant, dans les cas de dol ou d'erreur, « la condition tenant à la connaissance du vice nécessaire pour toute confirmation peut être assimilée à sa cessation dans la mesure où la personne n'est alors plus dans l'erreur »¹⁴³. De même la confirmation d'un acte nul pour cause d'incapacité suppose que le vice ait cessé car l'interpellation ne peut être faite qu'à une personne capable. Par conséquent pour ces causes de nullité, l'exigence de la cessation du vice semble être sans conséquence. Par contre s'agissant du cas spécifique de la vente immobilière lésionnaire, la condition de la cessation de la cause de nullité rend le domaine de l'action interrogatoire moins important que celui de la confirmation. La raison en est que, même si le déséquilibre de la prestation n'a pas cessé, l'acte confirmatif du contrat peut intervenir cependant que l'action interrogatoire ne sera pas ouverte¹⁴⁴. Toutefois rien n'est certain à l'heure actuelle car pensons-nous, comme le souligne un auteur, cette exigence « ne devrait pas se voir reconnaître un rôle plus important que celui qui a toujours été le sien en matière de confirmation, à savoir : éviter que l'acte confirmatif ne soit atteint du même vice que celui qui affectait le contrat »¹⁴⁵. Sans doute faudra-t-il attendre que le juge se prononce.

Critique de la limitation *inter partes* de la mise en demeure - La mise en demeure en matière de nullité est réservée à la seule partie au contrat qui pourrait tenter l'action. Une telle limitation est regrettable car les personnes qui sont en droit d'invoquer la nullité du contrat auquel manque une condition de formation édictée dans un intérêt privé peuvent être des tiers¹⁴⁶. Il en est ainsi lorsque la nullité atteint une décision collective telle une délibération d'assemblée¹⁴⁷. Il en est de même dans tous les cas où le tiers devait consentir à un acte étranger susceptible de nuire à ses intérêts¹⁴⁸ notamment dans les régimes matrimoniaux. Dans le même sens, la nullité est ouverte au tiers bénéficiaire d'un droit de préemption, dans le cas où le propriétaire du bien vendrait ailleurs. Les associés peuvent également demander la nullité d'une cession de parts lorsque celle-ci est soumise à

¹⁴² « En cas de violence, la confirmation ne peut intervenir qu'après que la violence a cessé. »

¹⁴³ VEYRE L. ; « L'action interrogatoire en matière de nullité : personnes intéressées, soyez vigilantes ! », *op.cit.* ; V. *en ce sens*, SANA-CHAILLE DE NERE S. « Contrats et obligations – Confirmations des actes nuls – Régime juridique » *J. Cl. Civ. Code*, Fasc. 20, n°8

¹⁴⁴ VEYRE L. ; « L'action interrogatoire en matière de nullité : personnes intéressées, soyez vigilantes ! », *op.cit.*

¹⁴⁵ GIJSBERG G. « L'incidence des règles relatives à la nullité, à la caducité et aux restitutions » *RDI*. 2016. 342

¹⁴⁶ En effet la loi peut prévoir la nullité d'un contrat dans l'intérêt d'un tiers bien que dans la plupart des cas, lorsqu'un contrat porte atteinte à des intérêts extérieurs, la sanction est l'inopposabilité.

¹⁴⁷ SANA-CHAILLE DE NERE S. « Nullités et Confirmations des actes nuls – Régime juridique » *J. Cl. Civ. Code*, Synthèse 700, n°21

¹⁴⁸ Art. 215 al. 3 ; 1422 ; 1427, C. Civ.

l'agrément¹⁴⁹. Et même, dans certains cas, un tiers que pourtant la loi n'a pas entendu protéger, peut agir en nullité. C'est le cas pour les personnes appelées à consentir au contrat de mariage d'un incapable¹⁵⁰. A priori, l'action interrogatoire qui est envisagée dans la seule hypothèse où le titulaire du droit de critique est une partie au contrat, sera impossible à mettre en œuvre. Cette situation réduit considérablement le domaine et l'intérêt de l'interpellation. Sans doute faudra-t-il pour plus d'impact que le juge dépasse la lettre du texte en ne considérant pas cette limitation.

En tout état de cause l'ouverture d'une action interrogatoire n'est pas automatique. Elle résulte de critère dont l'existence n'est malheureusement pas bien définie par le législateur

D- L'EXISTENCE DE CRITERES NON DEFINIS DE DECLenchement DES ACTIONS INTERROGATOIRES

Le législateur a mis en place des critères de déclenchement des actions interrogatoires. Cependant ils ne sont pas bien établis. A la lecture des dispositions interpellatoires, le simple soupçon quant à l'existence d'un pacte de préférence (1), le doute quant à l'étendue des pouvoirs du représentant (2) ou encore, la connaissance d'une cause de nullité (3) suffit à mettre en action l'interpellation. Il faudra ainsi apprécier l'étendu de chacun de ces critères.

1- Le soupçon quant à l'existence d'un pacte de préférence

Un des dangers du pacte de préférence réside dans la difficulté que peut avoir le tiers pour la connaissance de son existence. L'article 1123 du code civil dispose seulement que « le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir ». Le texte n'exige pas la connaissance sûre de l'existence du pacte de préférence ce qui laisse à penser que le simple soupçon du tiers suffit à mettre en œuvre la mise en demeure. En effet, le soupçon quant à l'existence d'un pacte de préférence serait un critère suffisant qui permet d'interroger son bénéficiaire supposé sur l'existence du pacte mais également sur son intention de s'en prévaloir. La possibilité d'exécuter l'interpellation sur l'existence de ce seul soupçon ouvre un domaine très large. L'hypothèse vise toute personne qui s'apprête à conclure un contrat et qui soupçonne l'existence d'un pacte de préférence sur le bien, objet du contrat.

¹⁴⁹ Art L. 223-14; L. 221-13, C. Com.

¹⁵⁰ Art. 1399, C. civ.,

La nature du contrat – la nature du contrat projeté peut justifier le soupçon quant à l'existence d'un pacte de préférence. En effet le pacte de préférence peut à priori s'intégrer dans tout type de contrat. Ceci étant, il est plus fréquent dans les contrats de ventes de meubles ou d'immeubles et les cessions de droits sociaux.

La publicité du pacte – La publicité du pacte de préférence pourrait être un moyen de faire présumer le tiers son existence. Cependant il ne faut pas trop compter sur la publicité du pacte car celle-ci n'est pas certaine. En effet, il a été décidé à l'occasion d'un revirement de jurisprudence que le pacte de préférence n'était pas soumis à publicité obligatoire. Elle ne fait l'objet que d'une publicité facultative et seulement à titre d'information des tiers¹⁵¹. Et même lorsque le pacte est inclus dans un contrat ayant pour objet un immeuble, il ne pèse sur le service en charge de la publicité foncière aucune obligation de le publier. Pour que dans cette hypothèse la publication du pacte devienne obligatoire il faut d'une part, une réquisition spéciale du notaire à cette fin, d'autre part, le pacte doit faire l'objet d'un acte distinct par rapport à l'acte portant sur l'immeuble¹⁵².

Il apparaît au vu de ce qui précède que le soupçon quant à l'existence d'un pacte de préférence n'est pas facile à identifier.

Qu'en est-il du doute quant à l'étendue des pouvoirs du représentant ?

2- L'appréciation du doute quant à l'étendue des pouvoirs du représentant

L'exercice de la mise en demeure en matière de représentation conventionnelle est soumis à une condition assez souple. Il suffit en effet que le contractant du représentant nourrisse un doute quant à l'étendue des pouvoirs de ce dernier pour pouvoir interpellé le représenté. Il en ressort donc que cette action interrogatoire est d'application très large d'autant plus que le législateur n'a pas entendu soumettre l'appréciation du doute à des critères objectifs. Par conséquent l'appréciation du doute est strictement subjective. De fait, le tiers peut recourir à l'interrogation à sa guise et engager le représenté par sa réponse. Cette solution peut être regrettable tant elle a pu susciter quelques réserves¹⁵³. En effet l'action interrogatoire peut tendre à se créer unilatéralement un droit contre le représenté s'il garde le silence pour une raison quelconque. Fort de ce risque, il aurait sans doute été plus sécurisant pour ce dernier de

¹⁵¹ Cass. 3e civ., 16 mars 1994, *JCP N* 1994, n° 43, II, p. 310 ; Defrénois 1994, art. 35897, p. 1164, note AYNES L.

¹⁵² CA Bordeaux, 1er oct. 1987, *JCP N* 1989, II, p. 17, obs. LAFOND J.

¹⁵³ GUESTIN J., LABARTHE F., « Observations générales », *LPA.*, 2015, n°177, p17

vérifier si le tiers pouvait raisonnablement nourrir un doute quant à l'étendue des pouvoirs du représentant, en prenant en compte le comportement et les déclarations du représentant à l'instar de certains textes européens¹⁵⁴.

Pour le déclenchement de la troisième action interrogatoire, il faut avoir connaissance de la cause de nullité.

3- La connaissance de la cause de nullité

L'objet de l'action interrogatoire siégeant à l'article 1183 du code civil est d'assurer la pérennité d'une relation contractuelle. Pour ce faire, elle permet à une partie au contrat de demander à « celle qui pourrait se prévaloir de la nullité » soit de confirmer l'acte, soit d'agir dans un délai de six mois. Cependant le législateur ne définit pas de critère de déclenchement de l'interpellation. Toutefois il nous paraît évident que la partie qui introduit la demande doit avoir la connaissance de la cause de nullité, à tout le moins, doit-il s'en douter. En outre il doit avoir l'intention de rendre l'acte valable.

La connaissance de la cause de nullité - La connaissance de la cause de nullité implique deux choses : d'une part, la connaissance de l'acte nul et, d'autre part, la connaissance de la nullité de l'acte.

La connaissance de l'acte nul – Il s'agit de la connaissance soit, de l'existence de l'acte, soit de son contenu. La connaissance de l'existence de l'acte ou de son contenu ne pose pas souvent problème dans la mesure où l'article 1183 du code civil vise les parties aux contrats. En effet celles-ci étant présentes lors de la conclusion de l'acte ne peuvent pas en ignorer l'existence. Cependant, cette connaissance ne tombe pas toujours sous le sens. En effet lorsque l'on est dans le cadre d'une représentation légale ou judiciaire, le représenté peut ne connaître ni l'existence de l'acte ni son contenu car, de lui n'émane pas le pouvoir du représentant.

La connaissance de la nullité de l'acte – Elle passe par la connaissance de la cause de nullité de l'acte. Cependant on ne saurait exiger une connaissance certaine de la nullité de l'acte car celle-ci « doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un

¹⁵⁴ Art. II.-6 :103, DCFR

commun accord¹⁵⁵ ». Cette connaissance peut donc être simplement probable et même résulter d'un simple doute.

Au-delà de la détermination du champ d'application des actions interrogatoires, il est à noter l'exercice de celle-ci est encadré dans des conditions assez stricte. Cela se justifie sans doute par la nature « agressive » des effets attachés au nouveau mécanisme.

SECTION II: L'EXERCICE CONDITIONNE DES ACTIONS INTERROGATOIRES : UNE GARANTIE DE SECURITE.

La mise en œuvre d'une action interrogatoire vise à consolider la situation juridique de son titulaire (B). En ce sens c'est un mécanisme qui peut présenter certains dangers pour son destinataire. Par conséquent, sa validité est nécessairement assujettie à l'observation de conditions strictes (A).

A- UNE VALIDITE NECESSAIREMENT ASSUJETTIE A L'OBSERVATION DE CONDITIONS STRICTES.

On note des conditions communes à toutes les interpellations (1) d'une part. D'autre part, il existe des conditions particulières (2)

1- Les conditions communes aux différentes actions interrogatoires

L'exercice des trois nouvelles actions interrogatoires est assujetti à l'observation d'un formalisme contraignant. En effet, la demande de clarification au sujet de l'existence du pacte de préférence, de l'étendue des pouvoirs de représentante de la confirmation de la nullité doit nécessairement (a) être formulée « par écrit » et comporter une mise en demeure obligatoire (b)

a- La nécessité d'un écrit

La mise en demeure interrogatoire doit être contenue dans un écrit. Cette condition n'appelle pas de remarque particulière. Néanmoins, il y a tout lieu de penser que les conditions de la mise en demeure interrogatoire sont aussi des conditions de validité de celle-ci. Par ailleurs, l'action interrogatoire est un acte réceptice. En cela elle doit être portée à la connaissance de son destinataire par notification¹⁵⁶. Il n'y pas de mise en demeure sans notification.

¹⁵⁵ Art. 1178, al. 1, C.Civ

¹⁵⁶ Art. 651, al. 1^{er}, CPC, « les actes sont portés à la connaissance des intéressés par la notification qui en est faite »

Cependant, si le législateur exige une mise en demeure écrite, il ne règle pas la question du comment de la notification.

La notification de la mise en demeure écrite – L’interpellant a la liberté de choisir les modalités de notification de sa mise en demeure, sachant que chaque mode de notification comporte ses propres caractéristiques et ses propres conditions

Lettre missives – La notification de la mise en demeure peut être faite par lettre missive. Il s’agit de tout écrit qu’une personne confie à une autre ou à la poste pour le faire parvenir à quelqu’un. Il peut s’agir d’une lettre simple, d’une lettre recommandée ou avec accusé de réception. La lettre missive doit être signée par l’expéditeur. A défaut, sa force probante sera réduite car une lettre missive non signée n’est qu’un commencement de preuve par écrit¹⁵⁷.

Recours à un huissier de justice – La notification de la mise en demeure peut être faite par acte d’huissier. En ce cas il s’agit d’une signification. La validité de la mise en demeure est alors subordonnée à celle de l’acte de signification aussi bien sur le plan formel que substantiel. Sur la forme, la signification doit comporter des mentions obligatoires pour sa validité notamment la date, les noms du requérant, de l’huissier, du destinataire¹⁵⁸. Quant au fond, le contenu de l’acte doit être ouvertement communiqué au destinataire¹⁵⁹. Par ailleurs la notification par acte d’huissier obéit à certaines modalités. En effet, le code de procédure prévoit quatre modalités hiérarchisées de signification d’un acte.

Les modalités de la signification¹⁶⁰ – La notification de la mise en demeure, si elle est faite par acte d’huissier, doit obligatoirement être faite à personne. L’alinéa 1^{er} de l’article 654 du Code de procédure civile en fait une nécessité : « la signification doit être faite à personne ». Elle peut être faite en tous lieux : domicile personnel, siège social, lieu de travail¹⁶¹, maison d’arrêt¹⁶² ou même hôpital¹⁶³. La signification de la mise en demeure peut être faite par voie

¹⁵⁷ Cass. com., 5 juill. 1962, *Bull. civ.* 1962, III, n° 343.; Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1970, n° 68-12.931, *Bull. civ.* 1970, I, n° 170

¹⁵⁸ Art. 648, CPC

¹⁵⁹ « La simple remise d’un pli cacheté par un huissier de justice ne vaut pas mise en demeure par acte extrajudiciaire », Cass. 3^e civ., 21 mai 2014, n° 12-35.083, F-P+B, *JurisData*, n° 2014-010718

¹⁶⁰ CAYROL N., Mise en demeure. Sommation. – Régime de l’acte de mise en demeure, *JCI*, Voies d’exécution, Fasc. 223, n°15.

¹⁶¹ Cass. 2^e civ., 11 fév. 1987, n° 85-15309, *Bull. civ.* II, n° 43

¹⁶² CA Besançon, 13 oct. 1994, *JurisData*, n° 1994-05198.

¹⁶³ CA Montpellier, 28 fév. 1995, *JurisData*, n° 1995-000517

électronique. En pareil cas, elle n'est « à personne » si et seulement si le destinataire en a pris connaissance le jour de la transmission de l'acte¹⁶⁴.

Dans l'impossibilité d'une remise de l'acte directement à la personne, l'huissier de justice peut opérer une signification à domicile. Elle est effective par la remise de l'acte à un tiers présent au domicile du destinataire. Ce dernier, s'il accepte de recevoir l'acte, doit déclarer ses nom, prénom et qualité. L'huissier de justice doit s'assurer qu'il se trouve bien au domicile du destinataire. Pour les personnes morales, en la remise de l'acte à une personne qui n'est pas habilitée à le recevoir. En outre la signification à domicile étant résiduelle, il doit mentionner dans l'acte les diligences effectuées en vue d'une signification à personne¹⁶⁵.

Il arrive cependant que la personne sur les lieux n'accepte pas de recevoir l'acte. Dans ce cas, l'huissier de justice le ramène en son étude, pour une durée de 3 mois à la disposition du destinataire pour retrait contre récépissé ou émargement. Dans le cas où le retrait est effectué, la signification est réputée faite à domicile. L'huissier devra néanmoins laisser un avis de passage et envoyer, une lettre simple contenant une copie de l'acte de signification et les indications nécessaires pour informer le destinataire au plus tard le premier jour ouvrable suivant son passage.

En dernier lieu, dans l'hypothèse où aucune des trois premières modalités de signification n'a abouti, l'article 659 du Code de procédure civile autorise l'huissier à envoyer copie de l'acte de signification par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

La preuve de la mise en demeure écrite – l'exigence que l'action interrogatoire ait pour support un écrit est édictée à titre de preuve. Ainsi l'interpellant devra non seulement prouver l'existence d'un écrit portant la mise en demeure interrogatoire mais également qu'il a accompli les diligences nécessaires en vue de la notification de celle-ci à son destinataire¹⁶⁶.

Objet de la preuve – l'objet de la preuve tourne autour de deux axes. D'une part il s'agit de prouver que le destinataire de la mise en demeure a bien eu connaissance de celle-ci. D'autre part, il est question de donner date certaine à la mise en demeure. En effet l'établissement de la date de l'action interrogatoire est essentielle dans la mesure où elle marque le *dies a quo du* délai de six mois en matière de nullité et des délais accordés dans les autres cas

¹⁶⁴ Art. 662-1, al. 3, CPC

¹⁶⁵ Cass. 2e civ. 10 janv. 2013, n° 11-27.228, *Procédures* 2013, comm. 67, PERROT R.

¹⁶⁶ La charge de la preuve de la mise en demeure ainsi que de sa notification en particulier, pèse sur son auteur, Cass. 1re civ., 12 nov. 1982, *JCP G* 1983, IV, 1 ; CA Paris, 16 juin 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. p. 14.

d'interpellation. Il faudrait donc que la notification de la mise en demeure porte en elle-même, à la fois, preuve de sa connaissance par le destinataire, et de sa date. Cependant, la preuve de la mise en demeure ne dépend pas de celle de sa notification. En effet dans la plupart des techniques de notification, prouver la notification ne suffit pas à prouver la mise en demeure.

Preuve de la connaissance de la mise en demeure – la preuve de la mise en demeure peut résulter d'un aveu de la part du destinataire. A défaut le seul mode de preuve véritablement efficace est de signifier l'interpellation par acte d'huissier. En effet, seule la signification de la mise en demeure à personne, qui est sans doute le moyen de preuve le plus accompli en la matière, permet de prouver à la fois la connaissance de celle-ci et la date de l'acte¹⁶⁷. Par conséquent cette modalité d'administration de la preuve est à privilégier dans la mesure où, lorsque la signification est faite « à personne », l'huissier en dresse procès-verbal. Ce procès-verbal fera dès lors foi de la connaissance de la mise en demeure. Ainsi, en dehors de l'aveu du destinataire ou de la signification à personne, la preuve de l'exercice de l'action interrogatoire résultera d'une simple présomption à partir de celle de la notification de celle-ci. C'est dire que la notification de la mise en demeure, même faite par acte d'huissier, notamment à domicile entre les mains d'une tierce personne, fait présumer la connaissance de l'action interrogatoire par le destinataire. L'intérêt de cette présomption est qu'elle dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve¹⁶⁸. Néanmoins, le destinataire peut produire la preuve contraire dans la mesure il ne peut s'agir que d'une présomption simple de connaissance de la mise en demeure interrogatoire.

Par ailleurs la notification peut avoir été faite par lettre recommandée avec accusé de réception. Dans ce cas l'interpellant reçoit à son tour l'information de la réception de la notification de la mise en demeure par le destinataire. Cependant, si ce retour prouve la notification de l'interpellation, il ne prouve pas le contenu de la lettre recommandée de sorte que celle-ci est peu recommandable lorsqu'il s'agit de se ménager la preuve de l'accomplissement de la formalité écrite de l'action interrogatoire¹⁶⁹. Ceci est d'autant plus vrai que la preuve de l'action interrogatoire ne peut résulter de la copie faite par l'expéditeur du contenu de la lettre recommandée. Celle-ci n'a aucune force probante auprès de

¹⁶⁷ CAYROL N. « contrats et obligations. – mise en demeure », *loc.cit.*, n°89

¹⁶⁸ Art. 1354, al. 1, C. Civ.

¹⁶⁹ Sur les insuffisances de la lettre recommandée, V. DJIGO A., « Brèves réflexions sur la lettre recommandée » *LPA* 1999, n° 42, p. 7.

l'expéditeur¹⁷⁰. Eu égard à ces difficultés probatoires, l'envoi d'une lettre simple, d'un fax ou tout autre moyen permettant la notification est encore moins recommandé. En effet ces divers moyens ne font ni la preuve de l'envoi de la notification¹⁷¹, ni celle de sa réception par le destinataire, encore moins celle de son contenu.

Preuve de la date de la mise en demeure – Elle ne pose pas vraiment problème lorsque l'action interrogatoire est notifiée par acte d'huissier ou au moins par lettre recommandée avec accusé de réception. S'agissant de l'acte d'huissier, c'est le moyen le plus sûr pour donner date certaine à l'acte car la date de la signification est considérée comme étant celle du jour où elle est faite à personne, à domicile, à résidence ou encore du procès-verbal¹⁷². S'agissant de la lettre recommandée, la date de la signature apposée sur l'accusé de réception par le destinataire fait preuve de la date de la notification et donc également de la date de la mise en demeure¹⁷³. Par contre, l'établissement de la date devient difficile si la notification est faite par lettre simple. Car, même si la date d'envoi de la lettre est prouvée, cela n'emporte pas preuve de la date effective où l'interpellé a eu connaissance de la mise en demeure.

Par ailleurs le législateur exige que l'écrit contienne obligatoire une mise en garde.

b- Le contenu de l'écrit : une mise en garde obligatoire.

Les trois nouvelles « actions interrogatoires » ont le même objet. Que l'on soit dans le pacte de préférence, dans la représentation conventionnelle ou encore en matière de nullité relative du contrat, elle intime à son destinataire de faire une déclaration quant à ses intentions au regard d'un droit qui lui est reconnu. A défaut de réponse dans un certain délai il s'expose à des sanctions. L'« écrit », support de l'action interrogatoire doit indiquer de façon claire le risque encouru en cas d'abstention.

Une interpellation – chaque action interrogatoire porte en elle une interpellation qui lui est propre. Premièrement, pour éviter d'entrer en violation d'un pacte de préférence, un tiers à la

¹⁷⁰ Art. 1378-1, al. 1, C. Civ. « Les registres et papiers domestiques ne font pas preuve au profit de celui qui les a écrits ».

¹⁷¹ La preuve de l'envoi d'une lettre missive n'est admise que sur présentation d'un document émanant de la poste, Cass. 1re civ., 26 janv. 1999, *RGDA* 1999, p. 345, note FONLLADOSA L. ; *Resp. civ. et assur.* 1999, comm. 122. ; Cass. 1re civ., 9 oct. 2001, *RGDA* 2002, p. 89, note FONLLADOSA L.

¹⁷² sous réserve des dispositions de l'article 647-1, CPC

¹⁷³ Art. 669, al. 3, CPC ; *V. en ce sens*, Cass. 2e civ., 10 mars 2005, n° 03-11.033, *JurisData*, n° 2005-027576 ; *D.* 2005, p. 984, obs. ASTAIX A.

possibilité d'exiger du bénéficiaire supposé qu'il déclare ses intentions au regard de la préférence de négociation qui lui a été accordée. En ce cas l'interpellation se dédouble en ce qu'elle porte sur le fait de savoir d'une part, s'il existe un pacte de préférence à son bénéfice, d'autre part, s'il a l'intention de s'en prévaloir. Deuxièmement, dès le moment où le futur contractant d'un reprenant nourrit un doute quant à la production des effets du contrat à conclure sur le patrimoine du supposé représenté, il peut interpellier ce dernier. Cette interpellation consistera à lui demander si les pouvoirs dont se prévaut le représentant en vue de la conclusion du contrat projeté lui sont effectivement reconnus. Troisièmement en matière de nullité, l'interpellation se décline comme suit : celui qui a connaissance d'un vice qui peut rendre un contrat en cours d'exécution nul, demande à son contractant s'il entend ou non poursuivre l'exécution de celui-ci en renonçant ainsi à son droit d'agir en nullité.

Cependant peu importe le domaine où l'action interrogatoire est mise en œuvre, l'interpellation doit avoir un certain nombre de caractères quand bien même le législateur n'en aurait pas fait état. En effet, celle-ci doit d'une part être suffisante, d'autre part elle doit être ferme et précise.

Une interpellation suffisante – L'exercice des actions interrogatoire doit donner lieu à un acte portant interpellation suffisante. En effet le contenu de l'écrit, doit être de nature à informer le destinataire de l'action interrogatoire sur ce qui est attendu de lui. Il faut donc que l'action fasse apparaître sans ambiguïté l'objet de la demande à défaut de quoi l'interpellation est nulle¹⁷⁴. En outre, la cause de la demande à savoir le contrat en cause ainsi que les parties concernées doivent clairement être identifiés¹⁷⁵. La question se pose cependant de l'appréciation du caractère « suffisant » en la matière. En effet il doit faire l'objet d'un contrôle en ce qu'il est l'un des critères de validité du contenu de l'« écrit » portant l'action interrogatoire. La grande difficulté sera en réalité l'appréciation du caractère « suffisant » de l'interpellation notamment celle résultant de la lettre missive. Cette appréciation n'est possible qu'*in concret*, et il ne saurait être envisagé de recourir à des formules préétablies pour s'assurer de l'accomplissement de cette exigence relative à l'interpellation. Ainsi donc, en

¹⁷⁴ Cass. 3e civ., 24 mai 2000, n° 98-18.049, *JurisData*, n° 2000-002124 ; *Bull. civ.* 2000, III, n° 110 ; *D.* 2000, jurispr. p. 323, obs. ROUQUET ; *Gaz. Pal.* 2001, p. 1404, obs. BRAULT ; *JCP G* 2000, IV, 2224 ; *JCP N* 2000, act. 1095 ; *JCP E* 2000, 1110.

¹⁷⁵ Il a été jugé en matière de mise en demeure de payer que « l'envoi de l'état récapitulatif des travaux exécutés ne constitue pas, en soi, mise en demeure de les payer, Cass. 3e civ., 8 juin 1982, n° 81-12.273, *JurisData*, n° 1982-701237 ; *Bull. civ.* 1982, III, n° 144 ; dans le même sens, il a été jugé qu'une interpellation suffisante ne peut ressortir de la lettre type de l'assureur qui informe un assuré qu'il risque la résiliation de son contrat pour défaut de paiement car celle-ci lui « laisse la possibilité de ne pas résilier le contrat », Cass. 2e civ., 20 déc. 2007, n° 06-21.455, *JurisData* n° 2007-042040 ; *Resp. civ. et assur.* 2008, comm. 114

raison de la singularité du contrat en cause, la Cour de cassation a eu à décider que « l'appréciation du caractère suffisant de l'interpellation valant mise en demeure relève du pouvoir souverain des juges du fond¹⁷⁶ ». En plus du caractère « suffisant », l'interpellation doit être ferme et précise.

Une interpellation ferme et précise – L'interpellation que véhiculent les actions interrogatoires doit être de nature à exprimer manifestement la volonté de son auteur et ce, avec fermeté. Elle ne doit en effet pas prêter à confusion en ce qu'elle doit témoigner d'une clarté irréprochable. Ainsi une exaction interrogatoire qui ne porterait pas de façon clairement exprimée sur l'intention de son destinataire de procéder ou non à l'exercice de l'action en nullité pourrait ne pas être jugée ferme quant à son contenu, de sorte qu'elle sera déclarée nulle¹⁷⁷. Par ailleurs, si elle doit être ferme, le contenu de l'action interrogatoire doit également être précis. En effet si le tiers contractant du représentant met en demeure le représenté pour qu'il se prononce sur l'étendue des pouvoirs du représentant, il doit nécessairement indiquer avec précision les modalités du contrat projeté. Dans le même sens les modalités du contrat projeté doivent être précisées au bénéficiaire du pacte de préférence. Cette exigence pourrait être plus accrue en matière de confirmation de nullité dans la mesure où le cocontractant ne saurait confirmer le contrat nul sans connaître la cause d'une telle nullité. A défaut de pareilles précisions, l'action interrogatoire serait nulle¹⁷⁸.

Délai – le contenu de l'action interrogatoire fixe un délai dans lequel son destinataire est sommé de faire connaître sa position. En effet parce que l'action interrogatoire vise à fixer son auteur quant à sa situation au regard d'un contrat à conclure ou en cours d'exécution, le législateur a entendu limiter le temps d'incertitude de l'interpellant. La mention d'un délai dans lequel le mis en demeure doit exécuter son obligation¹⁷⁹ est ainsi une condition de

¹⁷⁶ Cass. com., 17 févr. 2015, n° 13-17.076, *JurisData*, n° 2015-003342. ; Cass. com., 5 oct. 1993, n° 91-13.921, *JurisData*, n° 1993-001876 ; *Bull. civ.* 1993, IV, n° 312 ; *JCP G* 1993, IV, 2524. ; Cass. 1re civ., 20 juin 1995, n° 93-16.959, *JurisData*, n° 1995-001599 ; *Bull. civ.* 1995, I, n° 267 ; *JCP G* 1995, IV, 2018

¹⁷⁷ Sur le caractère ferme de l'interpellation, il a été jugé que qu'un commandement aux fins de saisie-vente, ne peut être considéré un commandement aux fins de libérer les lieux. De ce fait, il ne peut produire d'effet dans le cadre d'une procédure d'expulsion, CA Douai, 8e civ., 10 mars 1994, *JurisData*, n° 1994-042847 ; *D.* 1994, somm. p. 337, obs. JULIEN P.

¹⁷⁸ Cass. 3e civ., 11 mai 1995, n° 93-18.317, *JurisData*, n° 1995-004266, arrêt rendu en matière de bail qui énonce que si un bailleur exige que le locataire effectue des réparations, il doit préciser lesquelles. Dans le même sens, Cass. 3e civ., 28 mars 1995, n° 93-15.645, *JurisData*, n° 1995-001771 ; *Rev. loyers* 1995, p. 397, où il est établi qu'un commandement visant la clause résolutoire n'est pas valable dès lors qu'il s'est borné à rappeler au preneur son obligation d'entretien, sans préciser la nature exacte des travaux requis.

¹⁷⁹ Parce que l'action interrogatoire régulièrement mise en œuvre fait naître une obligation sur la personne de son destinataire quand bien même elle ne serait pas contractuelle.

validité de l'action interrogatoire¹⁸⁰. Cependant on peut d'ores et déjà dire, à ce stade sans entrer dans les détails, que les trois nouvelles actions interrogatoires n'impartissent pas toutes le même délai à leur destinataire¹⁸¹.

Mise en garde – Si elle n'était pas assortie d'une sanction, l'action interrogatoire ne serait qu'un appel de l'interpellant à la bienveillance de son destinataire. En effet, c'est aussi l'objet de l'action interpellatoire de mentionner dans l'acte, l'existence d'une sanction pour le cas où le destinataire ne satisferait pas à son obligation de réponse. Une mise en demeure n'est pas seulement une interpellation pressante à faire quelque chose ; elle est aussi la promesse, explicite ou implicite, que si rien n'est fait dans le délai imparti, le destinataire doit craindre une sanction¹⁸².

En plus des conditions communes à toutes les actions interrogatoires, celles sont assujetties à des règles qui leurs sont particulières.

2- Les conditions particulières

La réponse du destinataire de l'action interrogatoire à la question qui lui est posée est enfermée dans un délai. Cependant ce délai n'est pas le même pour les trois types d'action. Si celle en matière de nullité exige un délai de 6 mois (b), les deux autres actions ne prévoient pas un délai déterminé. Néanmoins il doit être raisonnable (a). Par ailleurs, qui parle de délai parle de computation. Devront ainsi être déterminées les conditions relatives à la computation de ces délais (c).

a- Le « délai raisonnable » des articles 1123 et 1158

Appréciation du délai raisonnable – Le délai raisonnable est une notion aux contours flous. Il n'est pas aisé de l'appréhender avec précision. Néanmoins on pourrait y voir un « délai qui détermine un point d'équilibre entre les personnes concernées¹⁸³ ». Il est ainsi à distinguer du « délai raisonnable » traditionnel en matière processuelle qui traduit l'effectivité du droit d'accès au juge¹⁸⁴ et la protection juridictionnelle¹⁸⁵ dans la mesure où elle vise à réduire

¹⁸⁰ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op.cit.*, p.146

¹⁸¹ V. supra

¹⁸² CAYROL N., « Mise en demeure. Sommation. – Régime de l'acte de mise en demeure », *loc.cit.*

¹⁸³ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op.cit.*, p.146

¹⁸⁴ CADIET L., JEULAND E., *droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^e éd. 2016, n° 72 et s., n° 109, n° 519

¹⁸⁵ FRISON-ROCHE M-A., « Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice », *JCP* 1997. 4051.

l'accès au juge. Toutefois le délai raisonnable commun aux actions interrogatoires en matière de représentation et de pacte de préférence ne s'apprécie pas de la même manière car les intérêts en présence ne sont pas les mêmes. En effet si l'interpellant, dans les deux situations, souhaite de façon sécurisée conclure au plus vite le contrat projeté, le degré du risque encouru par le bénéficiaire du pacte de préférence est moindre par rapport à celui du représenté. Car, alors que le représentant risque d'être engagé en raison de son inertie par un acte qu'il n'a pas souhaité et dont les effets peuvent être énormes, le bénéficiaire du pacte de préférence risque simplement de perdre le bénéfice d'une préférence de négociation dont on n'est pas sûr qu'elle aboutisse à la conclusion du contrat. Ainsi donc en matière de pacte de préférence, pensons-nous, l'appréciation du délai raisonnable devrait dépendre de la prise en compte des intérêts du tiers cependant que dans la représentation fonctionnelle, ceux du représenté devraient prévaloir dans la détermination dudit délai. En outre, on pourrait aller dans le sens d'un auteur pour qui le délai raisonnable imposé au représenté interrogé devrait être plus court que celui accordé au bénéficiaire du pacte de préférence¹⁸⁶ du fait que dans un cas il est question de confirmer les pouvoirs du représentant, alors que, dans l'autre, il s'agit de se prononcer sur la procédure de préférence ou d'y renoncer. En tout état de cause, tout dépendra de l'appréciation souveraine des juges du fond.

La flexibilité du délai raisonnable – Il est heureux que le délai de réponse accordé à l'interpellé ne soit pas déterminé avec précision dans la mesure où il permet au juge, de ne pas tenir pour régulières les interpellations accordant un délai trop bref. Cela a le mérite en outre de prendre en compte les différences entre les contrats envisagés ainsi que les circonstances dans lesquels ils interviennent. Compte tenu de ces différences, il est donc difficile d'imposer un délai notamment lorsqu'il s'agit de contrats dont la valeur économique n'est pas stable¹⁸⁷. La durée du délai est donc adaptable en fonction des nécessités de l'espèce. Les juges du fond auront donc à rechercher un délai adapté, sûrement en ayant recours à la technique des personnes placées dans la même situation. Il n'en reste pas moins que l'usage du « délai raisonnable » peut être porteur d'insécurité juridique.

L'insécurité dans le délai raisonnable – L'insécurité réside dans le fait que le délai raisonnable est déterminé unilatéralement par le titulaire de l'action interrogatoire. Il est clair que dans ce cas il privilégiera ses intérêts au détriment de ceux de l'interpellé

¹⁸⁶ H. Croze, Une vision procédurale de la réforme des obligations, *loc. cit.*, p. 8

¹⁸⁷ VINEY F., « L'expansion du raisonnable dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable », *D.* 2016. 1940, n° 5

Le délai raisonnable ne concerne pas l'action interrogatoire en matière de nullité. Celle-ci contient un délai fixe de six mois.

b- Le délai de 6 mois de l'article 1183

La nature du délai de 6 mois – le délai en matière de nullité se distingue des deux autres en ce qu'il est imposé par la loi en plus d'être fixe. L'article 1183 accorde ainsi un délai de six mois à l'interpellé pour agir en nullité. Ce délai est expressément qualifié par le législateur de délai de forclusion. Celle-ci se traduit en procédure civile par la perte ou la déchéance du droit d'accomplir l'acte ou la formalité qui aurait dû être effectué dans le délai imparti par la loi, ainsi que l'inefficacité de l'acte ou de la formalité accompli hors délai. Ce délai vise à assurer le déroulement suffisamment rapide de la procédure de purge de la nullité relative. Il peut cependant sembler regrettable que le législateur en ait fait un délai de forclusion. Ce dernier n'a pas, à l'instar de la prescription, posé de règles relatives aux délais de forclusion. Ceux-ci n'étant pas, sauf dispositions contraires prévues par la loi, régis par le titre sur la prescription extinctive¹⁸⁸. Il apparaît dès lors qu'un certain flou entoure ce délai. Néanmoins on peut d'ores et déjà en dégager les règles de computation qui sont communes à tous les délais.

c- Les règles relatives à la computation du délai

La computation des délais pose en général le problème de leur calcul et de leur point de départ. En outre, la date de leur échéance ainsi que les causes d'interruption ou de suspension sont à déterminer.

Calcul et point de départ du délai – Les délais se calculent différemment selon qu'ils sont fixés en heures, en jours, en mois ou en années. Hormis l'action interrogatoire en matière de confirmation de nullité dont le délai clairement déterminé par le législateur est de 6 mois, les autres interpellations peuvent prévoir un délai raisonnable indiqué avec n'importe quelle unité de temps. Quel que soit le délai en présence et en l'absence de régime spécial, la computation se fait suivant les prescriptions des articles 640 et suivants du Nouveau Code de procédure civile¹⁸⁹. On s'étonnerait cependant que les délais raisonnables puissent être fixés en heures même si l'urgence de la situation le commande. En tout état de cause, le délai indiqué en heure est calculé en heure. Il serait cependant plus adapté que les délais raisonnables soient

¹⁸⁸ Art. 2220, C.Civ.

¹⁸⁹ FRICERO N. « Délais de procédure », JCI Procédure Civile, 2012, Fasc. 145, n°7

indiqués en heure à l'instar des différents délais légaux de procédure¹⁹⁰. Le calcul de ce délai se fait de jour à jour. « Chaque jour est constitué par un espace de temps qui s'écoule de zéro heure à minuit¹⁹¹ ». Lorsqu'ils sont indiqués en mois, les délais raisonnables s'alignent sur celui de l'interpellation en matière de nullité. Ainsi « Ils sont calculés de quantième à quantième, sans tenir compte de la durée réelle de chaque mois »¹⁹². Il pourrait également arriver que les délais raisonnables soient fixés en années quand bien même cette hypothèse en matière d'action interrogatoire ne se verrait sans doute que très rarement. Néanmoins en pareil cas, le jour anniversaire de l'année ou des années suivantes marque le terme, les années bissextiles n'étant pas prises en compte¹⁹³.

Par ailleurs, il est primordial de connaître la date à partir de laquelle le délai accordé en vue de la réponse de l'interpellé commence à courir. Le principe est que « Lorsqu'un acte ou une formalité doit être accompli avant l'expiration d'un délai, celui-ci a pour origine la date de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la notification qui le fait courir¹⁹⁴ ». Il apparaît donc que la date de la notification au destinataire de la mise en demeure interrogatoire soit en même temps celle du point de départ du délai imparti¹⁹⁵. Néanmoins du fait de l'existence de différents modes de notification, la Détermination de la date est soumise à un régime non unifié. En effet, lorsque la notification prend la forme d'une signification, sa date est celle du jour où elle est faite « à personne » ou « à domicile »¹⁹⁶ ou encore dans le cas mentionné à l'article 659, celle de l'établissement du procès-verbal. Dans le cas où il s'agirait par contre d'une lettre missive, la date de la notification serait à déterminer selon que l'on se situe du point de vue de l'expéditeur ou de celui du destinataire¹⁹⁷. Ainsi donc, la date de la notification pour l'expéditeur est celle de l'expédition¹⁹⁸ sachant qu'elle est déterminée par celle qui figure sur le cachet de la poste¹⁹⁹. A l'inverse pour le destinataire, la date de départ du délai est celle de la réception de la lettre. Il est à noter cependant que s'agissant des délais exprimés en jours, l'article 641, alinéa 1 du Nouveau Code de procédure civile pose

¹⁹⁰ Art. 490 et 496 NCPC

¹⁹¹ FRICERO N. « délais de procédure », *loc.cit.*, n°12

¹⁹² *Ibid.*, n° 11

¹⁹³ *Ibid.*, n° 12

¹⁹⁴ Art. 640, NCPC

¹⁹⁵ Il est à préciser que le point de départ du délai exprimé en heure est l'instant où sera survenue la notification. Celle-ci devrait donc mentionner l'heure à laquelle elle a été accomplie, CA Lyon, 10 nov. 1922, *DP* 1923, 2, p. 182. ; CA Orléans, 23 juin 1952, *D.* 1952, p. 753.

¹⁹⁶ Cass. 2e civ., 14 oct. 1994, *JCP G* 1995, II, 22469, note Du Rusquec E.

¹⁹⁷ Art. 668, NCPC

¹⁹⁸ NCPC, art. 668

¹⁹⁹ Art. 669, NCPC

une dérogation en ce que le jour de la notification ne compte pas dans le décompte du délai. C'est dire que le délai commence à courir au lendemain de la notification de l'acte²⁰⁰

Date d'échéance du délai – les délais exprimés par les actions interrogatoires ne sont pas des délais francs²⁰¹. C'est dire que le jour de l'échéance est compris dans le délai. En effet « tout délai expire le dernier jour à vingt-quatre heures »²⁰². Il arrive cependant que des délais soient « à rebours » du fait qu'ils sont calculés à partir d'un évènement futur²⁰³. En cela ils deviennent des délais francs. Cependant tel ne devrait pas être le cas du délai de réponse à l'interpellation dans la mesure où si l'expiration du délai imparti peut permettre la consolidation d'une situation juridique, il n'est pas certain qu'elle aboutisse à l'accomplissement d'un acte.

Causes d'interruption du délai : application de la règle *contrat non valentem* – L'article 1183 prévoit un délai de forclusion. Celle-ci est formulée au regard des caractéristiques d'un délai préfixé, en ce sens que sa durée est déterminée par avance. Par conséquent, qu'aucune cause de suspension ou d'interruption ne peut intervenir pour modifier le cours normal du décompte à la différence du délai de prescription²⁰⁴. Néanmoins, la Cour de cassation a assoupli ce principe en permettant l'application de l'adage « *contra non valence ager non curat prescription*²⁰⁵ » en cas de force majeure au délai de forclusion ou préfixé²⁰⁶. Ainsi donc, le destinataire de l'action interrogatoire en matière de nullité devrait pouvoir faire interrompre le délai de six mois en démontrant qu'il était dans l'impossibilité de prendre connaissance de l'interpellation et de la sanction encourue. La même possibilité devrait être accordée au destinataire des actions interrogatoires en matière de représentation ou de pacte de préférence. Le délai raisonnable propre ces deux interpellations n'est ni un délai de forclusion ni un délai de prestation²⁰⁷. Néanmoins la règle selon laquelle le délai est suspendu ou ne court pas « contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure » devrait leur être applicable.

²⁰⁰ V. en ce sens, CA Amiens, 20 mars 1970, *JCP A*, 1970, IV, 5718.

²⁰¹ Avant le code de procédure civile de 1975, les délais pouvaient être franc ou pas., Art. 1033 ancien CPC

²⁰² Art 642, NCPC

²⁰³ Pour une illustration, l'assignation doit être notifiée au défendeur quinze jours au moins avant l'audience, Art. 838 et 83ç, CPC.

²⁰⁴ HONTEBEYRIE A., « Prescription extinctive », *RTD. civ.*, 2016, n^{os} 49 s

²⁰⁵ ROLAND H., BOYER L., *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, n^o 60.

²⁰⁶ Req. 25 nov. 1946, *D.* 1948, p. 321, note HOLLEAUX D. ; Civ. 2^e, 8 sept. 2016, n^o 15-23.041, *AJ fam.* 2016 p.491, obs. HOUSSIE J.

²⁰⁷ Le délai de prescription étant la durée au-delà de laquelle une action en justice, civile ou pénale, n'est plus recevable.

Lorsque les conditions exigées pour la validité des interpellations sont réunies, celles-ci peuvent produire des effets qui sont de nature à consolider la situation juridique de leurs titulaires.

B- LES ACTIONS INTERROGATOIRES : UN MECANISME AUX EFFETS CONSOLIDATIFS.

Chaque action interrogatoire porte en elle une sanction spécifique dont l'objet est la consolidation de la situation juridique de son titulaire. Cette sanction a pour cause le silence gardé par l'interrogé jusqu'à l'expiration du délai qui lui est imparti. Elle se manifeste tantôt par une fin de non-recevoir (1), tantôt par une présomption d'habilitation (2)

1- La genèse de fin de non-recevoir

La notion de fin de non-recevoir – La fin de non-recevoir s'entend de « tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir²⁰⁸ ». Il s'agit donc de ne pas permettre à l'interpellé qui n'aura pas accompli les diligences nécessaires en vue de la réponse demandée, de soulever l'irrégularité de l'acte. Elle présente ici la caractéristique d'empêcher une discussion sur le fond d'un litige avec la précision que cet empêchement n'est pas la conséquence de l'irrégularité d'un acte de procédure ou même d'un incident de l'instance. Cependant cette sanction n'est pas caractéristique de toutes les actions interrogatoires. En effet s'agissant de celle en matière de représentation, l'article 1158 consacre plutôt qu'une fin de non-recevoir, une présomption irréfragable, dès lors que le texte indique qu'à défaut de réponse du représenté, « le représentant est réputé habilité à conclure ». La sanction s'applique dès lors aux seules actions en matière de pacte de préférence et de nullité.

La fin de non-recevoir en matière de nullité – L'article 1183 répute « confirmé » le contrat du fait de la forclusion qu'il attache au silence du bénéficiaire, laquelle est une fin de non-recevoir. Cependant le doute quant à la réalité de cette sanction peut exister du moment où l'article utilise le terme « réputé » qui laisse la porte ouverte à la présomption. Une telle analyse devrait néanmoins être écartée. C'est qu'en effet, l'usage de ce terme ne doit être considéré que comme une exigence didactique car « si le silence fait que “ le contrat sera réputé confirmé ”, l'appel implicite à la notion de présomption par l'emploi du « réputé »

²⁰⁸ Art. 122, CPC, *V. en ce sens*, HERON J., BARS T. Le, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^e éd., 2012, n°143 et s.

ajoute peu, sinon rien, au fait que l'abstention du titulaire de l'action lui en fait perdre le bénéfice »²⁰⁹. Il en est d'autant plus ainsi qu'il est inutile de recourir à la présomption alors que l'abstention au bout d'un délai de six mois rend forclos l'interpellé à critiquer le contrat. La mention de la « forclusion » qui est bien une fin de non-recevoir a pour conséquence que le contrat à l'origine de l'action interrogatoire se retrouve confirmé. Cette sanction paraît automatique du fait qu'elle est encourue du seul fait du non-respect du délai de six mois. Ceci est d'autant plus vrai que la fin de non-recevoir tirée de la forclusion à demander la nullité du contrat est accueillie sans même que l'interpellant ait à justifier d'un grief²¹⁰. Par ailleurs, peu importe que l'absence de réponse soit le fait de l'interpellé lui-même ou de son représentant. La déchéance frappe l'interpellé qui a pour seul recours l'action en responsabilité contre son mandataire, car il pourrait être reconnu la faute de ce dernier pour avoir omis de fournir la réponse à l'action interrogatoire ou pour s'y être limité sans demander la nullité dans le délai de six mois²¹¹.

La fin de non-recevoir en matière de pacte de préférence – Il est à noter par ailleurs que l'existence d'une fin de non-recevoir n'est pas propre à l'inobservation du délai en matière de nullité. En effet, dans l'interpellation propre au pacte de préférence également, l'écoulement du délai raisonnable imparti à l'interrogé est de nature à faire naître une fin de non-recevoir, même si l'article 1123 du code civil ne la prévoit pas expressément. En effet lorsqu'un contrat est intervenu en violation d'un pacte de préférence établi, le bénéficiaire peut agir en nullité de celui-ci ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Il s'agit donc bien là d'un droit d'action qui est reconnu au bénéficiaire du pacte de préférence. Cependant, lorsque le silence s'observe de la part de celui-ci jusqu'à l'expiration du délai que le titulaire de l'action interrogatoire lui a accordé, il ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou sa nullité. En cela l'article 1123 alinéa 4 consacre une perte du droit d'agir qui, aux termes de l'article 122 du code de procédure civile est une fin de non-recevoir. La sanction obéit ainsi aux mêmes règles que dans le cas de nullité. Notons cependant que si le bénéficiaire perd son droit d'action au profit de la sauvegarde des intérêts du tiers interpellant, il conserve néanmoins une action contre le promettant de sorte qu'il n'est pas totalement sans recours. En effet, la fin de non-recevoir laisse subsister la responsabilité du promettant qui, malgré l'effet sécurisant de l'action interrogatoire, a violé le pacte qu'il avait consenti. On peut s'étonner cependant de ce que le bénéficiaire, bien qu'il ait

²⁰⁹ LAGARDE X., « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », *loc.cit.*, p.715

²¹⁰ Cass. 2e civ., 11 juill. 1977, *Bull. civ.* II, n° 182 ; *RTD civ.* 1978, p. 419, obs. PERROT R.

²¹¹ *V. en ce sens*, Cass. 1re civ., 9 déc. 1974, *Bull. civ.* I, n° 327.

indirectement permis la conclusion du contrat avec le tiers pour cause de l'écoulement du délai de réponse de son propre fait, soit en mesure de réclamer des dommages et intérêts au promettant. Mais cela se comprend bien d'après certains auteurs pour qui lorsque le pacte de préférence avait prévu une certaine procédure à suivre, que celle-ci ait été écartée par l'action interrogatoire. Pour eux en effet, « le bénéficiaire doit pouvoir obtenir la sanction auprès du promettant : même si le premier n'a pas répondu à l'action interrogatoire, il n'en demeure pas moins que le pacte de préférence a été violé par le second²¹² ».

La possibilité d'écarter la fin de non-recevoir – les articles 1123 alinéa 4 et 1183 alinéa 1 établissent des fins de non-recevoir qui s'analysent en des forclusions du fait de l'écoulement des délais impartis. Cependant il arrive que des circonstances permettent de ne pas tenir compte de l'expiration des délais, faisant ainsi obstacle à la sanction prévue. Il s'agit du relevé de forclusion par laquelle le juge pourrait permettre au destinataire de l'action interrogatoire de se prononcer sur la préférence ou d'introduire une action en nullité et ce, après l'expiration du délai. En principe, le relevé de forclusion n'intervient que dans les situations prévues par la loi et se manifeste à travers des moratoires. Cependant de tels moratoires ne sont pas prévus par le législateur en ce qui concerne les actions interrogatoires. Néanmoins on pourrait se retourner vers la jurisprudence, la jurisprudence qui reconnaît qu'une personne puisse échapper à la déchéance lorsque son inaction dans le délai indiqué est due à un événement de force majeure²¹³. En ce cas, l'interpellé devra justifier qu'il était dans l'impossibilité totale d'agir, en raison d'un événement imprévisible, irrésistible et insurmontable.

Toutefois la genèse de fins de non-recevoir n'est pas la seule sanction possible. L'interpellation en matière de représentation donne lieu à une présomption d'habilitation.

2- L'existence d'une présomption d'habilitation

Lorsqu'il est effectué dans le strict respect des pouvoirs qui sont accordés au représentant, l'acte conclu par ce dernier produit ses pleins effets dans le patrimoine du représenté. Pour s'en assurer, le tiers contractant dispose de l'action interrogatoire qui lui permet d'enjoindre le représenté de confirmer les pouvoirs de son contractant dont il doute de la réalité. Seulement, à la différence des actions interrogatoires des articles 1123 et 1183, celle en matière de représentation n'instaure une fin de non-recevoir que dans le cas où l'interpellé laisserait

²¹² DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op.cit.*, p.148

²¹³ Cass. crim., 21 oct. 1943, *DA* 1944, p. 11

s'écouler le délai raisonnable imparti sans s'acquitter de son obligation de réponse. En effet la fin de non-recevoir n'est ouverte que là où une action est ouverte. Or, en matière de représentation conventionnelle, aucune action n'est ouverte au représenté lorsque le reprenant à agi dans la méconnaissance des limites de son habilitation. En pareil cas, l'acte « est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté²¹⁴ ». Sans avoir donc un droit d'agir, il peut ignorer l'existence de l'acte quand bien même celui continuerait à produire ses effets entre le tiers et le représentant. On balancerait ainsi donc vers une autre sanction qui s'analyserait en une présomption irréfragable d'habilitation.

Une présomption d'habilitation – Lorsque l'article 1158 alinéa 2 du code civil mentionne « qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte », on ne peut que penser que le législateur a entendu induire une habilitation tacite du silence du représenté. Ceci est d'autant plus concevable que l'article ne fait pas mention d'une autre sanction à l'instar de l'interpellation en matière de nullité qui prévoit explicitement la forclusion. Certain auteur y voit une présomption de nature irréfragable qui rend ainsi impossible l'offre d'administrer la preuve contraire²¹⁵. Cette analyse est cependant critiquable dans la mesure où retenir la présomption irréfragable reviendrait à considérer le délai raisonnable impartie comme un délai préfixé de sorte qu'on y verrait une fin de non-recevoir. En effet la présomption irréfragable tout comme la fin de non-recevoir ont en commun d'empêcher toute discussion quant aux intentions du destinataire de l'action interrogatoire. La fin de non-recevoir empêche l'examen au fond tout comme la présomption irréfragable « ne souffre pas d'être renversée²¹⁶ ». Il serait donc préférable de ne pas y voir une présomption irréfragable. L'idée n'y est pas cependant de permettre au représenté, qui aura laissé couler le délai raisonnable sans produire sa réponse, de prouver ultérieurement le dépassement de pouvoir du représentant. Cela reviendrait à rendre l'action interrogatoire en matière de représentation conventionnelle sans réel impact et inapte à stabiliser la situation du tiers contractant. L'idée est en revanche de permettre, comme le préconise certains auteurs, « de

²¹⁴ Art. 1156 al. 1, C.Civ.

²¹⁵ LAGARDE X. « Entre contrat et procédure », *loc.cit.*

²¹⁶ Art. 1354, C.Civ.

prouver à la lumière de diverses circonstances qu'il établira, que son silence ne pouvait raisonnablement pas être interprété comme valant reconnaissance de l'habilitation²¹⁷ »

En toute hypothèse et en dépit de l'ambiguïté du nouveau mécanisme quant à son champ d'application, les actions interrogatoires paraissent être un outil porteur de sécurité à la fois pour l'interrogeant et l'interrogé en raison de ses conditions et de ses effets.

Toutefois, la légitimité du nouveau mécanisme est un sujet qui divise, raison pour laquelle est douteuse.

CHAPITRE II : LES ACTIONS INTERROGATOIRES : UN MECANISME A LA LEGITIMITE DOUTEUSE

Le nouveau mécanisme est très combattu dans sa légitimité (section I). En cela il est permis de douter de cette légitimité. Cependant nous tenterons de démontrer la réalité de la légitimité du mécanisme (section II).

SECTION I : UN MECANISME COMBATTU DANS SA LEGITIMITE

Les trois nouvelles actions interrogatoires introduites par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats ont un objectif louable. Parce qu'un acte irrégulier peut être néfaste au cours de son exécution, elles visent à assurer l'annihilation d'éventuelles conséquences tirées de cette irrégularité. Cependant bien que la négation du côté utilitaire de cette action ne soit pas à l'ordre du jour, elles ne reçoivent pas une approbation générale de la part des commentateurs. Tantôt on y voit un mécanisme illégitime (A), tantôt elles sont porteuses d'insécurité juridique (B)

A- L'ILLEGITIMITE DENONCEE DU MECANISME

Certains acteurs n'ont pas manqué de dénoncer une certaine illégitimité du mécanisme des actions interrogatoires. Ils y voient un mécanisme ambigu dans son esprit (1) mais aussi une atteinte portée à des principes fondamentaux du droit (2).

²¹⁷ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op.cit.*, p.254

1- L'ambiguïté du mécanisme

Une qualification inopportune – Tout d'abord il est à noter que l'appellation d'« actions interrogatoires » donnée au nouveau mécanisme prête à confusion²¹⁸. Elle pourrait donner à croire qu'il s'agit là d'action en justice. Tel n'est cependant pas le cas. Certes le codificateur de 2016 n'avait pas entendu donner une telle dénomination au nouveau mécanisme en ce qu'il se limitait simplement à parler de « demande écrite ». Cependant les rédacteurs du rapport adressé au Président de la République en ont fait mention de sorte que toute la doctrine l'a reprise. Ainsi donc l'illégitimité du mécanisme est à voir d'abord dans la confusion que nourrit la notion d'« action interrogatoire » qui rattache au droit processuel et ce, à deux niveaux au moins. En premier, le droit procédural connaît déjà une action interrogatoire qui n'intervient pas dans le même esprit que celui du codificateur de la réforme du droit des contrats. En effet, elle désigne en matière processuel, l'action qui permet à une personne de presser une autre à qui est reconnu un droit d'option « soit de déclarer si elle entend ou non user d'un droit, soit d'opter entre plusieurs partis qui s'offrent à elles dans l'exercice de son droit²¹⁹ ». Elle se rapproche ainsi de celles en droit des contrats de par leur objectif qui est celui de mettre un terme à une situation d'incertitude. Mais elle s'en distingue du fait qu'elle nécessite en principe la saisine du juge dans la mesure où celui-ci est appelé à se prononcer immédiatement sur un droit indépendamment de tout intérêt né et actuel²²⁰. En second, les actions interrogatoires en droit des contrats sont un mécanisme extrajudiciaire cependant que le terme « action » traduit la possibilité de trouver la solution à une situation litigieuse à travers un procès²²¹. Il s'agit ainsi du « droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée²²². Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien fondé de celle-ci ». Il est apparu que l'action devait être distinguée du droit lui-même²²³. Or l'appellation d'« action interrogatoire » en droit des contrats renoue avec l'idée fortement critiquée que l'action n'est pas autre chose que le droit lui-même. En effet dans la configuration des articles 1123, 1158 et 1183, il s'agit d'un droit substantiel d'interpellation qui s'exerce indépendamment de toute action. Ceci est d'autant plus vrai que lorsque l'interpellé faillit dans la production de sa réponse à l'interrogation, l'interpellant ne peut pas directement saisir le juge afin qu'il constate la défaillance. Il ne peut donc faire valoir

²¹⁸ FONTMICHEL M. DE, « les nouvelles actions interrogatoires, *op.cit.*

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé, op.cit.*, p. 267

²²¹ JEULAND E., *Droit processuel general, LGDJ, 3^e éd, 2014, n°269*

²²² Art. 30, CPC.

²²³ JEULAND E. *Droit processuel general, op.cit.*, n°272

cette défaillance que dans le cas où le destinataire de l'action interrogatoire tenterait de mettre en œuvre le droit dont il se retrouve déchu. Néanmoins s'il est admis que l'action c'est aussi le droit pour le défendeur de discuter le bienfondé de la prétention du demandeur, il peut être concevable de penser que l'exercice du droit substantiel d'interpellation n'est parachevé que par l'exercice d'une action en justice qui s'analyse en une défense lors d'un procès. En tout état de cause les commentateurs ont retenu que les actions interrogatoires n'ont d'action que le nom. Pour éviter une confusion sans doute faudrait-il leur préférer les expressions « d'interpellation interrogatoire²²⁴ », ou de « mise en demeure interrogatoire »²²⁵. A tout le moins il faudrait garder à l'esprit qu'il s'agit d'un mécanisme entièrement extrajudiciaire²²⁶.

Un mécanisme « auto contentieux » – La réforme du droit des contrats s'inscrit dans une large campagne de limitation du contentieux²²⁷. Les actions interrogatoires visent en grande partie cet objectif. Étant un mécanisme nouveau en plus de présenter un grand intérêt pour son titulaire, il faut s'attendre à un exercice abondant de ces actions dans l'avenir. Cependant, il est douteux que l'objectif de limitation du contentieux qui participe de la justification de la légitimité du nouveau mécanisme soit atteint. En effet l'énonciation des actions interrogatoires intègre des notions qui seront très certainement sources de désaccord entre le titulaire d'une action interrogatoire et son destinataire. En l'occurrence les articles 1123 et 1158 enferment la réponse à l'interpellation dans un délai raisonnable lequel délai devant en outre être déterminé de façon unilatérale. Il s'agit là d'une notion cadre dont le contenu par essence indéterminé est laissé à la libre appréciation de l'interpellant. Il lui est donc loisible de ne pas tenir compte de l'environnement du destinataire de l'action ainsi que des circonstances de fait, de lieu, de temps qui pourraient impacter sur son temps de réponse. De ces observations on peut dire qu'il se concevrait mal que le mis en demeure de se prononcer dans un délai raisonnable admette de subir les exigences temporelles et potentiellement déraisonnables de l'interpellant. Ainsi il n'est pas déplacé de retenir que ces délais raisonnables en tant que « standard juridique²²⁸ », seraient une brèche trop importante par laquelle pourraient s'introduire les juges du fond afin d'opérer un contrôle portant sur le caractère raisonnable ou non du délai. En outre la computation des délais porte en elle son lot de contentieux. En effet le juge sera amené à se prononcer sur la régularité de la notification

²²⁴ BENABENT A., « Les nouveaux mécanismes », *loc.cit.*, p. 17 et s.

²²⁵ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op.cit.*, p. 144 et s.

²²⁶ Voir en ce sens, ROUHETTE G., « La réforme du droit français des contrats en droit positif. Préface », RDC 2009 p.267.

²²⁷ Voir le rapport au Président de la République

²²⁸ STURLESE B., « le juge et les standards juridiques » RDC, 2016, p.398 - 399.

de la mise en demeure dont la date est également celle du point de départ du délai indiqué. Il en est de même de l'appréciation des potentielles causes d'interruption du décompte notamment lorsque l'interpellé aura été empêché par la force majeure. Par ailleurs il ne faut pas perdre de vue que l'exercice des actions interrogatoires est enfermé dans des conditions strictes notamment l'exigence d'un écrit avec un contenu obligatoire. Ainsi dans l'hypothèse où l'interpellé contesterait le caractère suffisant de l'interpellation ou même la mise en garde qui l'accompagne, le contentieux qui en naîtrait atterrirait nécessairement chez le juge. De ces observations il ressort que l'objectif de restriction de l'accès au juge ne sera pas atteint grâce à ces actions interrogatoires.

Par ailleurs l'illégitimité du mécanisme trouve un argument fort, tiré de l'atteinte à des principes fondamentaux.

2- Une atteinte décriée à des principes fondamentaux du droit

Les actions interrogatoires visent à écarter le recours au juge dans les situations où elles interviennent. En cela et de par les moyens qu'elles mettent en place, elles sont jugées par une partie des commentateurs²²⁹ comme étant fondamentalement dangereuses en ce que d'une part, elles fragilisent la liberté d'action, d'autre part, elles raccourcissent les délais normaux d'action.

La fragilisation de la liberté d'agir – La liberté d'agir est pourtant un principe fondamental qui participe de la protection du justiciable. Il appartient ainsi à ce dernier de déterminer s'il entend ou non mettre en mouvement l'action qui lui appartient. En cela, nul ne devrait, en principe, être en mesure d'exiger de lui l'usage d'un droit dont l'exercice est laissé à son libre arbitre. L'action est en ce sens une prérogative d'exercice libre et facultatif²³⁰ qui implique avec le droit d'option « le pouvoir aussi bien d'agir que de s'abstenir » et ce pendant toute la durée de leur existence. Pour ces commentateurs les actions interrogatoires entraveraient le principe de la liberté de choix du justiciable « en venant contraindre une personne à se prononcer²³¹ » sur une option qui lui est pourtant ouverte. L'interpellation qui siège à l'article 1183 du code civil suffit à illustrer cette atteinte. En effet celle-ci permet au contractant de forcer le titulaire de l'action à agir dans un délai, qui plus est, très court par rapport au délai de

²²⁹ GIJSBERS C., « L'incidence des règles relatives à la nullité, à la caducité et aux restitutions », *loc.cit.*, p. 342, n°9 ; DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op.cit.*, p. 144

²³⁰ AMRANI-MEKKI S., STRICKLER Y., *Procédure civile*, PUF, 2014, n° 40

²³¹ *Ibid.*, n° 67

prescription normal qui est de cinq ans. Cette limitation du droit d'agir se fait également sentir dans les autres actions interrogatoires ou le défaut de réponse dans le délai accordé se traduit par la déchéance du droit de dénoncer l'irrégularité de l'acte en cause. Néanmoins on serait tenté de légitimer le nouveau mécanisme en le comparant à des situations où la force de la liberté d'action s'estompe également. On a à l'esprit les clauses de déchéance²³² ou les aménagements conventionnels du délai de prescription²³³. En effet les premières, à l'image des interpellations des articles 1123 et 1158, obligent un contractant à agir dans un temps délimité sous peine d'être déchu d'un droit. Les seconds quant à eux, raccourcissent le délai pour agir en justice à l'instar de l'article 1183.

On pense également aux clauses de forclusion²³⁴. Toutefois, un auteur nie cette ressemblance car selon lui, « tant les clauses de déchéance que les aménagements conventionnels du délai de prescription ou les clauses de forclusion, reposent sur un fondement consensuel qui légitime le raccourcissement du temps²³⁵ » cependant que ce consensus fait défaut aux actions interrogatoires. Le raccourcissement des délais conduisant à l'extinction du droit ou de l'action résulte ainsi de la seule volonté du titulaire de l'action interrogatoire.

Le raccourcissement des délais – Le point commun des actions interrogatoires réside dans le fait qu'elles obligent leur destinataire à « parler maintenant ou se taire à jamais²³⁶ ». Ainsi au lieu d'attendre dans l'incertitude qu'une personne se décide à agir, le titulaire du droit d'interpellation peut désormais et ce dans un très bref délai l'obliger à se prononcer. En ce sens, l'article 1183 fait courir un délai de forclusion d'un an à partir de l'exercice de l'interpellation. Ce délai nourrit l'idée de l'illégitimité de l'action interrogatoire en matière de nullité dans la mesure où le délai de prescription normale en matière de nullité relative est de cinq ans. Pour ces auteurs, il n'est pas admissible que « six mois » soit un délai suffisant pour l'exercice d'une action en nullité. L'argument est par ailleurs d'autant plus soutenable que la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 introduisant un article 2254 au sein du code civil prévoit que s'il est admis la possibilité d'une fixation conventionnelle d'un délai de prescription²³⁷, celui-

²³² *V. en ce sens*, BERHEIM-DESVAUX S., « La clause de déchéance de garantie », CCC, 2012, p. 43 et s.

²³³ Pour les aménagements conventionnels du délai de prescription, V. HONTEBEYRIE A., « Prescription extinctive » *loc.cit.*, n°616

²³⁴ Com. 26 janv. 2016, n° 14-23.285, *D.* 2016, p. 682, note FRANÇOIS J. ; *RTD civ.* 2016. p.368, obs. BARBIER H. ; *JCP* 2016. p.365, obs. BALAT N., cet arrêt admet la validité des clauses de forclusion

²³⁵ FONTMICHEL M. DE, « les nouvelles actions interrogatoires », *loc.cit.*

²³⁶ GIJSBERS C., « L'incidence des règles relatives à la nullité, à la caducité et aux restitutions », *loc.cit.*, p. 342, n° 9.

²³⁷ L'aménagement conventionnel de la prescription est interdit dans certaines matières. Par exemple, l'article L. 218-1 du code de la consommation dispose : « Par dérogation à l'article 2254 du code civil, les parties au contrat

ci ne peut en aucun cas être réduit en dessous d'un an²³⁸. Cette limitation maximum à un an devrait donc être considérée comme le seuil au-delà duquel l'insécurité prend place dans le rapport contractuel²³⁹. Comment concevoir alors dans ces conditions la légitimité de l'action interrogatoire en matière de nullité ? Les délais raisonnables des interpellations en matière de pacte de préférence et de représentation conventionnelle ne sont pas non plus en marge de toute critique. En effet l'objectif du délai raisonnable est ici dénaturé. Elle vise la restriction de l'accès au juge alors que sa nature originelle est d'assurer l'effectivité du droit d'accès au juge ainsi que de la protection des justiciables. Or dans la configuration des actions interrogatoires, il est retourné contre le justiciable. Néanmoins ces délais raisonnables sont plus admissibles que le délai de six mois de l'article 1183 en ce sens qu'il n'est pas prédéterminé, laissant ainsi au juge le pouvoir de restaurer l'équilibre des parties quant à sa fixation.

Par ailleurs, le doute quant à la légitimité des actions interrogatoires est également rendu possible par l'insécurité juridique qu'elle est susceptible de nourrir.

B- UN MECANISME PORTEUR D'INSECURITE JURIDIQUE

On redoute qu'on individu mal intentionné puisse avoir recours au mécanisme interpellatoire à des fins nuisibles. Ce risque d'instrumentalisation des actions interrogatoires (1) est de nature à nourrir l'illégitimité du mécanisme. On se demande par ailleurs si le nouveau mécanisme n'est pas de nature à porter atteinte aux principes de l'effet relatif des contrats (2) et d'autonomie de la volonté (3).

1- Le spectre de l'instrumentalisation des actions interrogatoires

Le risque du recours abusif actions interrogatoires – Les actions interrogatoires, si elles visent la consolidation d'une situation juridique contractuelle qui par nature est née de la rencontre d'au moins deux volontés, ne suivent pas la même logique en vue de leur exercice. En effet, leur mise en œuvre est un acte émanant d'une seule volonté qui plus est, dans la majorité des cas, celle d'un tiers. Cet unilatéralisme combiné aux effets de ces actions interrogatoires qui peuvent aller d'une présomption irréfragable d'acceptation à une

entre un professionnel et un consommateur ne peuvent, même d'un commun accord, ni modifier la durée de la prescription, ni ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de celle-ci »

²³⁸ MEKKI M., « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe *comply or explain* », *loc.cit.*, n° 1, p. 20.

²³⁹ *Ibid.*

déchéance pure et simple d'un droit de critique, ou à tout le moins à la reconnaissance d'un droit, peuvent susciter des intentions malsaines chez ceux qui sont les titulaires des actions interrogatoires. Lorsque la mise en œuvre d'une action interrogatoire rencontre l'abstention de son destinataire, elle permet à l'interpellant de se créer unilatéralement un droit invocable lors d'un procès contre l'interrogé. Concrètement, le prétendu représenté, par exemple, qui ne voudra pas subir les effets d'un contrat conclu en nom et pour son compte sans son accord se verra opposer par le tiers contractant une habilitation reconnue au représentant par l'effet de son abstention. Ainsi le titulaire d'une action interrogatoires, fort conscients de cette hypothèse, pourraient se laisser tenter par une duperie sous couvert de la loi.

Les textes qui introduisent les actions interrogatoires ne contiennent pas de dispositions propres à l'usage frauduleux de celles-ci. Ceci peut sembler bien regrettable encore que la théorie de l'abus de droit n'intègre pas cette nouvelle catégorie d'« action ». On devrait donc craindre une prolifération d'actions interrogatoires sans fondement véritable²⁴⁰ car, le titulaire d'une telle action peut l'exercer dans la seule intention de nuire à son destinataire. Il en ressort que les interpellations interrogatoires sonnent comme un appel à l'abus en raison de la possibilité de se créer unilatéralement un droit contre l'interpellé. En cela ces actions interrogatoires sont lacunaires au regard de leur objectif de sécurité juridique, ce qui nourrit davantage le scepticisme doctrinal quant à leur légitimité.

Fort heureusement, l'abus de droit ne paie pas.

L'application du régime de l'abus de droit – « La théorie de l'abus apparaît comme un moyen de résoudre les conflits entre les différents usages d'un même droit »²⁴¹. Il s'agit ici de l'hypothèse où le conflit vient de ce qu'un droit accordé pour la satisfaction de l'intérêt propre de son titulaire, en l'occurrence l'action interrogatoire, est détourné de sa fonction, par l'exercice malveillant qui en est fait au détriment d'autrui. L'abus de droit peut donc servir d'instrument de police contre les excès de l'usage des actions interrogatoires lorsqu'elles sont détournées de la finalité que leur assigne le législateur. Il sera de fait nécessaire de définir la finalité des actions interrogatoires afin de contrôler l'adéquation de leur l'exercice aux intentions de leur titulaire.

²⁴⁰ CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, op.cit.*, n°395

²⁴¹ CADIET L. TOURNEAU PH. LE, « Abus de droit », *RTD civ*, 2016, n°35

Lorsque l'abus du droit d'interpellation est caractérisé, il doit être sanctionné. Un simple comportement fautif voire une légèreté blâmable devrait être suffisant à caractériser l'abus²⁴². A l'instar de la sanction première de l'abus de droit, l'abus de l'usage d'une action interrogatoire pourrait se résoudre en l'allocation de dommages et intérêts. En effet, si l'exercice d'une action interrogatoire ne peut être à lui seul la source de la responsabilité de son titulaire, il est à noter que tout droit exercé dans des circonstances jugées abusives peut donner lieu à des dommages et intérêts²⁴³.

Au-delà de ce risque d'abus, l'insécurité que véhiculent les actions interrogatoires peut s'analyser en une atteinte au principe de l'effet relatif des contrats.

2- Une atteinte au principe de l'effet relatif des contrats ?

L'usage des actions interrogatoires aboutit à la naissance d'un droit au respect d'une situation juridique créée au profit de tiers. Il s'agit là de celles en matière d'acte préférence et en matière de représentation conventionnelle dont la titularité est offerte à un tiers. Or, les contrats sont censés n'avoir d'effet qu'entre les parties, c'est à dire celles qui ont effectivement donné leur accord à l'acte. Elles ne peuvent ainsi point nuire aux tiers ni leur profiter²⁴⁴. En effet cette règle qui résulte du principe de la relativité des contrats ou des conventions²⁴⁵ interdit à ce que les tiers soient tenus des obligations découlant du contrat. Réciproquement ils ne peuvent en principe être titulaires d'un quelconque droit en vertu du contrat auquel ils sont étrangers, de sorte qu'ils ne peuvent demander son exécution.

Cela dit cette règle de la relativité des conventions qui va de la sécurité juridique dans les rapports de droit ne peut pas être prise dans son sens plein. En effet, on peut être étranger à un contrat sans pour autant méconnaître celui-ci. En ce sens les personnes qui ne sont pas à l'origine de la formation du contrat doivent néanmoins tenir compte de l'existence de celui-ci, ce qui justifie entre autres que la violation du pacte de préférence soit sanctionnée.

En tout état de cause, on pourrait penser que les articles 1123 et 1158 véhiculent une certaine insécurité en ce qu'elles attentent au principe d'exclusion des tiers, en leur permettant d'être en mesure de faire naître par simple interpellation une obligation à la charge d'une partie. Cependant une telle interprétation en notre sens ne tiendrait pas au moins pour deux raisons :

²⁴² Civ. 2e, 10 janv. 1985, *Gaz. Pal.* 1985. 113.

²⁴³ Civ.1^{re}, 9 avril 2015, n° 14-11.853

²⁴⁴ Art 1165 ancien, C.Civ ; Art. 1199 nouveau, C.Civ.

²⁴⁵ Voir au sujet de l'effet relatif des conventions, BENABENT A., *Droit des obligations*, LGDJ, 15^e éd. N°253 et s. ; LARROUMET C., BROSS S, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat*, op.cit., p.860 et s.

L'origine du droit du tiers – la première raison tient à l'origine du droit du tiers. En effet si au titre de l'effet relatif des contrats, l'interdit consiste à ne faire naître aucun droit au profit des tiers en vertu du contrat, il est à noter que le droit du tiers qui découle des actions interrogatoires ne ressort pas de ce contrat. En effet, le droit du tiers découle ici d'une sanction légale que le législateur attache au comportement de la partie qui a fait l'objet de l'interpellation. Ainsi donc, c'est le comportement de l'interpellé qui est le facteur déterminant du droit du tiers de se prévaloir de la déchéance du bénéficiaire du pacte de préférence ou du représenté à dénoncer l'irrégularité de l'acte pris en méconnaissance leur droit.

La nature du droit du tiers – la deuxième raison tient à la nature du droit du tiers. En effet l'observation de la relativité des conventions interdit que les tiers puissent invoquer une obligation contractuelle ou une prestation à leur égard. Ce droit peut s'analyser en un droit substantiel. Or le droit que confèrent les actions interrogatoires au tiers en matière de représentation conventionnelle ou de pacte de préférence est un droit procédural. En ce sens il ne peut être soulevé qu'à l'occasion d'une instance au cours de laquelle celui à qui il est opposé voudrait le droit duquel il est déchu. Il s'agit ainsi d'un droit défensif par lequel le tiers pourra s'opposer à la contestation émise par le bénéficiaire du pacte de préférence ou du représenté. Qui souhaite écarter les conséquences de l'acte juridique conclu à son égard.

Fort de ces observations il y a lieu de ne pas envisager une éventuelle faille de sécurité relativement au principe de l'effet relatif des conventions.

3- Une atteinte au principe de l'autonomie de la volonté

L'exercice d'une action interrogatoire met à la charge de l'interpellé une obligation dont il doit s'acquitter envers le titulaire de l'action. Cette obligation, qui s'acquiesce par la production d'une réponse dans le délai fixé, est susceptible d'aller à l'encontre du principe de l'autonomie de la volonté. La problématique vise les trois mises en demeure en même temps. Car voilà dans les trois hypothèses une personne qui est tenue envers une autre, alors même qu'aucun contrat ou engagement unilatéral ne prédétermine son obligation. Or le principe de l'autonomie de la volonté veut que l'existence d'une obligation soit originaire de concessions réciproques qui sont la manifestation de la volonté des contractants. C'est dire qu'il ne saurait y avoir d'obligation sans volonté. Cependant les actions interrogatoires ne respectent pas cette logique. Donc cela se conçoit bien en notre sens, de sorte qu'il n'y a pas lieu de faire mention à ce stade d'une atteinte au principe d'autonomie de la volonté. En effet à l'instar du droit du

tiers interpellant à se prévaloir de la déchéance, l'obligation de réponse à la charge de l'interpellé ne découle pas d'un contrat ; aussi vrai que le principe d'autonomie de la volonté ne soit pas toujours inhérent au contrat²⁴⁶. L'obligation en question émane d'une prescription légale qui est la résultante de l'exercice d'une prérogative reconnue à l'interpellant. Cette prérogative s'analyse en un droit qui existe indépendamment de tout contrat existant qui le justifie. En conséquence l'obligation de réponse n'est pas une entorse à l'autonomie de la volonté.

En tout état de cause nous pensons que la légitimité du nouveau mécanisme ne fait pas défaut.

SECTION II : LA REALITE DE LA LEGITIMITE DU MECANISME

Les actions interrogatoires sont, en notre sens, un mécanisme légitime. En effet les moyens de leur illégitimité ne sont pas fondés (A). Par ailleurs elles se justifient par un besoin supérieur de sécurité juridique (B).

A- L'ABSENCE DE FONDEMENT DES MOYENS D'UNE ILLEGITIMITE DES ACTIONS INTERROGATOIRES

La légitimité des actions interrogatoires peut être établie dans la mesure où ces critiques peuvent être considérées comme non fondées. C'est dire qu'il n'y a pas là d'atteinte portée à des principes fondamentaux (1). De plus les sanctions établies par le législateur ne sont pas le principe. Elles participent en effet d'un régime dérogatoire (2).

1- L'inexistence d'une atteinte à des principes fondamentaux

A ce niveau, la grande critique adressée aux actions interrogatoires quant à leur légitimité est qu'elles portent atteinte à la liberté d'agir en justice qui se traduit par un infléchissement des droits d'action et d'option mais aussi, par le raccourcissement du délai de prescription²⁴⁷.

Le droit d'action ou d'option – s'agissant de l'action interrogatoire en matière de représentation conventionnelle, l'interpellation du représenté n'a pas pour effet de faire naître une fin de non-recevoir. De fait aucune atteinte à l'action en justice n'est observée. C'est le droit substantiel qui est en cause, du fait qu'il résulte du défaut de diligence du représenté une

²⁴⁶ LAROMET C., BROS S., *Traité de droit civil : Les obligations, le contrat, op.cit.*, n°97

²⁴⁷ V. supra

présomption d'habilitation²⁴⁸. De plus l'article 1156 du code civil dispose que « L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté ». Cette inopposabilité fait que le supposé représenté est admis à ignorer l'existence de l'acte ainsi que ses effets. Il n'a donc pas besoin de se voir reconnaître une action en justice pour contrer l'acte. L'action interrogatoire ne se heurte donc ici à aucun principe relevant de l'action en justice ou du droit d'option. En tout état de cause, si le représenté disposait d'une action en nullité – car il semble que cela puisse être le cas²⁴⁹, ce qui lui ouvrirait un délai de cinq ans pour exercer une action en nullité – l'action interrogatoire n'aurait pas d'effet négatif. En effet l'action interrogatoire en matière de représentation conventionnelle est possible seulement dans le cas où le tiers « s'appert à conclure » l'acte. Or en l'absence d'acte établi il ne peut y avoir d'action en nullité ouverte. Il n'est donc pas que question d'obliger le prétendu représenté à prendre dans un délai raccourci un parti qu'il aurait pu prendre plus tard.

Quant à l'action interrogatoire en matière de pacte de préférence elle met en notre sens bel et bien en place une fin de non-recevoir. Cependant elle découle du non exercice par le bénéficiaire de son droit d'option dans le délai raisonnable imparti. Ce qui est en cause donc, ce n'est pas l'action en tant que telle mais le délai. Mais il est à savoir que le délai raisonnable n'est pas ici systématiquement problématique dans la mesure où il n'est pas plus court que celui dont disposerait le bénéficiaire en l'absence d'interpellation. Pour s'en assurer, il faudrait déterminer au préalable le délai initial. Le problème qui se pose à cette fin est que la stipulation d'une durée n'est pas une condition de validité du pacte de préférence²⁵⁰. De fait il arrive souvent que celui ne prévoie pas un quelconque délai. Cependant il est admis qu'aussi longtemps que le promettant n'a pas pris la décision de conclure le contrat objet du pacte, le droit du bénéficiaire est perpétuel²⁵¹²⁵². Toutefois à partir du moment où le promettant a pris

²⁴⁸ V. supra

²⁴⁹ MAYER L., « Défense des actions interrogatoires introduites par la réforme du droit des contrats », *loc.cit.*, n°11

²⁵⁰ Cass. 1re civ., 6 juin 2001, n° 98-20.673, *JurisData* n° 2001-009932 ; *Bull. civ.* I, n° 166; *JCP G* 2002, I, 134, n° 1 s., LABARTHE ; *RTD civ.* 2002, p. 88, obs. MESTRE, FAGES ; p. 115, obs. GAUTIER

²⁵¹ MAYER L., « Défense des actions interrogatoires introduites par la réforme du droit des contrats », *loc.cit.*, n°10

²⁵² Certains auteurs ont pu cependant considérer que lorsqu'aucun délai n'a été prévu, le pacte ne doit pas être considéré comme indéfini dans sa durée. Il serait alors valable pendant 30 ans, VOIRIN P., « Le pacte de préférence », *JCP* 1954, I, 1192 ; FRANCK E., note ss Cass. 3e civ., 4 mars 1971, *D.* 1971, p. 358. Tel n'est cependant pas le cas lorsque le pacte est l'accessoire d'un bail plus long, Cass. 3e civ., 10 juill. 1969, *Bull. civ.* III, n° 575. En tout état de cause, l'absence de délai ne saurait contourner la règle de prohibition des engagements perpétuels dans la mesure où le pacte de préférence n'est pas un contrat à exécution successive. V. Art. 1210, C.Civ.

la décision de conclure le contrat objet du pacte de préférence, le bénéficiaire dispose du délai accordé par le promettant lui-même pour actionner son droit de préférence. A défaut d'indication d'un délai, le bénéficiaire dispose d'un délai raisonnable²⁵³. Or lorsque l'action interrogatoire est exercée, c'est parce que le promettant a prévu de conclure non pas avec le bénéficiaire mais avec une tierce personne, celle-ci voulant ainsi assurer l'exécution sans trouble du contrat projeté. C'est donc dire que le promettant n'a pas informé le bénéficiaire de sa décision. Encore moins ne lui a-t-il accordé un quelconque délai. C'est le délai raisonnable qui est applicable au bénéficiaire s'il désire revendiquer son droit de priorité. Or l'action interrogatoire en matière de pacte de préférence mais également en place un délai raisonnable, ce qui revient au même. Par conséquent et à juste titre la situation du bénéficiaire « n'est en rien dégradée lorsque c'est le tiers, en application de l'article 1123 du Code civil, qui l'informe de la décision du promettant »²⁵⁴.

Le délai de forclusion de six mois – Il est vrai qu'avec l'action interrogatoire en matière de confirmation de nullité c'est le droit d'agir qui est directement visé. L'article 1183 du code civil impose à l'interpellé d'agir en nullité dans un délai de six mois sous peine de forclusion. Cependant la critique ne porte pas ici sur le droit d'agir en tant que tel. Car, le choix est laissé à l'interpellé, il peut agir ou ne pas agir. Il ne lui est donc point imposé de prendre immédiatement un parti. La critique porte plutôt sur le temps raccourci. Celui est désormais de six mois lorsque l'action interrogatoire est exercée alors que le délai de prescription normal est de cinq ans. Néanmoins on ne conçoit pas cette réduction comme une source d'illégitimité en ce sens qu'elle viole un droit fondamental. En effet contrairement à ce qui a pu être affirmé²⁵⁵ nous pensons que le délai de prescription n'est pas un droit fondamental. Il n'existe pas de droit à l'écoulement de la prescription. Celle ne garantit pas « le droit de ne pas se décider pendant plusieurs années²⁵⁶. Cette conception est en déphasage avec le fondement de la prescription en matière civile. En effet dans une conception classique, la prescription est considérée comme un « mécanisme d'alignement du droit sur le fait »²⁵⁷. C'est dire qu'elle a pour effet de supprimer un droit lorsque la discordance de ce droit et du fait dure trop longtemps. La prescription agit donc lorsque le maintien d'un droit n'a plus de juste raison en

²⁵³ TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *op.cit.*, n° 195, note 2.

²⁵⁴ MAYER L., « Défense des actions interrogatoires introduites par la réforme du droit des contrats, *loc.cit.*, n°10

²⁵⁵ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op.cit.*, p. 337, pour ces auteurs, cette action interrogatoire fait que le cocontractant « se voit retirer son droit à une prescription de cinq ans »

²⁵⁶ MAYER L., « Défense des actions interrogatoires introduites par la réforme du droit des contrats », *loc.cit.*, n°15

²⁵⁷ HONTEBEYRIE A. « la prescription extinctive », *loc.cit.*, n°20 et s.

ce sens qu'il n'est pas réclamé. Dans une conception plus récente, la prescription s'analyse comme un « simple délai pour agir »²⁵⁸. Il ne s'agit plus, nécessairement, de supprimer une discordance entre le droit et le fait. Il s'agit plutôt de faire en sorte que les droits soient assortis d'une « durée de vie limitée »²⁵⁹. C'est en ce sens que s'analyse la définition de la prescription donnée par le codificateur. Celui-ci la conçoit comme « un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps »²⁶⁰. Ainsi il n'a jamais été question de faire du délai de prescription un droit fondamental et incompressible. Car la prescription est un effet attaché à un droit et se met en œuvre au bout d'un certain temps d'inaction. De plus, parce qu'elle se traduit par la perte d'un droit, la prescription est plus une sanction à l'encontre du titulaire d'un droit. Cette sanction est justifiée par la sécurité juridique et l'exigence de diligence du titulaire d'un droit²⁶¹. Aussi, le caractère de sanction de la prescription ainsi que la négation de son caractère fondamental en tant que droit justifient que le législateur puisse l'aménager à sa guise pour des intérêts supérieurs de sécurité juridique. Or précisément comme le souligne un auteur « la sécurité juridique du contractant qui désire être fixé sur la validité du contrat, mais également celle des tiers qui pourront s'être fiés à une apparence de validité, justifient amplement que l'on raccourcisse le délai dont dispose en principe le titulaire d'une action en nullité pour agir »²⁶². Il en ressort que la réduction du délai de cinq ans en un délai de six mois n'est pas insupportable au point de nourrir une illégitimité. De plus on peut y voir une certaine proportionnalité du fait que, si le titulaire du droit de critique n'a qu'un délai de six mois pour exercer son droit suite à l'interpellation, c'est parce qu'il bénéficie d'un avantage certain en ce que la cause de nullité lui a été révélée à l'avance.

De ces éléments nous pouvons dire qu'en toute hypothèse il est permis de ne pas adhérer à la théorie de l'illégitimité des actions interrogatoires.

Par ailleurs, les sanctions qui assortissent le défaut de diligence de l'interpellé ne sont pas le principe. Elles ont un régime dérogatoire.

2- Le régime dérogatoire de la sanction : « le silence ne vaut pas acceptation »

²⁵⁸ *Ibid*, n°21

²⁵⁹ *Ibid*, n°21

²⁶⁰ Art. 2219, C.Civ.

²⁶¹ MAYER L., « Défense des actions interrogatoires introduites par la réforme du droit des contrats », *loc.cit.*, n°15

²⁶² *Ibid.*, n°16

Les actions interrogatoires attachent un effet vigoureux au silence de celui à qui il est demandé de confirmer une situation juridique donnée. En effet lorsque les articles 1123, 1158 et 1183 énoncent respectivement « qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat », que « le représentant est réputé habilité à conclure cet acte », « qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé », le codificateur accorde une valeur particulière au silence observé. Tantôt on y voit une « acceptation », tantôt une « habilitation ». Or on le sait, qu'en principe en droit le silence ne vaut pas acceptation, qui ne dit mot ne consent pas. Néanmoins cette aptitude des actions interrogatoires à créer un effet juridique à partir du néant ne doit pas être de nature à nourrir une quelconque illégitimité du nouveau mécanisme. Le silence n'est certes pas créateur de droit²⁶³. Cependant l'effet attaché au silence de l'interrogé doit être rangé dans le tiroir des dérogations légales à ce principe

Le silence ne vaut pas acceptation – Sauf circonstances particulières, « le silence ne vaut pas acceptation²⁶⁴ ». Sur le terrain du contrat, l'acceptation est une condition de validité qui témoigne d'un consentement. Celui-ci nécessite la rencontre de deux volontés à travers une offre et une acceptation, laquelle offre s'analyse ici en une demande de la part de l'interpellant. L'acceptation peut être expresse ou tacite, mais ne doit pas être équivoque. Il apparaît dès lors que le droit refuse d'induire d'un silence une acceptation. Cette règle de principe a été posée au visa des articles 1101 et 1108 ancien du code civil dans un arrêt de cassation. Celui-ci énonçait en effet qu'« en droit, [...] le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée »²⁶⁵. Cette règle est reconduite dans un arrêt du 24 mai 2005 où la cour de cassation met en évidence le fait que « le silence ne vaut pas à lui seul acceptation »²⁶⁶. Par ailleurs, le silence gardé par l'interrogé peut être analysé comme une renonciation à l'exercice d'un droit. Cependant la jurisprudence a pu également admettre que les renonciations ne se présument pas. C'est dès lors seulement à la condition qu'il soit « accompagné de circonstances manifestant sans équivoque cette volonté de renonciation²⁶⁷ » qu'il peut produire un certain effet. Cette règle est également reconnue en matière processuelle ou en

²⁶³ BENSAMOUN A, « Précisions sur la place du silence en droit » *D.* 2006, p.1025

²⁶⁴ Art. 1120, C.Civ.

²⁶⁵ Cass. civ., 25 mai 1870, *DP* 1870, 1, p. 257 ; CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 11e éd., Dalloz, 2000, n° 147.

²⁶⁶ Cass. civ. 1re, 24 mai 2005, n°02-15188, *RDC*, 2005, p. 1005, obs. MAZEAUD D.

²⁶⁷ Civ. 1^{re}, 12 oct. 1977, n° 76-13.825, *Bull. civ.* I, n° 362.

dehors de quelques dérogations, le silence ne vaut ni aveu, ni acquiescement²⁶⁸. On peut ainsi dire que, quel que soit l'effet attendu, le silence n'est en principe pas générateur d'obligation. Néanmoins cette règle est assortie d'un certain nombre de dérogations dont le nombre est aujourd'hui augmenté par les actions interrogatoires.

Le silence vaut acceptation – Dans certaines circonstances, le silence observé devient signe d'éloquence et vaut alors acceptation. Il en est ainsi dans « le cas où la loi le prévoit, lorsque la convention des parties le prévoit, en cas de relations d'affaires antérieures, quand un usage professionnel lui accorde une telle signification et si l'offre est faite dans l'intérêt exclusif de celui auquel elle est adressée²⁶⁹²⁷⁰ ». Ainsi par l'intermédiaire des actions interrogatoires qui ont une origine légale, « qui ne dit mot consent ». Néanmoins le législateur n'établit aucune circonstance particulière qui fait que le silence du destinataire de l'interpellation produise un effet contre celui-ci. Il faut dès lors considérer qu'à partir du moment où la mise en demeure interrogatoire est régulièrement constituée et notifiée, le silence du destinataire devient éloquent.

En sus de ce qui précède, la légitimité du nouveau mécanisme est accrue par la nécessité du renforcement de la sécurité juridique dans les relations contractuelles.

B- LE RENFORCEMENT NECESSAIRE DE LA SECURITE JURIDIQUE DANS LES RELATIONS CONTRACTUELLES.

Les raisons qui justifient le besoin de renforcer la sécurité juridique dans les relations contractuelles sont diverses (2). Cependant, avant de les analyser il conviendra d'abord de voir en quoi consiste cette sécurité juridique dans les relations contractuelles (1).

1- L'appréciation de la sécurité juridique dans les relations contractuelles

Plus de sécurité dans le contrat, cela est une exigence essentielle. Il importe de souligner l'importance de la sécurité juridique. La sécurité juridique est indissociable de la notion de contrat « au point qu'elle pourrait presque se confondre »²⁷¹. Le contrat est lieu de

²⁶⁸ PERROT V. R., « Le silence en droit judiciaire privé », in *Mélanges Raynaud*, Dalloz Sirey, 1985, p. 627, spéc. n^{os} 10 s., p. 637

²⁶⁹ MAZEAUD D., note sous Cass. civ. 1re, 24 mai 2005, n°02-15188, *RDC*, 2005, p. 1005

²⁷⁰ V. *en ce sens* pour une énumération détaillée, FABRE-MAGNAN M., *Les obligations*, PUF, 2004, spéc. no 91, p. 38 ; LAUDE A., *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PUAM, 1992, spéc. N°s 128 et s.

²⁷¹ UBAUD-BERGERON M. « Sécurité juridique et contrats administratifs » *RDP*, 2016, n°3, p.779

prédilection de la rencontre d'intérêts antagonistes. En cela il est un acte de prévision et d'anticipation, ce qui a pour cause que « son régime est ainsi orienté vers un objectif de sécurité juridique »²⁷². Beaucoup de dispositions nouvelles issues de la réforme du droit des contrats peuvent être analysées comme des mécanismes de renforcement de la sécurité juridique. Les nouvelles actions interrogatoires en font parties. Cependant une qualification de la sécurité juridique s'impose afin d'éviter tout type d'amalgame au moment de l'appliquer aux actions interrogatoires car, elle un « principe général du droit aux multiples facettes »²⁷³. Il convient dès lors de parler non pas du principe de sécurité juridique mais des principes de sécurité juridique²⁷⁴.

Dans un sens général, la sécurité juridique répond à un impératif de protections des sujets de droit. Il s'agit là d'une protection contre les risques résultant de la difficulté d'accès au droit ou encore du défaut de clarté et de lisibilité du droit. De même la protection porte sur les incohérences et complexités du droit et de ses modifications trop fréquentes. En effet le droit français fait l'objet d'une production normative très importante à tel point que l'on parle d'explosion normative. La conséquence de ce surplus de norme en est l'altération de leur lisibilité ainsi que de leur cohérence. « La sécurité juridique est [est de ce fait perçue comme] un révélateur de cohérence et de validité des normes »²⁷⁵. Cet aspect est « le volet objectif du principe de sécurité juridique »²⁷⁶.

Cependant c'est l'aspect subjectif de la sécurité juridique qui colle avec les actions interrogatoires. En effet dans le contentieux contractuel que le mécanisme interpellatoire vise à éviter, c'est l'exigence de loyauté et de stabilité des relations contractuelles²⁷⁷ qui traduit la sécurité juridique requise. Ces exigences renvoient au principe de confiance légitime. La confiance légitime implique ici que le titulaire d'une action interrogatoire dispose d'un droit qui lui permet de garantir le maintien d'une situation juridique ainsi que la prévisibilité nécessaire pour l'exécution paisible du contrat. En ce sens le tiers au pacte de préférence ou le

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ CASSIA P., « La sécurité juridique, "un nouveau" principe général du droit aux multiples facettes », *D.*, 2006, p. 1190 et s

²⁷⁴ A cet effet un auteur a pu dire à raison que « les facettes du principe de sécurité juridique sont innombrables », CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien 2001, p. 106.

²⁷⁵ NIANE M. « L'exigence de sécurité juridique dans le recouvrement des créances » thèse Université Bordeaux 4, Université Gaston Berger, 2014, disponible sur <http://www.theses.fr/2014BORD0116>

²⁷⁶ CASSIA P., « La sécurité juridique, "un nouveau" principe général du droit aux multiples facettes », *loc.cit.*, p. 1191

²⁷⁷ Sur la notion de loyauté en droit, V. LAFaix J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *À propos des contrats des personnes publiques*, *Mél. L. Richer*, LGDJ, 2013, p. 365 ; BRECHON-MOULENES C., « De la loyauté de l'autorité publique contractante », in *Mouvement du droit public*, *Mél. F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 439

cocontractant du représentant qui pourraient croire légitimement à la régularité de l'acte qu'il s'apprête à conclure dispose d'un moyen sûr de s'en assurer. Ainsi ils ne s'engageraient pas pour rien dans un acte dont la survie ne dépendre n'est pas certaine. Et même si le contrat est déjà conclu l'action interrogatoire de l'article 1183 offre plus de sécurité à permettant à une partie de prévoir voire d'éliminer l'action de nullité de son contractant.

Si le besoin de renforcement de la sécurité juridique dans le contrat ne fait pas de doute, il faut déterminer les raisons qui le justifient.

2- La justification du besoin de sécurité juridique dans les relations contractuelles

Justification politique – « (...) Dans une économie mondialisée où les droits eux-mêmes sont mis en concurrence, l'absence d'évolution du droit des contrats et des obligations pénalisait la France sur la scène internationale (...) les rapports « Doing business » publiés par la Banque mondiale, mettant régulièrement en valeur les systèmes juridiques de Common Law, ont notamment contribué à développer l'image d'un droit français complexe, imprévisible, et peu attractif »²⁷⁸. Ce passage du rapport fait au Président de la République illustre bien le besoin de moderniser le droit français des contrats en vue de le rendre plus attractif. En effet les partenaires internationaux ont une certaine méfiance du juge. Il est vrai que même après la réforme l'attractivité ne gagne pas beaucoup en point du fait du renforcement des pouvoirs du juge dans certains domaines²⁷⁹. On pourrait citer, à ce niveau, la possibilité pour le juge après que les parties aient sans succès tenté d'adapter leur contrat à un changement de circonstances, de le réviser ou de le résilier. Néanmoins, d'autres dispositions sont favorables à l'éloignement du juge. Il en est ainsi des nouvelles actions interrogatoires. Elles participent ainsi du souci de rendre le droit français plus attractif. En effet un des objectifs du mécanisme interrogatoire est de limiter l'intervention du juge. A cet effet les actions interrogatoires accordent à leur titulaire les outils nécessaires pour parer un éventuel contentieux dont les conséquences pourraient être lourdes pour des investisseurs.

Par ailleurs l'intégration des actions interrogatoires dans l'environnement contractuel français procède d'une influence doctrinale assez forte sur les décideurs juridiques. En effet le mécanisme a été très largement intégré dans les divers avant-projets de réforme du droit des contrats de même que les Principes du droit européen du contrat qui ont servi de repère au

²⁷⁸ Le rapport au Président de la République, *loc.cit.*

²⁷⁹ SOBAY G. DE « L'attractivité du droit français des contrats : rêve ou réalité ? », 20 janv. 2017, disponible sur, <http://www.village-justice.com/articles/attractivite-droit-francais-des-contrats-reve-realite-Par-Gilles-Sorby,24019.html>, consulté le 01 juillet 2017.

législateur²⁸⁰. Toujours dans le même sens, le droit étranger a fortement influencé le législateur français en ce sens que le mécanisme de l'action interrogatoire, notamment en matière de représentation, est présent dans différents codes européens. C'est le cas ainsi en Allemagne²⁸¹, en Italie²⁸², en Grèce²⁸³ ou au Portugal²⁸⁴.

Cependant en dehors même de cette vision politique l'enjeu des actions interrogatoires est d'ordre économique.

Justification économique : Une analyse économique favorable au nouveau mécanisme –

La réforme du droit des contrats s'inscrit dans une large mesure dans l'idée d'adaptation du droit et de l'économie du marché. Or, dans le milieu économique la certitude est une base fondamentale qui vise à assurer la fiabilité des transactions. Cette certitude se traduit en droit et dans la réforme du droit des contrats par la recherche de la bonne information qui est sans doute à l'heure actuelle une préoccupation majeure du législateur. En ce sens de nouvelles dispositions militent pour l'accès à la certitude contractuelle. En guise d'exemple, il existe désormais une obligation précontractuelle d'information qui est d'ordre public²⁸⁵. Les parties ne peuvent donc l'aménager. De même, « la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie »²⁸⁶ est désormais clairement caractéristique d'un dol. Ainsi donc pour l'analyse économique du droit, le concept d'information est central à tel point que cette idée a fortement influencé l'appréhension des vices du consentement en jurisprudence et le développement des obligations d'information. Quand bien même la réforme ferait un grand pas dans la recherche de la bonne information²⁸⁷, il reste que la manifestation la plus concrète en ce sens réside dans les fameuses actions interrogatoires²⁸⁸. En effet dans le pacte de préférence, la représentation conventionnelle ou encore dans la confirmation de nullité, les actions interrogatoires permettent à leur titulaire d'agir sur le fondement d'une certitude. De fait le tiers au pacte de préférence ne risquera pas la substitution, le tiers contractant pourra contracter avec le représentant et le cocontractant ne subira pas la nullité. Si cette certitude est possible, c'est

²⁸⁰ Art. 1129-5 avant-projet Catala ; art. 83 projet de réforme du droit des obligations Terré ; art. 40, al. 1^{er}, et 95 projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie de 2008 ; art. 3 : 208 PDEC.

²⁸¹ § 177, 2^o, BGB.

²⁸² Art. 1399, 4^o, c. civ.

²⁸³ Art. 229; 233 c. civ.

²⁸⁴ Art. 260; 268 C. civ.

²⁸⁵ Art. 1121-1, C. Civ.

²⁸⁶ Art. 1137, C. Civ.

²⁸⁷ Il y a désormais une obligation d'information qui est d'ordre public puisque les parties ne peuvent ni la limiter ni l'exclure. Le dol est désormais clairement conceptualisé comme la dissimulation d'une information déterminante.

²⁸⁸ ROUVIERE F, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *loc.cit.*, p. 600

parce qu'ils auront reçu la bonne information grâce à l'action interrogatoire. « La certitude repose [donc] sur une information fiable²⁸⁹ ».

Par ailleurs, le législateur, pourrait-on dire, a voulu mettre en place une « gestion des risques contractuels²⁹⁰ » en s'inspirant du test de Wittman selon lequel « l'objectif du droit des contrats est de minimiser la somme du coût de formulation du contrat par les parties, du coût de sa formulation par les tribunaux et du coût des comportements inefficaces résultant des contrats mal rédigés ou incomplets²⁹¹ ». Ainsi, « la possibilité de connaître la position des parties ou des tiers sur la validité du contrat est une solution moins coûteuse que le problème initial, à savoir l'incertitude eu égard au sort de la convention²⁹² ».

Après l'étude du mécanisme des actions interrogatoires, il convient de voir si celles-ci sont opératoires au regard de l'objectif que s'est fixé le législateur.

L'exercice des actions interrogatoires se heurte à certaines difficultés qui font que leur efficacité en est ébranlée. Qu'en est-il vraiment ?

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ Expression employée par F. ROUVIERE

²⁹¹ MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd, 2008, n° 1333, p. 373

²⁹² ROUVIERE F, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats, *loc.cit.*

DEUXIEME PARTIE : LES DIFFICULTES D'APPLICATION DES ACTIONS INTERROGATOIRES : UNE EFFICACITE A CONSTRUIRE

Il ne fait point de doute que les actions interrogatoires s'opposent à des obstacles sérieux à tel point que leur efficacité future est déjà remise en cause. Toutefois si ces obstacles peuvent constituer un frein à l'efficacité du mécanisme (chapitre I), il est fort possible de construire le caractère opératoire des interpellations interrogatoires (chapitre II).

CHAPITRE I : UN MECANISME FREINE DANS SON EFFICACITE.

L'efficacité des actions interrogatoires est freinée par des obstacles qui sont de deux ordres. Ils sont d'une part, d'ordre juridique (section I). D'autre part, ce sont des obstacles d'opportunité (section II).

SECTION I : LES OBSTACLES D'ORDRE JURIDIQUE A L'EXERCICE DES ACTIONS INTERROGATOIRES.

Les obstacles juridiques se font sentir d'une part, au niveau du titulaire de l'action interrogatoire lorsqu'il s'agit d'exercer l'interpellation (A) ; d'autre part, elles s'opposent au destinataire de l'interrogation lorsqu'il s'agit de répondre (B).

A- LES OBSTACLES A L'EXERCICE DE L'INTERPELLATION

Le caractère volontaire du déclenchement des actions interrogatoires par leurs titulaires font obstacle à leur exercice (1). Cet exercice s'oppose par ailleurs à la théorie du mandat apparent (2), du moins concernant l'interpellation en matière de représentation conventionnelle.

1- Le caractère volontaire du déclenchement des actions interrogatoires.

Les actions interrogatoires offrent à leurs titulaires la « possibilité » de purger les contrats qui les font naître. Que ce soit en matière de pacte de préférence, de représentation conventionnelle ou encore de confirmation de nullité, le législateur a entendu faire de l'exercice des interpellations interrogatoires une faculté. En effet l'usage triple du verbe « pouvoir » dans les dispositions interpellatoires laisse entendre qu'il n'y a pas d'obligation, à la charge du tiers contractant ou de la partie à l'origine de la cause de nullité, d'exercer mise en demeure. Il s'agit donc d'une prérogative qui leur est ouverte dans leur propre intérêt. Cette prérogative pourrait s'analyser en une composante d'un droit subjectif à la sécurité, à l'image du droit de propriété qui offre à son titulaire trois prérogatives d'exercice libre et absolu : l'usus, le fructus et l'abusus. Au-delà on ne peut s'empêcher de penser que la reconnaissance de cette faculté est un frein à l'exercice des actions interrogatoires. En effet à la seule lecture des dispositions interpellatoires, il apparaît que ces « pouvoirs d'essence unilatérale²⁹³ » conférés par la loi peuvent ne jamais être mis en œuvre par leurs titulaires. De plus nul grief ne pourra être fait à ces derniers pour ne pas avoir mis en action le mécanisme préventif qui leur est accordé. L'objectif de sécurisation des situations juridiques créées serait ainsi quelque peu contradictoire à l'instauration de cette faculté d'exercice. Celle-ci pourrait s'inscrire dans un contexte de lutte contre le solidarisme contractuel, ce qui est tout le contraire de notre conception de ce que devraient être les actions interrogatoires.²⁹⁴

D'autres obstacles s'opposent aux actions interrogatoires notamment ceux en matière de représentation conventionnelle ou l'apparence peut justifier que le tiers contractant ne s'enquiert pas de la réalité des pouvoirs de son contractant.

2- L'opposition à la théorie du mandat apparent

L'action interrogatoire en matière de représentation conventionnelle permet au tiers contractant d'éviter une éventuelle inopposabilité du contrat au représenté en raison du

²⁹³ FENOUILLET D., « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? » *RDC*, 2011, n° 2, p. 644

²⁹⁴ V. infra

dépassement ou de l'absence de pouvoir du représentant. Cependant elle n'est pas le seul mécanisme dont le tiers contractant peut se prévaloir pour atteindre ce résultat. En effet le législateur apporte une exception déjà bien connue à ce principe de l'inopposabilité : le mandat apparent.

La théorie du mandat apparent - Aux termes de l'article 1156 alinéa 1 du code civil, « l'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté ». Cette exception légale participe d'une codification à droit constant. Elle était ainsi déjà bien connue en ce qu'elle résultait très clairement d'un arrêt d'assemblée plénière du 13 décembre 1962 qui énonçait que « le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute²⁹⁵ susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs²⁹⁶ ». De fait, la question se pose de savoir : si la théorie de l'apparence permet à une personne engagée dans un contrat où elle peut légitimement penser que son cocontractant agit pour le compte d'une autre personne, de se retrouver liée à celle-ci bien que son cocontractant n'ait pas été habilité en ce sens, à quoi bon exercer l'action interrogatoire ? Un contractant peu scrupuleux pourrait ainsi préférer miser sur le mandat apparent plutôt que de s'enquérir de la réalité des pouvoirs du représentant et risquer ainsi de ne pas pouvoir opposer le contrat au représenté. Cependant, on pense que le tiers contractant ne serait pas fondé à en faire une alternative de sorte à pouvoir invoquer la théorie du mandat apparent alors que la loi met à sa disposition un mécanisme préventif. Car, on pourrait distinguer le domaine de l'apparence et celui de l'interpellation de sorte que lorsque les circonstances sont établies, l'un ou l'autre des mécanismes s'appliquera.

Différence de domaine – Entre la théorie du mandat apparent et l'action interrogatoire, l'une est de nature à exclure l'autre. C'est dire que les deux notions n'ont pas un domaine d'application identique de sorte qu'il ne sera pas possible de reprocher au tiers contractant qui se prévaut de l'apparence, de ne pas avoir exercé l'action interrogatoire. En effet le caractère légitime de la croyance du tiers nécessaire pour engager le représenté sur le fondement d'un mandat apparent n'est caractérisé qu'à la condition que les circonstances autorisaient le tiers à

²⁹⁵ GHESTIN J., *Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3^e éd, 2012, n° 31217, avant 1962 « l'appel à la notion de mandat apparent a longtemps été admis dans les hypothèses où une faute du mandant avait créé la situation en cause.

²⁹⁶ Cass. ass. plén., 13 déc. 1962, n°57-11.569, *Bull.*, 1962, ass. plén.00

ne pas vérifier lesdits pouvoirs²⁹⁷. À considérer cette situation de fait, on peut penser qu'il s'agira de circonstances dans lesquelles le tiers contractant n'était à fortiori pas dans l'obligation de s'enquérir de ces pouvoirs directement auprès du représentant²⁹⁸. Dans ces circonstances en effet, l'élément déclencheur de l'action interrogatoire, à savoir le doute quant à l'étendue des pouvoirs du représentant, n'existe pas. Ces circonstances doivent résulter de la bonne foi du tiers. Par-delà, d'autres éléments peuvent les justifier²⁹⁹.

L'action interrogatoire n'est pas seulement perturbée dans son exercice. Elle l'est également dans la production de la réponse qui est exigée de la part de l'interpellé.

B- LES OBSTACLES A LA REPOSE A L'INTERPELLATION

La réponse à l'action interrogatoire peut s'opposer à l'existence d'une clause de confidentialité qui impose au bénéficiaire de taire toute information concernant le pacte de préférence (1). Il se peut également que le pacte de préférence ne contienne pas une offre de contrat (2). Cette situation fréquente est de nature empêcher l'interpellé de prendre position tel que l'exige l'interpellant.

1- L'intégration d'une clause de confidentialité dans le pacte de préférence

Il est bien fréquent que le pacte de préférence intègre une clause de confidentialité interdisant ainsi au bénéficiaire de dévoiler son contenu. Avant de voir l'articulation qui peut être faite entre les deux, attardons-nous un peu sur la notion de « clause de confidentialité ».

La clause de confidentialité – Dans la pratique il n'est pas rare que les acteurs économiques fassent de la protection du secret des affaires une priorité. Ainsi certaines données sensibles telles que « les savoir-faire, les fichiers clientèle, les méthodes de distribution, ou encore les informations en matière de recherche et développement³⁰⁰ », nécessitent une certaine protection contre les risques de divulgation d'informations. Cette protection se fait en principe en dehors de toute disposition légale par le biais de la clause de confidentialité. Elle est très

²⁹⁷ Cass. com., 5 oct. 1993, Sté Rematex, *JCP E*, 1993, n° 47, act. 1315

²⁹⁸ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op.cit.*, p.248

²⁹⁹ On a pu considérer que la croyance d'un marchand de biens professionnel qui exploite un cabinet d'affaire n'était pas légitime s'agissant d'un prêt signé par la directrice contrairement aux usages du commerce, Cass. 1^{er} Civ., 29 avr. 1969, *D*, 1970, 23, 2^e espèce, note CALAIS-AULOIS, cité par GHESTIN J., *Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, op.cit.*, n°31219 ; pour plus d'illustrations, *Ibid.*

³⁰⁰ JAOUEN M., « Négociations et obligation de confidentialité », *AJCA*, 2016, p.275

ressentie au stade des négociations précontractuelles qui précèdent la conclusion d'un contrat définitif. Cependant elle peut être stipulée sans considération de la phase contractuelle, que l'on soit dans les négociations du contrat définitif, dans son exécution et même après son extinction. Ainsi donc, « le but de la clause de secret, de confidentialité ou de discrétion, peu importe son nom, est d'ériger en faute la divulgation d'une information »³⁰¹ en imposant au débiteur un « devoir de se taire³⁰² ». Le manquement observé de la part du débiteur de la confidentialité peut, en plus d'ouvrir droit à des dommages et intérêts, emporter résolution du contrat³⁰³. Lorsqu'elle est stipulée dans un contrat, la clause de confidentialité est en principe valable sauf à considérer qu'elle ait pour objet de dissimuler des pratiques illégales telles que des pratiques restrictives de concurrence³⁰⁴. La clause détermine la nature des informations dont la divulgation est interdite ainsi que ses modalités. A travers la nature de ces informations, on peut avoir recours à deux types de clause de secret. D'une part, « la clause peut avoir pour objet les informations échangées entre les contractants et dont ces derniers auront nécessairement connaissance au cours du contrat. L'information a trait à l'objet du contrat, aux caractéristiques d'une chose remise à l'occasion de ce contrat ou encore à la personne du contractant³⁰⁵ ». D'autre part, la confidentialité peut porter sur l'existence même du contrat. Ainsi les parties s'obligeront à ne pas révéler son existence. On note un troisième type de clause cependant plus rare. Il s'agit de « la clause organisant la publicité du contrat. Elle prévoit les modalités de révélation aux tiers de l'existence et du contenu du contrat³⁰⁶ ».

En tout état de cause, il semblerait que cette confidentialité soit appelée à buter contre l'action en matière de pacte de préférence lorsqu'elle est exigée dans celui-ci.

Articulation entre clause de confidentialité et action interrogatoire – Lorsque l'interrogation qui siège à l'article 1123 du code civil est actionnée à l'encontre du bénéficiaire d'un pacte de préférence, ce dernier a obligation de confirmer l'existence de

³⁰¹ FAGES B., note sous CA Paris, 5^e ch. B, 14 févr. 1997, *JCP G* 1998, II, n° 10000

³⁰² En ce sens, VIVANT M., *Les clauses de secret*, in *Les principales clauses conclues par les professionnels*, Colloque de l'IDA, PUAM, 1991, p. 101 ; CASEAU-ROCHE C., *Les obligations post-contractuelles*, th. Paris I, sous la dir. J. GHESTIN, 2001, n^{os} 41-55, cités par, CASEAU-ROCHE C., « La clause de confidentialité » *AJCA* 2014, p.119

³⁰³ VALDELIÈVRE G., « La clause de confidentialité » *Lamy Droit civil*, 2016, N° 139

³⁰⁴ Pour la validité de la clause de confidentialité, Cass. 1^{re} civ., 12 avr. 1976, n° 74-11.730, *Bull. civ. I*, n° 124 ; Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1996, n° 94-17.369, *RTD civ.* 1997, p. 424, obs. MESTRE J.

³⁰⁵ VALDELIÈVRE G., « La clause de confidentialité » *loc.cit.*

³⁰⁶ *Ibid.*

l'accord préférentiel et son intention de s'en prévaloir sous peine d'être réputé consentant au contrat conclu avec un tiers. La réponse du bénéficiaire à l'interpellation suppose ainsi nécessairement que celui dévoile l'objet de la clause de confidentialité. Il apparaît dès lors que cette dernière soit incompatible avec l'action interrogatoire. Les auteurs du projet de réforme des contrats avaient perçu cette difficulté. Ainsi dans le projet de réforme, s'il appartenait au bénéficiaire de faire connaître l'existence du pacte pour préserver son droit d'agir en nullité ou en substitution, il lui était réservé le droit de ne pas répondre, lorsque celui-ci prévoyait une clause de confidentialité³⁰⁷. Seulement dans ce cas le silence observé par l'interpellé ne pouvait pas être retenu contre lui. Cependant cette « exception à l'exception³⁰⁸ » comme le souligne un auteur diminuait à la sécurité juridique qui est l'esprit de cette action interrogatoire en ce qu'elle la rendait presque improductive³⁰⁹. En effet cette exception aurait eu le mérite de rendre l'action interrogatoire sans portée majeure en ce sens qu'elle aurait largement réduit son champ d'application, du fait de la fréquence des clauses de confidentialité dans les pactes de préférence. De plus, elle aurait eu le démérite d'inciter les acteurs du contrat à insérer systématiquement cette clause dans le seul but de faire échec à une éventuelle interpellation de la part d'un tiers³¹⁰. Le bénéficiaire aurait ainsi été en mesure de ne pas répondre au tiers tout en conservant son action contre lui³¹¹. Fort heureusement et certainement dans le souci de ne pas tuer l'action interrogatoire en matière de pacte de préférence dans l'œuf, la version finale de l'ordonnance a supprimé cette exception de confidentialité. Néanmoins le problème ne semble pas être résolu dans la mesure où l'actuel article 1123 du code civil reste muet sur la question, de sorte que l'on ne sait pas, du moins pas encore, quelle interprétation adopter. En ce sens, un auteur estime que le tiers interpellant à qui serait opposée une clause de confidentialité pourrait passer outre cet obstacle en obtenant du juge des référés qu'il fasse lever l'interdiction de divulgation. Pour ce dernier une

³⁰⁷ Le projet de réforme du 25 févr. 2015 énonçait en son article 1125, al. 4 que : « Cet écrit mentionne en termes apparents qu'à défaut de réponse, le bénéficiaire du pacte de préférence ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers, ni la nullité du contrat, à moins que le pacte ne contienne une clause de confidentialité ».

³⁰⁸ MORTIER R., « Cession de droits sociaux - Pacte de préférence : codification à droit constant et institution légale d'une action interrogatoire », *RDS*, 2016n° 4, comm. 53

³⁰⁹ COURET A., REYGROBELLET A., « Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux », *loc.cit.*, n° 14 ; V. également MEKKI M., SEMERE T., « Les contrats préparatoires : un peu de consolidation, beaucoup d'innovations », *JCP N*, 2015, n° 47, p. 1208, n° 14

³¹⁰ MEKKI M., « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe comply or Explain », *loc.cit.*, n° 1, p. 20.

³¹¹ MOLFESSIS N., « La formation du contrat », *JCP G* 2015, suppl. au n° 21, p. 6 et s., n° 18 ; PUIG P., « La phase précontractuelle » *Lamy Droit et Patrimoine*, 2016, N° 258

telle hypothèse serait théoriquement possible en « raisonnant par analogie avec le droit des mesures d'instruction *in futurum*, (...) d'autant qu'une telle injonction n'est pas de nature à générer une atteinte grave au secret des affaires³¹² ». En ne doutant point de l'efficacité d'une telle solution, on n'en voit cependant pas l'intérêt pour le tiers interpellant. En effet. L'exercice de l'action interrogatoire par le tiers vise pour celui-ci à se préconstituer de bonne foi afin de ne pas subir une éventuelle nullité ou substitution. Dès lors que le tiers met en œuvre son droit d'interpellation sans intention malicieuse, ne suffit-il pas à le reconnaître de bonne foi bien qu'il se soit heurté à une clause de confidentialité et tant que l'action interrogatoire n'a pas abouti ? En tout état de cause, il est vraisemblable que l'existence d'une clause de confidentialité dans le pacte de préférence ne soit plus de nature à faire obstacle à la divulgation de l'existence de celui-ci par le bénéficiaire. Car, en toute logique avec notre vision selon laquelle l'interpellation de l'article 1123 du code civil devrait se limiter à la confirmation de l'existence du pacte de préférence et au fait de savoir si le bénéficiaire entend se prévaloir de la procédure de préférence qui lui est accordée, elle n'aura pas vocation à permettre au tiers d'accéder à des informations au sujet de son contenu substantiel précis. De ce fait, l'interrogation n'impliquera nullement de divulguer le contenu du pacte. Celui-ci pourra ainsi coexister avec une clause de confidentialité à moins toutefois que la confidentialité ne porte sur l'existence même du contrat de préférence.

Cependant si la clause de confidentialité peut ne pas faire obstacle à l'action interrogatoire, celle-ci peut être entravée par l'inexistence d'une offre dans le pacte de préférence.

2- L'inexistence d'une offre dans le pacte de préférence

Le contrat de préférence ne prévoit pas toujours les éléments substantiels du contrat projeté. De fait, lorsque le promettant accorde une préférence, le bénéficiaire n'a qu'un droit de se voir proposer prioritairement les négociations en vue de la conclusion du contrat définitif. Celui-ci ne connaît donc pas la teneur du contrat futur, du fait que le pacte de préférence ne contient en son sein aucune offre de contrat. Cette hypothèse peut être fréquente. Car, si la chose, objet du pacte, doit nécessairement être déterminée, il n'est en revanche nullement nécessaire que le prix ou la durée le soit. C'est la règle posée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 15 janvier 2003 : « la prédétermination du prix du contrat envisagé et la stipulation d'un délai ne sont pas des conditions de validité du pacte de

³¹² DUPICHOT P., « User des prérogatives contractuelles », *loc.cit.*, n° 8

préférence³¹³ » Or l'interpellation interrogatoire, reconnue au tiers qui envisage de contracter avec le promettant, intime au bénéficiaire de déclarer si oui ou non il entend se prévaloir du pacte de préférence. On a déjà eu à déplorer le fait que le législateur n'ait pas été d'une parfaite précision sur ce point en ce sens que l'expression « s'il entend s'en prévaloir » ne renvoie à rien. Cependant on peut concevoir que dans son esprit, il se référait au droit d'option que confère le pacte de préférence. Dès lors se pose la question de savoir comment le mis en demeure peut répondre à l'interpellation, c'est-à-dire confirmer l'existence du pacte de préférence et son intention de s'en prévaloir s'il n'a reçu aucune offre de la part du promettant. En effet l'interrogation fait force dans la mesure où si le bénéficiaire n'a reçu aucune offre de la part du promettant, son droit d'option en vue de la conclusion du contrat n'existe pas ou du moins il n'existe qu'en germe, ce qui conduit à distinguer le pacte de préférence du droit d'option qu'il fait naître.

Distinction entre pacte de préférence et droit d'option – l'accord de préférence donne naissance à un droit de préférence qui est susceptible de deux acceptions. Il peut en effet « être situé par rapport à deux contrats : celui, passé, qui le contient ; celui, futur, qu'il (qui le) prévoit »³¹⁴, en fonction de quoi il ne revêt pas la même nature. Il faut ainsi distinguer selon qu'il est « la simple résultante du contrat passé ou déjà l'instrument de la conclusion du contrat futur³¹⁵ ». Ainsi, d'une part, lorsque le promettant accorde une préférence sans l'assortir des éléments substantiels qui déterminent le contrat projeté, le droit de préférence « demeure un droit de créance passif et sa durée se confond avec celle du pacte de préférence³¹⁶ ». D'autre part, à partir du moment où le promettant émet une offre, et seulement à cette condition, naît un droit d'option au profit du bénéficiaire qui peut en user pendant toute sa durée.

Application de l'action interrogatoire au droit d'option - A supposer que le codificateur ait visé par l'action interrogatoire le droit d'option du bénéficiaire, faute d'avoir pris en compte la subtilité de la distinction de celui-ci d'avec le pacte de préférence, l'interpellation ne saurait trouver une réponse satisfaisante. C'est en effet que le bénéficiaire prendrait le risque de confirmer par sa réponse la conclusion d'un contrat dont il ne connaît pas la teneur. Excepté

³¹³ Civ. 3^e, 15 janv. 2003, n° 01-03.700, *D.* 2003. 1190, note H. KENFACK ; *AJDI* 2003. 702, obs. F. COHET-CORDEY ; *Bull. civ.* III, n° 9 ; *JCP* 2003. II. 10129, note E. FISCHER-ACHOURA ; *CCC* 2003, n° 69, note L. LEVENEUR ; *Deffrénois* 2003. 852, obs. R. LIBCHABER ; *RDC* 2003. 45, obs. D. MAZEAUD

³¹⁴ DURRY G., *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, *op.cit.*, n° 162, citée par LEQUETTE S., « Réflexions sur la durée du pacte de préférence », *loc.cit.*, n°4

³¹⁵ LEQUETTE S., « Réflexions sur la durée du pacte de préférence », *loc.cit.* n°4

³¹⁶ *Ibid.*

l'objet du contrat qui doit obligatoirement être connu, il n'est donc pas en mesure de bien murir sa décision de confirmer ou non le contrat futur. De fait, à obliger le bénéficiaire à répondre à l'interpellation sans avoir en main toutes les données économiques, il ne devrait pas lui être impossible de révoquer sa position, si ce n'est que la sécurité juridique prime sur tout. Cependant il serait bien regrettable d'envisager une telle possibilité dans la mesure où elle réduirait à néant l'intérêt de cette action interrogatoire. Ceci nous ramène à notre position selon laquelle la mise en demeure en matière de pacte de préférence devrait concerner simplement la procédure de préférence³¹⁷.

Les obstacles juridiques aux actions interrogatoires sont réels notamment en ce qui concerne le pacte de préférence. Cependant les actions interrogatoires s'opposent également à des obstacles d'opportunité.

SECTION II : LES OBSTACLES D'OPPORTUNITE A L'EXERCICE DES ACTIONS INTERROGATOIRES

Il n'est pas improbable qu'au moment d'exercice des actions interrogatoires, leurs titulaires s'interrogent sur l'opportunité d'un tel mécanisme. La question de l'opportunité se pose concernant les interpellations en matière de pacte de préférence et de conformation de nullité. Les conditions de ces actions interrogatoires sont en effet telles qu'il pourrait sembler plus sécuritaire pour leur leurs titulaires de ne pas les exercer. D'une part, ils pourraient ainsi pallier la difficulté de la double preuve de la connaissance et de l'intention du bénéficiaire par le tiers (A). D'autre part, la partie à l'origine de la cause de nullité pourrait vouloir ne pas prendre le risque de révéler l'existence d'une cause de nullité relative du contrat (B)

A- LA DIFFICULTE DE LA PREUVE DU PACTE DE PREFERENCE : L'IMPOSSIBILITE DE LA DOUBLE PREUVE DE LA CONNAISSANCE ET DE L'INTENTION DU BENEFICIAIRE PAR LE TIERS.

L'interpellation qui a son siège à l'article 1123 du code civil tend à prémunir le tiers d'une éventuelle sanction de la violation d'un pacte de préférence. En effet « lorsqu'un contrat est conclu en violation d'un pacte de préférence » c'est-à-dire sans que la conclusion du contrat définitif ait été d'abord proposée prioritairement au bénéficiaire de la préférence, l'alinéa 2 de l'article 1123 du code civil offre trois possibilités à ce dernier. En effet il peut demander

³¹⁷ V. supra

l'allocation de dommage et intérêts, l'annulation du contrat conclu avec le tiers, la substitution au tiers³¹⁸. Cet éventail de sanction légale de la violation du pacte de préférence participe d'une codification à droit constant. En effet en l'absence d'existence légale du pacte de préférence avant la réforme du droit des contrats, l'essentiel des sanctions était d'origine prétorienne. Il a depuis longtemps été admis que si la nullité et la substitution sont envisageables, c'est à une condition quelque peu difficile d'accomplissement. Il faut en effet démontrer que le tiers a été de mauvaise foi. La perspective de l'annulation du contrat conclu en violation d'un pacte de préférence par un tiers était admise sans difficulté bien avant la substitution³¹⁹. La possibilité de la substitution est apparue avec l'arrêt rendu par une chambre mixte de la Cour de cassation, le 26 mai 2006³²⁰³²¹. Cet arrêt a reconduit l'exigence de la preuve de la mauvaise foi du tiers en vue de l'application des sanctions prévues. Cependant il a été décidé dans cet arrêt que « si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ». L'administration de cette double preuve n'est cependant pas facile³²². De fait l'action interrogatoire pourrait se heurter à cette exigence probatoire. En effet, le titulaire de l'interrogation, conscient de cette difficulté, pourra en l'absence de toute obligation, préférer miser sur l'échec du bénéficiaire à rapporter la preuve de sa connaissance de l'existence du pacte et de son intention de s'en prévaloir. Il est vrai que cette solution serait plus profitable pour le tiers qui n'a pas à cœur la sauvegarde des intérêts du bénéficiaire, en ce sens qu'il ne s'exposerait pas au risque de se voir reconnaître de mauvaise foi et ainsi, subir les conséquences de son comportement. Il aurait fallu que législateur n'exigeât pas cette double

³¹⁸ Art. 1123 al. 2, C.Civ., « Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. »

³¹⁹ Cass. 3e civ., 26 oct. 1982, *Bull. civ.* 1982, III, n° 208 ; Cass. 3e civ., 10 févr 1999, *Bull. civ.* 1999, III, n° 37, *RTD civ.* 1999, p. 856, obs. P.-Y. GAUTIER

³²⁰ Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, *AJDI* 2006. 667 ; *D.* 2006. 1861, note GAUTIER, note MAINGUY ; *Ibid.* 2638, obs. AMRANI MEKKI, FAUVARQUE-COSSON ; *RDS* 2006. 808, note BARBIERI ; *RTD civ.* 2006. 550, obs. MESTRE et FAGES.

³²¹ La chambre commerciale a pu cependant laisser miroiter cette substitution en cas de collusion frauduleuse dans un arrêt en 1989, Cass. com., 7 mars 1989, *Bull. civ.* 1989, IV n° 79 ; *D.* 1989, p. 231, concl. M. JEOL ; *JCP G* 1989, II, 21316 ; *RTD civ.* 1990, p. 70, obs. J. MESTRE.

³²² GAUTIER P.-Y., « Le leurre de la double preuve, supposée non diabolique, pour l'opposabilité du pacte de préférence au tiers : suite » *RTD civ.* 2012. 127

preuve dans l'article 1123 du code civil pour que cette question d'opportunité de l'interpellation en matière de pacte de préférence ne se pose pas. Exiger d'une part que le tiers ait eu « connaissance du pacte est naturel, puisque seul cet élément signe sa mauvaise foi³²³ ». Cependant exiger d'autre part, que le tiers ait su que le bénéficiaire ait connu l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, en plus d'être un frein à l'action interrogatoire en raison de son impossibilité³²⁴ et « non pertinente³²⁵ ». Cette absence de pertinence est établie par un auteur sur le fondement de l'absence de notification. En effet et cela tombe sous le sens, lorsque le promettant décide de conclure le contrat définitif avec un tiers, le bénéficiaire ne peut être au courant que si l'acte lui a été notifié par ce dernier. A défaut le droit de priorité du bénéficiaire est inactif et son intention de se prévaloir du pacte est inconnue. A ce stade donc, « il l'ignore lui-même. Comment le tiers pourrait-il alors connaître une intention qui n'est pas encore arrêtée ?³²⁶ »

Par ailleurs on serait tenté d'établir cette preuve obstacle de la connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte à travers la publicité de ce dernier. Cependant même la publicité foncière ne serait pas d'une grande aide. Car « le pacte de préférence, n'emportant pas une restriction au droit de disposer, n'est pas soumis à la publicité obligatoire qu'organise l'article 28, 2° du décret du 4 janvier 1955 pour les actes constatant de telles restrictions, mais qu'il peut faire l'objet de la publicité facultative que prévoit, pour certains actes, l'article 37³²⁷ ». Cette publicité facultative n'existe que pour l'information des tiers quant à l'existence d'un pacte de préférence. Elle n'est donc nullement de nature à faire naître une présomption de connaissance de l'intention du bénéficiaire³²⁸.

Toutefois il n'est pas question de montrer ici que la mauvaise foi du tiers ne peut jamais être démontrée à ces conditions, de sorte que l'action interrogatoire en matière de pacte de

³²³ *Ibid.*

³²⁴ *Ibid.*, selon cet auteur, la preuve de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte est « impossible, diabolique, comme toute *preuve psychologique*, c'est à dire de l'état d'esprit d'une personne : qu'on pense à l'intention criminelle en droit pénal, à la volonté libérale en matière de donations, au mobile illicite dans le contrat, à l'intention frauduleuse dans l'action paulienne, à la démence dans tous les actes juridiques, etc. »

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ LEVENEUR L., « La violation du pacte de préférence peut être sanctionnée par la substitution du bénéficiaire dans les droits de l'acquéreur de mauvaise foi » *loc.cit.*, n° 36, II 10142. ; en ce sens, Cass. 3e civ. 16 mars 1994, n° 91-19.797, *JCP G* 1994, IV, 1328 ; *Bull. civ.* 1994, III, n° 58

³²⁸ DESIRE J-P., « Le droit immobilier » in *Pacte de préférence, liberté ou contrainte, Droit et patrimoine*, dossier janv. *op.cit.*, p. 57 et s.

préférence s'opposera toujours à cet obstacle d'opportunité. En effet la jurisprudence a eu à montrer le contraire³²⁹.

En toute hypothèse il faudrait sans doute que le législateur infléchisse cette double condition afin que le tiers contractant ne puisse pas se cacher derrière des considérations d'opportunité pour refuser d'exercer l'interpellation.

Par ailleurs l'action interrogatoire en matière de confirmation de nullité s'oppose également à ce type de considération.

B- LE RISQUE DE REVELATION D'UNE NULLITE INCONNUE DU CONTRACTANT

Si l'action interrogatoire en matière de nullité permet à son titulaire d'exiger de l'autre partie qu'elle confirme l'acte nul ou qu'elle agisse en nullité dans un délai de six mois, c'est à la condition évidente que celle-ci ait été informée de la cause de nullité en question. La partie interpellante doit donc nécessairement, même si l'article 1183 du code civil ne le prévoit pas, faire figurer dans l'écrit l'élément en considération duquel l'acte est entaché de nullité³³⁰. A défaut aucune confirmation ne peut être effectuée³³¹. C'est dire donc que l'exercice de cette action interrogatoire impose à la partie interpellante de révéler à son contractant l'existence d'une cause de nullité dont elle est elle-même à l'origine « sauf à faire de l'action interrogatoire un mécanisme de contournement de l'article 1182³³² ». Dans ces conditions, le doute quant à l'opportunité d'une telle action s'installe. En effet en l'absence de toute obligation, pourquoi une partie prendrait le risque d'user du nouveau mécanisme et ainsi provoquer une action en nullité que son contractant n'aurait jamais exercée ? En outre ce serait donner à l'interpellé le pouvoir de maintenir pendant un délai de six mois un moyen de pression sur la partie qui exerce l'action, afin de s'assurer de l'exécution conforme des prestations. En conséquence celui envers qui est ouvert ce mécanisme préventif serait bien avisé de mesurer les conséquences d'une telle action avant d'en poursuivre l'exercice. Car, il serait inopportun de mettre en œuvre le nouveau mécanisme dans les cas où la cause de nullité ne serait pas flagrante.

³²⁹ V. en ce sens, Com. 7 janv. 2004, n° 00-11.692, *Bull. Joly*, 2004, p. 544, note Le CANNU P., l'intention du bénéficiaire avait ici été démontrée par une notification par acte d'huissier.

³³⁰ BENABENT A., « Les nouveaux mécanismes » *loc.cit.*

³³¹ Art. 1182, C.Civ.

³³² DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op.cit.*, p. 338

Par ailleurs à ce risque s'ajoute un autre : celui de l'impossibilité de l'interpellant de se défendre ultérieurement. En effet, lorsqu'après avoir ou non mesuré les conséquences de cette action interrogatoire son titulaire décide malgré tout de l'exercer, il pourrait être considéré à son encontre que la cause de nullité qu'elle soulève est bien réelle. En ce sens on a pu s'interroger en doctrine sur la question de savoir si l'interrogation ne serait pas analysée « sinon comme un aveu, du moins comme un indice de la réalité du vice de nullité³³³ ». Cette interrogation est possible car l'aveu émanant d'une partie au contrat peut être produite en dehors de toute procédure judiciaire. On pourrait de ce fait creuser la piste de l'aveu. Car, si celui-ci « est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques³³⁴ » on peut considérer que le fait de révéler une cause de nullité de son propre chef en vue d'exiger la confirmation du contrat en est un. En effet si une partie prend l'initiative de mettre en action l'interpellation interrogatoire, c'est parce qu'elle a la conviction que la cause de nullité est avérée. Néanmoins il paraît qu'il faille écarter la piste de l'aveu³³⁵ car s'il peut être contenu dans l'écrit interrogatoire, il ne peut point porter que sur une question de fait³³⁶. En effet, l'aveu extrajudiciaire ne peut point porter sur une question de droit³³⁷. Cette règle est somme toute logique. Elle s'explique en effet par le fait que « la qualification juridique d'une situation de fait relève du pouvoir du juge³³⁸ » et non des parties au contrat. Ainsi donc, l'exercice de l'action interrogatoire ne devrait pas lier l'interpellant de sorte qu'il pourra se contredire et défendre l'inexistence d'une cause de nullité devant le juge.

Néanmoins cette possibilité pour l'interpellant de changer de discours ne devrait pas être admise dans l'absolu. En effet, il est des causes de nullité relative dont la révélation ne serait de nature à être retenue contre l'interpellant. A tout le moins elle pourrait réduire la force de ses arguments de défense. Il en est ainsi par exemple s'agissant du dol ou de la violence.

« Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre

³³³ BENABENT A., « Les nouveaux mécanismes », *loc.cit.*

³³⁴ Art. 1383 al 1, C.Civ.

³³⁵ VEYRE L., « l'action interrogatoire en matière de nullité : personnes intéressées, soyez vigilantes », *loc.cit.*

³³⁶ Civ. 2^e, 12 mars 2009, n° 07-20.212, « Mais attendu que la déclaration d'une partie portant sur des points de droit, tels que l'existence d'un droit de propriété, ne constitue pas un aveu, lequel ne peut avoir pour objet qu'un point de fait »

³³⁷ HALLARD R., « L'aveu ne peut concerner un point de droit », *AJDI*, 2014, p. 276

³³⁸ *Ibid.*

partie³³⁹ ». Quant à la violence, elle est caractérisée « lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable³⁴⁰ ». Lorsque l'interpellant indique ces causes de nullité, il devra mentionner dans l'écrit des éléments de fait afin de permettre à son contractant de bien comprendre qu'en l'absence de telles manœuvres, il n'aurait pas contracté ou à tout le moins il l'aurait fait dans d'autres conditions. Dans ce cas, si l'intention dolosive ou la pression exercée sont reconnues par l'interpellant, de quel moyen disposerait-il pour convaincre le juge de l'inexistence d'un dol ou d'une violence³⁴¹ ? En toute hypothèse, il nous semble peu probable que l'interpellant puisse dans ces cas considérés se dédire à succès.

Ce qui et sur c'est qu'il faut faudra veiller à ce que le nouveau mécanisme soit opératoire au risque de faire beaucoup de bruit pour rien.

CHAPITRE II : LA CONSTRUCTION DU CARACTERE OPERATOIRE DES ACTIONS INTERROGATOIRES : LA VOIE DE L'EFFICACITE

L'efficacité future des actions interrogatoires est douteuse. Néanmoins il est des moyens de s'assurer de leur caractère opératoire. Pour ce faire, il est indispensable selon que les interpellations soient conçues non pas comme une faculté mais un mécanisme contraignant à l'égard de son titulaire (section I), ce que nous essaierons de montrer. Par la suite, il faudra déterminer la portée du nouveau mécanisme (section II).

SECTION I : La nécessité d'une action interrogatoire contraignante à l'égard de son titulaire

On l'a déjà dit, l'exercice des actions interrogatoires n'est pas obligatoire ni pour le tiers ni pour une partie au contrat. C'est du moins dans l'esprit du législateur. Il suffirait donc que le titulaire de l'action ne veuille pas le créer pour que l'effort du législateur soit réduit à néant. Pourtant la consécration des actions/ interrogatoires en droit commun des contrats est à saluer tant elles sont un moteur de sécurité à la fois pour leurs titulaires et leurs destinataires. Néanmoins les risques identifiés doublés de la déloyauté de certains acteurs économiques feront des actions interrogatoires, un mécanisme d'une efficacité réduite voire inexistante.

³³⁹ Art. 1137, C.Civ.

³⁴⁰ Art. 1140, C.Civ.

³⁴¹ VEYRE L., « l'action interrogatoire en matière de nullité : personnes intéressées, soyez vigilantes », *loc.cit.*

C'est en effet, qu'en l'absence de toute contrainte³⁴² pesant sur le titulaire de l'action interrogatoire, la fabrication de celle-ci semble inachevée. Car, même si l'obligation pèse sur l'interpellé de répondre à l'interpellation sous la menace d'une sanction, les actions interrogatoires risquent d'être non opérationnelles dans bien des circonstances et ce, tant que la même contrainte n'existera pas à l'encontre de leurs titulaires. Aussi, pensons-nous que le nouveau mécanisme devrait être une contrainte pour leurs titulaires, lesquels, lorsque les critères de déclenchement seront présents, seraient obligés de les exercer (A) sous peine de sanctions (B). Cette exigence serait en outre justifiée (C) par la sécurité et la morale dans les affaires.

A- L'OBLIGATION POUR LE TITULAIRE D'EXERCER L'ACTION INTERROGATOIRE : UNE INCOMBANCE

Notons de prime abord qu'il est un peu abusif de parler ici d'obligation. Il ne s'agit pas en effet, ici d'une obligation au sens traditionnel du terme. C'est à dire une obligation dont l'inobservation est sanctionnée par la force étatique ou par les tribunaux. Il ne s'agit en outre pas d'obligation en considération de rapports entre un créancier et un débiteur, « faute d'un créancier qui ait le droit d'en exiger l'exécution³⁴³ » d'autant plus que deux actions interrogatoires sont ouvertes à des tiers. En effet le manquement à l'exercice d'une action interrogatoire n'est pas compatible avec l'application des sanctions de l'inexécution d'une obligation³⁴⁴, en ce que le titulaire de l'action n'a aucune prestation à exécuter. L'obligation dont nous faisons état ici s'analyse plutôt en des « exigences purement comportementales³⁴⁵ ». Ces contraintes comportementales qui devraient peser sur le titulaire d'une action interrogatoire, la doctrine l'envisage sous le terme d'incombance.

³⁴² L'idée d'une action interrogatoire contraignante pour le tiers est combattue par certains auteurs qui doutent de son efficacité, MEKKI M., « Les contrats préparatoires : un peu de consolidation, beaucoup d'innovations », *loc.cit.*, n° 21.

³⁴³ CARBONNIER J., *Droit Civil, vol II, les biens, les obligations*, PUF, 2004, n°922, CARONNIER a eu à dénoncer l'usage du mot « obligation » dans le but de caractériser à l'image aujourd'hui des actions interrogatoires, l'acte ou la formalité compris dans un certain délai que la loi impose d'accomplir et dont le non-respect est sanctionné par la perte d'un droit ou la déchéance.

³⁴⁴ V. en ce sens, Art. 1217 C.Civ.

³⁴⁵ FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, LGDJ, 2017, n°1

L'origine de la notion d'incombance est à trouver dans la législation allemande³⁴⁶ : elle y est connue sous le terme d'« obliegenheiten » et coexiste avec les obligations civiles et naturelles. En droit français la notion ne fait pas encore l'objet d'une reconnaissance unanime par les auteurs³⁴⁷. Elle a cependant été introduite dans le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant. Elle y est définie comme « une charge, un devoir dont l'inobservation expose son auteur non à une condamnation, mais à la perte des avantages attachés à l'accomplissement du devoir³⁴⁸ ». Il s'agit ainsi d'une contrainte pesant sur le titulaire d'un droit ou d'une prérogative non pas en vue de la réalisation d'une exigence extérieure mais pour bénéficier d'un « avantage qui lui est propre³⁴⁹ ». C'est dire en quelque sorte qu'il s'agit d'une « obligation » dont on est à la fois créancier et débiteur. Et parce que l'on est son propre débiteur, le manquement à l'obligation qui pèse sur soi-même doit trouver sa sanction. Certes la sanction est de degré moindre par rapport à celle des obligations civiles mais elle existe. C'est en ce sens qu'un auteur soutient que « l'incombance désigne l'exigence de diligence ou de probité imposée pour conserver le bénéfice d'un droit, dont le seul non-respect, bien que ne pouvant faire l'objet d'une exécution forcée ni d'une action en réparation, est toutefois juridiquement sanctionné. Elle se distingue ainsi de l'obligation civile en ce que sa méconnaissance ne peut justifier une action en exécution forcée et ne donne pas lieu, en principe, à réparation³⁵⁰ ». C'est exactement cette exigence de diligence ou de probité qui doit

³⁴⁶ Si cette catégorie d'obligation est née dans le droit allemand, elle s'est un peu répandue dans d'autres législations notamment en droit suisse où elle prend l'appellation d'« incombance » ou en encore aux Pays-Bas ou elle est connue sous le terme de « last ». Elle est également répandue en droit belge et depuis peu en droit français. Pour une géographie plus détaillée de la notion, V. FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op.cit.*, n°12 et s.

³⁴⁷ LABBE B., « L'incombance : un faux concept », *RRJ Droit Prospectif*, 2005, p. 183 et s. ; FOREST G., « Essai sur la notion d'obligation en droit privé », *D.*, 2012, n°513 et s., cités par, FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op.cit.* n°14, LABBE B. voit dans les incombances un faux concept. Pour cet auteur les incombances ne sont pas une catégorie juridique autonome. La sanction que prévoiraient les incombances n'empêcherait qu'on les conçoive comme des obligations même s'il s'agit d'« obligations à sanction dérogatoire ». Ces auteurs qui pourtant refuse le concept d'« incombance » « ont proposé de recourir à la notion de charge pour traduire l'hypothèse ou une formalité exigée d'un individu dans son seul intérêt, ne peut faire l'objet d'une exécution forcée, ni donner lieu à des dommages et intérêts en cas de manquement », , FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op.cit.* n°52.

³⁴⁸ Sur l'accueil de la notion en droit français, V., LICARI S., « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *RRJ* 2002, n° 2, p. 703 ; BOUCARD H., *L'agrégation de la livraison dans la vente. Essai de théorie générale*, LGDJ, coll. « Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers », 2005, cité par, FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op.cit.*

³⁴⁹ , FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op.cit.*, n°53

³⁵⁰ LUXEMBOURG F., *La déchéance des droits, Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Editions Panthéon Assas, 2008, p. 430, n° 1168, cité par, FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op.cit.*

être requise du titulaire de l'action interrogatoire en vue de lui permettre, grâce à la prérogative qui lui est reconnue de purger le contrat auquel il se retrouve partie. En effet si le législateur lui reconnaît ce droit d'exercice unilatéral, c'est parce qu'il fait de la sécurité du contrat son objectif premier. Il n'a nullement donc été question de faire des actions interrogatoires une prérogative dont l'exercice est motivé seulement par des intentions égoïstes, c'est-à-dire en considération des seuls intérêts de leurs titulaires. C'est pourquoi la qualification de « faculté » au sens d'une liberté totale ne doit pas être associée aux actions interrogatoires. Celles-ci doivent en effet correspondre au cas où un certain comportement est exigé et pas seulement souhaité de la part du titulaire d'un droit, s'il veut vraiment bénéficier de la prérogative qui en découle. Il s'agit là de l'essence même de l'incombance en ce sens que le comportement exigé est dans « l'intérêt même de celui qui s'y soumet³⁵¹ ». Néanmoins, bien que les actions interrogatoires soient dans l'intérêt de leurs titulaires, en tant qu'incombances, le manquement à leur exercice doit être sanctionné

B- LA NECESSITE DE LA SANCTION DU MANQUEMENT DU TIERS.

Faire des actions interrogatoires un outil contraignant pour leurs titulaires nécessite qu'elles soient assorties d'une sanction. Celle-ci ne peut ici être que la déchéance (1). Cependant il sera nécessaire d'établir les conditions de cette déchéance (2).

1- L'application de la déchéance au titulaire de l'action interrogatoire

Si l'on assimile les actions interrogatoires à des incombances en considération de leurs titulaires, c'est parce que le manquement de ces derniers à l'exercice de telles actions ne doit pas être impuni. La sanction attachée au manquement à une incombance est assez spécifique. En effet, parce que le titulaire d'une action interrogatoire a été négligent à son propre détriment, la particularité de l'incombance impose qu'il soit déchu du droit ou de la prorogation qui aurait découlé de l'exercice d'une telle action. Cette déchéance aura pour but d'éviter que le titulaire d'une action interrogatoire qui n'agit pas dans son propre intérêt alors que rien ne l'en n'empêche, ne nuise de ce fait à celui qui aurait dû en être le destinataire.

La déchéance d'un droit – La déchéance désigne les hypothèses dans lesquelles une personne subit la « perte d'un droit, d'une fonction, d'une qualité ou d'un bénéfice (...) à titre

³⁵¹ FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op.cit. n°53

de sanction »³⁵². Il s'agit donc du fait de ne plus pouvoir obtenir la reconnaissance d'un droit en justice. Cependant ce n'est pas parce que la déchéance d'un droit ou d'une prérogative est la sanction d'un manquement à une incombance qu'elle est applicable seulement à ce type de comportement. En effet « déchéance » et « incombance » sont des « notions non bijectives³⁵³ ». Une telle conception conduirait à réduire convenablement le champ de la déchéance mais aussi à dénaturer la notion d'incombance. Néanmoins la déchéance qui nous préoccupe ici est celle qui sanctionne l'inobservation d'une exigence comportementale préalable à l'exercice d'un droit. Dans le cadre du non-exercice volontaire d'une action interrogatoire, la déchéance pourrait être vue comme une sanction de l'incohérence de son titulaire mais aussi sa punition en ce que ce dernier ne mérite pas le droit qui lui été reconnu. En effet la déchéance a ici une double fonction : prévenir et punir.

D'une part, la perspective de la perte d'un droit par le titulaire de l'action interrogatoire serait de nature à le dissuader de ne pas manquer à l'incombance lorsque les conditions en seront réunies. On y voit dès lors une nature menaçante de la déchéance qui opère en amont. Cela peut se justifier par le fait que la personne sur qui pèse une incombance accomplira la diligence comportementale attendue d'elle. Pour cette raison, il faut la dissuader de toute défaillance. De fait, la déchéance intervient comme une « épée de Damoclès suspendue au-dessus de la tête du sujet dont est attendu le respect d'une incombance, et qui viendrait s'abattre en cas de manquement³⁵⁴ ».

D'autre part, la déchéance, sanction de l'incombance a une nature punitive en ce qu'elle vient sanctionner une exigence comportementale. Cette punition n'en est nullement une réparation. Elle est une sanction en ce qu'elle est toujours négative pour celui qui la subit. La peine se traduit ainsi par sa « dimension punitive »³⁵⁵. Elle ne vient pas également sanctionner une faute. Car si celle-ci est « l'action volontaire ou non, ou encore l'omission qui porte atteinte au droit d'autrui en lui causant un dommage »³⁵⁶, le tort causé par le manquement à l'incombance n'est qu'à l'endroit de celui-là même qui devait s'y conformer. C'est dans son propre intérêt donc que le titulaire d'une action interrogatoire doit la mettre en œuvre. A défaut de la caractérisation de la faute, il s'agirait d'une négligence qui est sanctionnée mais pas avec la même force que l'aurait été la sanction d'une faute. Cette négligence n'en est pas

³⁵² *Ibid.*, n°415

³⁵³ *Ibid.*, n°416

³⁵⁴ *Ibid.*, n°422

³⁵⁵ V. en ce sens, PAUL F., « L'ampleur de la décharge directe de la caution en raison de la faute du créancier », *Droit et Patrimoine*, 2002, n°105, p.40 et s.

³⁵⁶ V. faute, Dictionnaire du droit privé Serge Bradau

moins un comportement anormal qui traduit l'absence d'intérêt pour le titulaire d'une action interrogatoire de sécuriser son contrat, en empêchant avant le destinataire d'être en mesure de contester l'acte en cause avant tout contentieux. De fait parce que celui qui dispose du pouvoir d'interpellation ne s'est point soucié de son droit en amont et ce, peut-être dans une intention malicieuse, il ne devrait pas lui être permis de le faire en aval, d'où la déchéance. Celle-ci n'est pas non plus volontaire. En pareil cas elle ne serait pas analysée comme une peine. Le titulaire de l'action interrogatoire ne se l'applique pas, ce n'est pas une renonciation. « Elle est infligée de l'extérieur. Elle a une nature objective »³⁵⁷. « En effet, la déchéance est une sanction imposée de l'extérieur au titulaire, indépendante de sa volonté, sinon contrainte à cette volonté, tandis que la renonciation est un acte de sa volonté visant directement à produire un effet juridique déterminé, à savoir l'abdication d'un droit »³⁵⁸. Ainsi au gré des exigences comportementales, le titulaire négligent de l'action interrogatoire ne bénéficie pas du droit qui lui était reconnu légitimement. Reste à déterminer la teneur de ce droit.

Identification du droit objet de la déchéance – si la déchéance est requise en cas de manquement du titulaire d'une action interrogatoire en raison de la reconnaissance de l'incombance, la question se pose de savoir sur quoi elle porte effectivement. De quel droit donc se trouve privé le tiers ou la partie défaillante ? Il faudrait ainsi identifier le droit ou la prérogative dont se retrouve déchu le titulaire de l'action interrogatoire défaillante. Pour ce faire, un petit parallèle avec la déchéance du destinataire de l'interrogation s'impose.

Lorsque l'action interrogatoire est régulièrement notifiée à son destinataire, celui-ci a l'obligation de répondre à l'interrogation sous peine d'être déchu du droit de dénoncer l'acte. Ainsi il perdrait par sa négligence le droit de se prévaloir des sanctions de la violation de son pacte de préférence, de l'inopposabilité ou de nullité de l'acte conclu sans pouvoir ou bien encore le droit de demander la nullité relative d'un contrat. En un sens on peut dire que le législateur a mis une incombance à la charge du destinataire de l'interrogation interpellatoire³⁵⁹. Car là aussi, la déchéance est la sanction du non-respect d'une formalité requise pour conserver le bénéfice d'un droit. Seulement il s'agit d'une sanction prévue par la loi, donc, une incombance légale à la différence de celle pesant sur le titulaire de l'aire de l'action interrogatoire. Néanmoins à l'instar du destinataire de l'interpellation, la déchéance de l'interpellant porterait sur le droit de se prévaloir de moyens de défense pour le cas où le bénéficiaire du pacte, le représentant ou le cocontractant déciderait d'agir en justice. En effet

³⁵⁷ FRELETEAU B., Devoir et incombance en matière contractuelle, *op.cit.* n°424

³⁵⁸ GRAMMATIKAS G., Théorie générale de la renonciation, LGDJ, 1971, n°33 bis.

³⁵⁹ MANGEMATIN C. « l'action interrogatoire en matière de pacte de préférence : une incombance », *loc.cit.*

dès l'instant que la loi met à la disposition du titulaire de l'action interrogatoire un mécanisme préventif, la contrainte comportementale qui s'y attache impose que celui-ci en fasse usage. De fait si, sans raison particulière il n'a pas tenté de prévenir les éventuels conflits, il ne lui sera plus possible de se défendre. Il s'agit là donc de la perte de l'exercice d'un droit processuel et ce, peu importe l'interpellation considérée. Que l'on soit en matière de pacte de préférence, ou représentations conventionnelles ou même de confirmation de nullité.

Par ailleurs l'incombance aurait le mérite de restaurer un certain équilibre entre interpellant et interpellé. En effet la consécration des actions interrogatoires est faite de façon unilatérale au profit des seuls tiers ou une seule partie au contrat. C'est ainsi leur donner le pouvoir de se créer unilatéralement un droit à l'encontre d'autre personne qui n'ont à leur disposition aucun moyen pour riposter. Or, avec la reconnaissance de l'incombance, chacune des parties à l'interrogation peut se prévaloir des mêmes droits à l'encontre de l'autre lorsque le défaut de diligence, eu égard aux exigences comportementales, sera avéré. De l'un et de l'autre côté la déchéance sera applicable. Alors que la déchéance de l'interpellé sera une sanction légale attachée à son défaut de réponse, la déchéance du titulaire de l'action sera la conséquence de son inaction.

Cependant aussi fort qu'est la nécessité de faire du nouveau mécanisme un outil contraignant à l'encontre du titulaire d'une action interrogatoire, la déchéance de celui-ci ne peut se faire que sous certaines conditions.

2- Les conditions de la déchéance

La déchéance qui est la sanction de la méconnaissance d'une contrainte comportementale peut être assujettie à certaines conditions en raison de son caractère punitif.

La légalité de la déchéance – Un principe fondamental du droit veut que les peines soient prévues par la loi ou le règlement. En effet, « nullum crimen, nulla poena sine lege »³⁶⁰. En vertu de ce principe constitutionnel³⁶¹ reconnu par la Déclaration des Droits de L'homme et

³⁶⁰ Art. 111-3, C.P., « Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention ».

³⁶¹ C.C., D° 127, 19-20 janv., 1981, *D*, 1982, p. 441, note DEKEUWER A.; C.C., 10-11 oct., 1984, *RSC*, 1985, p. 341, obs. BOULOC B.

du Citoyen³⁶², le pouvoir de fixation des normes répressives est donné au parlement ou à l'autorité compétente en matière réglementaire. L'esprit de ce principe est que le sujet de droit ne puisse pas se voir appliquer une sanction punitive sans qu'un texte ne prévoie au préalable la condamnation qu'il encourt. La connaissance du risque encouru détermine ainsi la peine car « ce n'est pas la rigueur du supplice qui prévient le plus sûrement les crimes [mais] la certitude du châtement »³⁶³. La conséquence de cette règle est qu'en l'absence de sanction prévue par la loi ou le règlement, le juge est tenu de ne pas en créer. Or la déchéance qui résulte de la méconnaissance d'une incombance, si elle n'est pas comprise dans la matière pénale, n'en est pas moins une peine susceptible de se voir appliquer la même règle en raison de son objectif coercitif. En effet les « les déchéances civiles trouvent leur source dans un texte, en vertu d'une disposition légale ou réglementaire. Il n'y a point de déchéance sans texte : sa mise en œuvre suppose qu'elle soit préalablement prévue par une loi ou un règlement. Ce postulat procède de la gravité des effets attachés à la déchéance : le sujet doit être averti avant d'être frappé par la déchéance »³⁶⁴. Néanmoins la règle paraît assouplie en matière civile. En effet la déchéance peut y être prévue par contrat. Les parties peuvent ainsi dans leurs stipulations contractuelles prévoir la mise en œuvre d'une déchéance en guise de sanction du manquement d'une partie. En pareil cas, la règle de la légalité des peines se traduira par les exigences de clarté et de précision qui assortissent la clause de déchéance. C'est ainsi qu'en matière d'assurance la stipulation de la clause de déchéance « doit être spéciale, claire et précise »³⁶⁵. Cependant la déchéance du titulaire d'une action interrogatoire ne découle pas de stipulations contractuelles. Elle ne peut donc être constatée que par le juge. Or, le principe de la légalité des peines est de nature à interdire au juge de créer des déchéances. Il est donc en principe impuissant en l'absence de texte ou à tout le moins d'un contrat qui la prévoit. Pour autant cette (...) n'est pas appliquée dans son sens plein. En effet selon un auteur, « il peut sembler [parfois] qu'une incombance se trouve implicitement et à posteriori, imposée aux parties par les juges »³⁶⁶. A l'appui d'une telle dérogation, un arrêt rendu en matière de clause de mobilité a pu laisser comprendre qu'il était exigé de l'employeur le respect d'un devoir comportemental, donc une incombance portant sur

³⁶² Art. 8 DDHC., « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

³⁶³ BECCARIA C., *Des délits et des peines*, Flammarion, 1979, p. 105

³⁶⁴ GARS A. LE, *la déchéance des droits en droit privé français*, thèse, Toulouse 1, 2003, n°76, citée par FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op.cit.* n°438

³⁶⁵ Art. L 113-11, C. assur. « Sont nulles : 1° Toutes clauses générales frappant de déchéance l'assuré en cas de violation des lois ou des règlements, à moins que cette violation ne constitue un crime ou un délit intentionnel »

³⁶⁶ FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op.cit.* n°438

l'information du salarié à l'occasion de la mise en œuvre de cette clause, sous peine de déchéance du droit de l'invoquer³⁶⁷. Dans (...) arrêt la Cour de cassation énonce la sanction d'une incombance qui n'est prévue dans aucun texte. Il est à noter cependant que le risque d'une telle décision est d'ébranler la sécurité juridique du contractant sur qui s'abat la déchéance imprévue. Car le juge s'est substitué à la loi, ce qui peut pousser le déchu à ne pas accepter la décision rendue. Une telle application au titulaire d'une action interrogatoire risquerait de heurter des principes fondamentaux. Ce risque serait ainsi de nature à réduire l'efficacité de la sanction et partant de l'action interrogatoire en ce que la décision qui serait rendue, ne serait ni comprise ni acceptée par le titulaire de l'action interrogatoire. C'est pourquoi il faut éviter qu'une telle situation se produise, il faut faire de la déchéance du titulaire d'une action interrogatoire du droit de se prévaloir de moyens de défense une incombance légale.

La nécessité d'une sanction légale – la codification actuelle des actions interrogatoires ne prévoit pas la déchéance de leur titulaire négligent. Il le faudrait pourtant. En effet quitte à faire l'usage du nouveau mécanisme une incombance, il est impératif que la déchéance soit prévue par la loi. Ainsi à l'instar de l'incombance légale qui pèse sur le destinataire de l'interrogation, la déchéance de celui à qui est reconnu droit d'interpellation, sera revêtue d'une certaine certitude et d'une prévisibilité qui lui permettra de se conformer au principe de légalité. Ainsi elle sera sans contestation acceptée. Dans cette lancée nous pensons que les dispositions interpellatoires gagneraient à être modifiées, notamment l'usage du verbe « pouvoir » qui en fait en l'état actuel une faculté. Ainsi lorsque le tiers qui s'apprête à conclure un contrat soupçonne l'existence d'un pacte de préférence, il « doit » demander au bénéficiaire de le lui confirmer en même temps que son intention de s'en prévaloir. De la même manière, le tiers contractant qui doute de la réalité des pouvoirs du représentant « doit » se renseigner sur son habilitation auprès du représenté connu. Celui qui connaît l'existence d'une cause potentielle de nullité relative dont il est à l'origine n'est pas en reste. Il « doit » demander à son contractant soit de mettre en œuvre l'action en nullité, soit de confirmer le contrat potentiellement nul.

³⁶⁷ Cass. Soc., 11 mai 2005, n°03-43040, «Mais attendu [...] que, nonobstant un motif erroné faisant état de la nécessité pour l'employeur d'expliquer les raisons de sa décision et de justifier des nécessités de service invoquées, il ressort d'autres motifs, propres ou adoptés, que les conditions dans lesquelles la clause de mobilité avait été mise en œuvre procédaient d'une précipitation abusive justifiant le refus de la salariée ; que le moyen ne peut, dès lors, être accueilli dans aucune de ses branches »

Ainsi donc pour une efficacité certaine des nouvelles interpellations interrogatoires, la sanction par la déchéance de leurs titulaires est de rigueur en raison de l'incombance qui doit être attachée à leur exercice. Cette sanction à la nature punitive doit cependant être conforme au principe de légalité. Par ailleurs, cette « obligation » qui pourrait être une voie d'achèvement de l'efficacité des interpellations nouvelles pourrait trouver sa justification dans diverses causes au vu de l'évolution actuelle du droit des contrats.

C- LA JUSTIFICATION DE L'INCOMBANCE

La contrainte du tiers quant à l'exercice de l'interpellation peut être justifiée par l'exigence de moralisation des relations d'affaires (1), d'une part, et le principe de l'opposabilité des contrats aux tiers, d'autre part (2).

1- L'exigence de moralisation des relations d'affaires

Le constat est le lieu privilégié de rencontre d'intérêts antagonistes. En cela devrait on exiger des différentes parties, mais aussi de toute personne pouvant être concernée de par le lien contractant existant ou à naître, une parfaite sincérité de sorte à permettre à chacun de comprendre ce à quoi il s'engage. Cette sincérité contractuelle ne peut vraiment exister que par la communication ou la recherche de la bonne information qui est désormais rendue possible dans certains domaines par les actions interrogatoires, du moins, lorsqu'on les conçoit comme des incombances. La réception de l'incombance qui pèse sur le tiers répond à des exigences supérieures de bonne foi (a). De plus à l'heure de l'intégration du social dans le contrat – le solidarisme contractuel (b) –, le principe de la liberté du titulaire du droit d'interpellation, s'il doit être battu en brèche, le sera au gré d'une réglementation plus socialiste du contrat³⁶⁸ qui oblige à prendre en compte les intérêts de « l'autre ». On serait ainsi en présence d'un « ordre public humaniste³⁶⁹ » « imprégnant le contrat de valeurs morales de nature à le rendre plus juste et plus humain, en freinant les excès que peut porter l'idéologie du marché, d'ordre néo-libéral³⁷⁰ ».

a- L'exigence de la bonne foi contractuelle

³⁶⁸ JAMIN C., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 447

³⁶⁹ GAUTIER P-Y., « Vers un ordre public humaniste : la dignité du cocontractant », *RDC*, 2005, n° 2, p.523

³⁷⁰ *Ibid.*

L'alinéa 3 de l'ancien article 1134 disposait depuis le code Napoléon que « les conventions doivent être exécutées de bonne foi ». Cette exigence qui a perdu de sa rigueur au fil des ans a connu un regain d'intérêt vers la fin du XXe siècle. Cette période correspond à une période d'augmentation des pouvoirs du juge qui procède à un changement de paradigme vis-à-vis des parties. Il devient en effet moins respectueux de la volonté des parties. Se développe ainsi en lui la volonté d'introduire un système de contrôle de la moralité contractuelle. La réforme du droit des contrats de 2016 l'a promue au rang de principes généraux du droit. Selon la nouvelle écriture du principe, les contrats doivent être négociés et exécutés de bonne foi³⁷¹. En se limitant à cette exigence légale, on pourrait légitimer la possible mutation de la nature des actions interrogatoires de faculté à devoir pour leur titulaire. Cette exigence de bonne foi peut être vue comme le respect d'un certain comportement éthique qui se traduit par une loyauté et une honnêteté envers son partenaire contractuel. Cette loyauté contractuelle au terme de laquelle les contractants doivent être traités comme des partenaires et non comme des proies traduit ce devoir comportemental que le titulaire de l'action interrogatoire doit observer. Elle implique de s'abstenir de toute fraude, de tout abus ou intention dolosive. De fait lorsque la cause de nullité relative procèdera de manœuvres frauduleuses qui caractérisent un dol, la partie à l'origine du dol aura manqué à son devoir de loyauté, de sorte qu'elle devrait après coup s'obliger à se repentir en exerçant l'interpellation de l'article 1183 du code civil. Dans l'hypothèse ou malgré le mécanisme mis à sa disposition elle n'est pas prise de remords et que sa déloyauté toujours intacte la pousse à ne pas interpellier son contractant sur le sort du contrat, elle se constituerait doublement de mauvaise foi. Par conséquent ne serait-il pas légitime et même proportionnel de la déchoir de ses droits de défense lorsque la cause de nullité avérée venait à être découverte par le contractant ? De même, lorsque par exemple une collision frauduleuse est découverte entre le tiers contractant et le représentant qui a outrepassé ses pouvoirs, l'exigence de loyauté commanderait à ce que le manquement à l'interpellation du pseudo représentant pousse à déchoir le tiers de ses droits. C'est ainsi en plus, un devoir de cohérence qui est exigé du titulaire de l'action interrogatoire. Car, « la grande difficulté à laquelle on est confronté quand on s'interroge sur les volte-face des contractants, consiste à voir dans un premier temps de l'incohérence partout »³⁷². Ce devoir de cohérence suppose que le titulaire de l'action interrogatoire adopte un comportement constant vis-à-vis du destinataire. En effet lorsqu'il n'y a pas eu d'interpellation alors même que le

³⁷¹ Art. 1104, C.Civ.

³⁷² BEHAR-TOUCHAIS M., « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001

titulaire de l'action interrogatoire a pu douter de la régularité l'acte, c'est parce qu'il a décidé volontairement de prendre le risque d'une substitution, d'une inopposabilité ou encore d'une annulation de son contrat. C'est dire qu'il a préféré parier sur l'ignorance ou le laxisme de celui qui devait recevoir l'interrogation. Or est bien malheureux celui-là qui perd un pari mais veut quand même se prévaloir de l'objet dudit pari. Il faut de ce fait une certaine cohérence³⁷³ dans le risque pris. Il serait alors plus que logique que le titulaire qui a pris un risque l'accepte, ce qui justifierait la déchéance. Dans ces hypothèses, le devoir de cohérence permettrait précisément de traduire l'incombance du titulaire de l'action interrogatoire et implique l'impossibilité pour lui de se prévaloir ultérieurement de son comportement déloyal au détriment d'autrui³⁷⁴. Il est à noter cependant qu'en l'état actuel du droit positif français, il n'est pas reconnu un principe général de cohérence. En ce sens la Cour de cassation a eu à rappeler que tout changement d'attitude n'est pas nécessairement prohibé³⁷⁵. Néanmoins, l'exigence de cohérence semble être admise dans un cas. Il en est ainsi lorsque la Cour essaie de « rétablir la cohérence interne du contrat en réputant non écrite la clause la vidant de sa substance »³⁷⁶. Cette hypothèse est de nature à introduire de manière implicite un devoir de cohérence comportementale.

Par ailleurs, à l'appui de l'exigence de moralisation des relations d'affaires viennent les principes du « solidarisme contractuel ».

b- L'essor du solidarisme contractuel

Sous l'impulsion du « solidarisme contractuel » se sont développés des exigences à très forte connotation morale. L'invocation ici du solidarisme contractuel part du constat de plus en plus fort de la place grandissante que prend à l'heure actuelle l'exigence de bonne foi en droit des contrats. Il s'agit là d'une philosophie contractualiste qui entend réduire le lien social à un contrat d'association, source de justice »³⁷⁷. Or que recherche-t-on à travers les actions

³⁷³ On retrouve cette idée de cohérence au stade de la négociation. Lorsque les pourparlers ont atteint « en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que l'autre est sur le point de conclure » et que s'est donc créée une apparence de volonté, la rupture soudaine des négociations est de nature à engager la responsabilité du négociateur inconstant., Cass.Civ 1^{re}, 6 janv. 1998, *Droit et Patrimoine*, 1998. 92., obs. CHAUVEL P.

³⁷⁴ V. en ce sens, FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op.cit. n°121

³⁷⁵ Cass. Civ. III, 28 janv. 2009, n°07-20891, D, 2009, note HOUTCIEFF D.

³⁷⁶ Cass.com., 22 juin 2010, n°09-11841, « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur », en ce sens, V. en ce sens, FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op.cit. n°324

³⁷⁷ JAMIN C., « Le procès du solidarisme contractuel, brève réplique » in GRYNBAUM L., NICOD M., *le solidarisme contractuel*, Economica, Etudes Juridiques, 2004, p. 160, cet auteur rattache le solidarisme contractuel à l'expression de FOUILLEE, « qui dit contractuel, dit juste ». Pour lui, il s'agit d'un « mot que les

interrogatoires si ce n'est une plus grande justice entre les parties à un contrat et par extension, entre contractants et les tiers ? On est ainsi à la quête d'un environnement contractuel, sinon « meilleur »³⁷⁸, du moins « civilisé »³⁷⁹. Il s'agit d'aller au-delà d'un simple esprit civique incompatible avec les comportements abusifs et déloyaux dans le contrat³⁸⁰. Ainsi en vue de la codification de la déchéance du titulaire de l'action interrogatoire qui manquerait à son obligation comportementale, il nous paraît nécessaire de défendre cette vision plus humaniste du nouveau mécanisme. L'ambition est de faire du contrat qu'il soit en phase de négociation ou en phase d'exécution, une communauté d'intérêts ou non seulement les parties mais aussi les tiers œuvrent dans un objectif commun. C'est à se demander si la consécration du mécanisme interpellatoire ne représenterait pas au jour d'aujourd'hui l'« ère du contrat providence que prédisait déjà Denis MAZEAUD³⁸¹ qui faisait de sa devise, « Loyauté, solidarité, fraternité », l'instrument d'expression du « solidarisme contractuel ». De fait, pour rendre les actions interrogatoires obligatoires d'exercice, nous les concevons comme une expression de ce solidarisme contractuel en vertu duquel « l'altruisme, la patience, le respect mutuel, l'indulgence, le sens de la mesure, la cohérence, l'entraide, la tolérance »³⁸² ainsi que d'autres vertus encore constituent un code de bonne conduite et une éthique que chaque contractant doit respecter dans l'univers contractuel. La poursuite de cet idéal contractuel est de nature à justifier que les actions interrogatoires se traduisent par des devoirs de coopération et d'abnégation, plus ou moins intense, dans l'univers contractuel dans lequel évoluent les parties et les tiers qui impactent le contrat. Plus fort encore, le devoir de coopération explique que celui-là, titulaire d'une action interrogatoire, qui peut nuire à son contractant ou à un tiers, prenne en considération les intérêts du destinataire d'une telle action, voire qu'il les privilégie. En effet c'est privilégier les intérêts d'abord du bénéficiaire d'un pacte de préférence, d'un supposé mandant ou de son contractant que de lui permettre de connaître un vice dont il pourrait se prévaloir pour sécuriser ces dits intérêts. Car, le mécanisme interrogatoire n'existe pas que dans le but de permettre à son titulaire de se défaire de la précarité de sa situation en amont ou en aval. En effet le destinataire de l'action interrogatoire, s'il subit l'unilatéralité du droit d'interpellation en tire profit car c'est en même

auteurs ont mal compris ». Car FOUILLÉE voulait dire que « le contrat, au sens du contrat social, permet seul d'aboutir à la justice et non que le contrat au sens juridique, considéré comme juste par définition, devrait faire l'objet d'un respect absolu ! »

³⁷⁸ TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations, op.cit.* n° 41

³⁷⁹ MAZEAUD D., « Mais Qui a peur du solidarisme contractuel », *D, R*, 2005, p. 1828

³⁸⁰ MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, Mélanges Fr. Terré, *D.*, Juris-Classeur, 1999, p. 617

³⁸¹ *Ibid.*, p. 609 et s.

³⁸² *Ibid.*, localisation ?

temps ces droits que l'on vise à protéger. De fait il ne serait pas en notre sens absurde de croire qu'il devrait lui être reconnu un droit à la protection et au maintien de ses droits. Parce que tout droit trouve en principe sa sanction, celui-ci doit trouver la sienne dans la déchéance du titulaire de l'interpellation.

Il faut ainsi un certain recul du contrat marqué par l'idée de « liberté » en vue de l'assurance de la vitalité de celui-ci. Cette vitalité ne peut être garantie ou à tout le moins être encouragée qu'au prix du besoin supérieur de moralisation des relations d'affaire.

Cependant, quoique l'on veuille bâtir la déchéance de l'interpellant défaillant sur les fondements du solidarisme contractuel, celui-ci a du mal à trouver l'assentiment général en doctrine. En effet pour une auteure, le solidarisme « pêche par excès en imposant un devoir de fraternité extrêmement lourd et détaché de la prise en compte du type de relation contractuelle concernée³⁸³. Dans la même, logique d'autres auteurs ont pu soutenir que cette vision du contrat ne reflète pas la réalité des relations contractuelles en ce sens que « contracter, ce n'est pas entrer en religion ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de faire ses affaires ». « Le droit des contrats [ainsi] être conçu en fonction de l'homme tel qu'il est et non tel qu'on voudrait qu'il fût ; il n'a au reste pas pour objet la perfectibilité de l'être humain laquelle relevé de la morale.³⁸⁴ En outre le Cour de cassation ne sombre [...] pas aux charmes du solidarisme contractuels »³⁸⁵. De plus une étude précise des devoirs qui s'imposent du fait de l'accueil du solidarisme n'a pas été réalisée de sorte qu'il s'agit d'un concept dont le contenu est variable.

Néanmoins, on a la conviction est que l'exigence de bonne foi ainsi que l'accueil du solidarisme peuvent fonder la déchéance du titulaire d'une action interrogatoire qui a manqué à son devoir comportemental.

La justification de l'incombance du titulaire du droit d'interpellation pourrait outre être consolidée par le principe de l'opposabilité des contrats aux tiers.

2- L'opposabilité des contrats aux tiers

³⁸³ FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op.cit.* n°18

³⁸⁴ TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil les obligations*, *op.cit.* n°42

³⁸⁵ MAZEAUD D., « solidarisme contractuel et réalisation du contrat » in *Le solidarisme contractuel*, *op.cit.*, n°66 et s.

La contrainte pour le tiers résultant de l'action interrogatoire pourrait être fondée sur le principe de l'opposabilité des contrats aux tiers³⁸⁶. Il est vrai que les tiers ne sont en principe pas concernés par un contrat auquel ils n'ont été ni parties ni représentés. Cette règle découle du principe de l'effet relatif des contrats³⁸⁷. Il ne serait toutefois pas exact de penser que le contrat est sans conséquences pour le tiers. En effet le contrat a des incidences non négligeables sur les tiers. Car, si les obligations créées par le contrat ne peuvent ni être exigées d'un tiers ou par un tiers, ceux-ci ne peuvent ignorer l'existence du contrat et la situation de fait ou de droit qu'il crée. Le contrat leur est donc opposable³⁸⁸.

L'usage de l'opposabilité du contrat au tiers pour légitimer l'incombance qui pèse sur le titulaire de l'action interrogatoire impose de déterminer en quoi consiste cette opposabilité et qui sont les tiers en question³⁸⁹. Le contrat considéré n'est pas ici celui qui est conclu entre le promettant d'une préférence et un tiers en violation des droits du bénéficiaire. En matière de représentation conventionnelle, il ne s'agit pas du contrat conclu entre le représentant et le tiers au contrat. En effet les contrats dont il s'agit sont d'une part, celui qui est conclu entre le promettant et le bénéficiaire, et qui porte le pacte de préférence. D'autre part, il s'agit du contrat de mandat par lequel une personne habilite une autre à la représenter dans la conclusion de divers actes juridiques. Il en ressort que ceux qui ont la qualité de tiers vis-à-vis de ces contrats sont donc les titulaires des actions interrogatoires en matière de pacte de préférence et de représentation conventionnelle. En vertu du principe de l'opposabilité des contrats aux tiers, il est donc fait interdiction à ceux-là de faire obstacle à l'exercice normal de ces contrats. Or lorsqu'un tiers contracte avec le promettant l'objet de la préférence accordée au bénéficiaire, il entrave la bonne exécution du pacte de préférence. Par conséquent il ne respecte pas les prescriptions de l'article 1200 du code civil, en ce sens qu'il ne respecte pas la situation juridique créée par ledit pacte. De la même manière le même reproche peut être fait au tiers contractant du représentant. En effet dans l'hypothèse où celui-ci contracte avec celui qui prétend être habilité en ce sens, alors qu'en réalité tel n'est pas le cas, il entrave la bonne exécution du mandat qui est pourtant compris dans des limites déterminées. Certes dans bien des hypothèses il n'est pas facile pour ces tiers de déterminer par eux-mêmes leurs

³⁸⁶ MANGEMATIN C., « L'action interrogatoire en matière de pacte de préférence : une incombance », *loc.cit.*

³⁸⁷ V. *infra*

³⁸⁸ Art. 1200, C.Civ. « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait. »

³⁸⁹ Les tiers à un contrat sont en principe au nombre de trois, on a les *penitus extranei*, les créanciers chirographaires et leurs ayants cause. Pour un panorama détaillé, V. LARROUMET C., BROS S., *Traité de droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, n°743 et s.

mauvais impacts sur l'exécution d'un pacte de préférence ou d'un mandat. C'est la raison pour laquelle, ces tiers devraient s'enquérir au préalable de l'existence d'un pacte de préférence et de l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir. Mais aussi, en cas de représentation, ils devraient s'assurer de la réalité des pouvoirs du représentant. Or c'est là exactement l'objet des actions interrogatoires qui siègent aux articles 1123 et 1158 du code civil. Dans le but de respecter le principe de l'opposabilité des contrats aux tiers, celui-ci leur imposerait donc de mettre en œuvre le mécanisme interpellatoire qui leur est offert.

Les éléments permettant une certaine moralisation des affaires à savoir la bonne foi et le solidarisme, combinés au principe de l'opposabilité des contrats aux tiers, paraissent ainsi pouvoir justifier le caractère contraignant de l'action interrogatoire à l'égard du tiers.

Néanmoins cette contrainte ne dépend que de l'interprétation que les juges feront des actions interrogatoires, à défaut de la codification du législateur.

SECTION II : LA PORTEE DE L'EXERCICE DES ACTIONS INTERROGATOIRES

Il s'agit ici de déterminer l'étendue des effets attachés aux actions interrogatoires (A). Il est à noter par ailleurs que le législateur a entendu faire des actions interrogatoires un mécanisme applicable dès son entrée en vigueur. En cela, il est dérogoratoire du principe de survie de la loi ancienne (B). Au-delà de la consécration des actions interrogatoire en matière de pacte de préférence, de représentation conventionnelle et de confirmation de nullité, il nous a été donné de penser d'autres domaines pourraient accueillir le nouveau mécanisme. Ainsi donc nous prônons une extension du domaine des action interrogatoires. (C)

A- LA DETERMINATION DE LA PORTEE DES EFFETS ATTACHES AUX ACTIONS INTERROGATOIRES

Il faudra d'une part déterminer la portée de l'interpellation du prétendu représenté (1) avant de d'étudier celle de la déchéance du droit d'exercer l'action en nullité (2), d'autre part.

1- La portée de l'interpellation du prétendu représenté

Le défaut de réponse de l'interrogé emporte confirmation des pouvoirs du représentant. Ce dernier devient ainsi habilité à conclure l'acte. Cependant, ni l'étendue de la confirmation des

pouvoir du représentant (a) ni la nature de l'habilitation ne sont connus (b). Nous essaierons dès lors de les déterminer.

a- La portée de la confirmation des pouvoirs du représentant

Lorsqu'à la suite de l'interpellation par le tiers contractant portant sur l'étendue des pouvoirs de celui qui se dit représentant, le représenté confirme la réalité des pouvoirs en cause, l'acte conclu sur ce fondement l'engage. Cependant nous ne sommes pas ici dans la configuration classique où les pouvoirs du représentant ne sont mis en cause qu'en aval de la conclusion du contrat. En effet l'hypothèse de l'action interrogatoire est celle dans laquelle, le tiers après détermination des éléments essentiels du contrat, fait remonter celui-ci jusqu'au représenté afin qu'il puisse dire si oui ou non il le « valide ». On pourrait ainsi être tenté de croire que la confirmation des pouvoirs du représentant constitue un consentement direct du représenté à l'acte à conclure. L'idée est en cela d'autant plus soutenable à la lecture de l'article 1159 alinéa 2 du code civil qui dispose que « la représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ces droits ». Cette disposition se comprend bien dans la mesure où le fait pour le mandant d'habilitier une tierce personne pour le représenter n'est qu'une « modalité de jouissance de ses droits »³⁹⁰. Le représenté ainsi conserve les prérogatives dont il a délégué l'exercice et peut valablement les exercer lui-même. De fait il pourra malgré la représentation traiter lui-même avec le tiers contractant. Néanmoins, retenir du fait de la confirmation des pouvoirs du représentant, le consentement direct du représenté à l'acte, ne serait pas conforme à l'esprit même de la représentation. Et une telle hypothèse se traduirait par la révocation du mandat de sorte que le représentant sera évincé de l'acte à conclure. Or l'action interrogatoire n'a pas pour effet de mettre fin au contrat de représentation mais plutôt de conforter l'assise du représentant. La possibilité d'un consentement direct du représenté doit ainsi être écartée et ce pour plusieurs raisons.

L'inexistence d'un consentement direct du représenté à l'acte – La confirmation ne vaut pas conclusion de l'acte. Peu importe ainsi que le représenté conserve ses pouvoirs et puisse conclure l'acte par lui-même. Par la conclusion du contrat de représentation, le représenté a entendu donner procuration³⁹¹ au mandataire dans la gestion d'une affaire. Les raisons d'une

³⁹⁰ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op.cit.*, p. 256

³⁹¹ On assimile le mandat à la procuration. La seconde est le plus souvent utilisée dans la pratique notariale. On a pu soutenir que l'assimilation des deux notions était impropre en ce sens que la procuration est seulement la forme que peut prendre le mandat. Il faudrait ainsi distinguer le titre, instrumentum, et l'acte, negotium, V.

telle procuration peuvent être diverses. Ce peut être que le représenté n'a pas envie de conclure l'acte lui-même, ou qu'il n'a pas le temps de le faire. Ou bien encore, et de façon plus pratique, le mandat peut être dû au fait que le mandant n'a pas les compétences nécessaires pour conclure l'acte visé. En considération de cette dernière raison, admettre le consentement direct serait méconnaître la volonté du mandant et lui faire conclure un contrat dont il n'a pas la maîtrise. De plus le consentement direct aurait des conséquences non négligeables relatives à la détermination de la date de conclusion de l'acte mais aussi, à la rémunération du mandataire. D'une part, la date de l'acte ne serait plus de façon aussi évidente celle du contrat conclu par le représentant. En effet la date de la réponse confirmative pourrait être considérée comme celle de l'acte car si elle est vue comme un consentement direct, elle rencontre immédiatement celui du tiers qui n'attendait que la confirmation des pouvoirs. Afin d'éviter ce doute quant à la date de l'acte, il convient de ne pas de ne pas considérer l'action interrogatoire comme un mécanisme d'évincement du mandataire. D'autre part, il est admis que la représentation conventionnelle puisse faire l'objet d'une rémunération³⁹². L'admission du consentement direct pousserait à s'interroger sur le fait de savoir si le représentant aurait droit à ses honoraires en raison de son office. Lorsque la confirmation des pouvoirs du représentant emporte consentement, celui-ci ne serait plus en mesure de réaliser l'objet de la représentation, par conséquent la rémunération n'a pas lieu. Cela court-circuiterait le représentant qui risque de réclamer ses honoraires en vain. Ainsi au regard des effets pervers du consentement direct, les dispositions de l'article 1159 alinéa 2 devraient être incompatibles avec l'action interrogatoire en matière de représentation conventionnelle. Ceci est conforté en cela que la demande de confirmation des pouvoirs du représentant peut porter, non pas sur le contrat dans son ensemble, mais seulement sur une de ses stipulations. En pareil cas le consentement direct n'aurait aucun intérêt dans la mesure où il ne suffirait pas pour la conclusion du contrat.

Le problème ne devrait cependant pas se poser dans l'hypothèse d'un mandat exclusif. Dans ce cas en effet, seul le mandataire est investi du pouvoir de conclure l'acte. Dans une moindre mesure, le mandat exclusif donne au mandataire le pouvoir d'agir à tout le moins concurremment avec le représenté³⁹³. C'est par exemple lorsque le propriétaire d'un bien immobilier en confie la vente à une agence. Dans ce cas l'agence en question a l'exclusivité

RIPERT G., BOULANGER J., *Contrats civils*, 1958, n°2131, n°2133 cité par, GHESTIN J., *Traité de droit civil, op.cit.*, n°31106

³⁹² Art. 1986 C.Civ. « le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire »

³⁹³ GHESTIN J., *Traité de droit civil, op.cit.*, n°31107

du pouvoir de disposer du bien. De fait la mise en œuvre de l'interpellation interrogatoire ne serait pas de nature à emporter un consentement direct du propriétaire. En effet celui n'a plus la possibilité de disposer par lui-même du bien à l'insu de l'agence. Cependant rien n'interdit au propriétaire de passer outre l'agence pour vendre le bien en manifestant expressément sa volonté dans ce sens. Néanmoins dans une telle hypothèse, le mandataire n'est pas évincé dans la mesure où il faudra quand même lui verser ses honoraires ne serait-ce qu'en vertu de la violation de l'exclusivité.

En toute hypothèse, la demande de la réponse confirmative des pouvoirs du représentant n'est pas exclusive de la représentation.

Reste à déterminer la portée du défaut ou du retard de réponse de l'interpellé.

b- La détermination de la nature de l'habilitation

Le mandat qui est l'expression de la représentation conventionnelle donne pouvoir au représentant d'engager juridiquement le représenté. Le pouvoir du représentant en vertu du mandat peut être plus ou moins étendu. En effet le pouvoir donné peut soit être défini en des termes généraux, soit être spécialement déterminé³⁹⁴. En l'absence d'une demande de confirmation des pouvoirs du représentant, la répartition des pouvoirs du mandataire suit les prescriptions de l'article 1155 du code civil. Cependant lorsque le tiers contractant a un doute quant à la répartition des pouvoirs et qu'il en demande la confirmation au moyen de l'action interrogatoire, le pouvoir réel de représentant doit découler de la réponse de l'interpellé.

Distinction entre mandat général et mandat spécial – L'article 1155 combine de façon simplificatrice les articles 1987³⁹⁵ et 1988³⁹⁶ du code civil. Lorsque le mandat est conçu en termes généraux, il ne concerne que les actes conservatoires et d'administration. A contrario, cela signifie que le mandat défini en terme généraux ne permet pas de réaliser des actes de disposition. Pour pouvoir disposer d'un bien au nom et pour le compte du représenté, il faut nécessairement un pouvoir exprès, c'est-à-dire un pouvoir spécialement déterminé³⁹⁷. Le tiers

³⁹⁴ Art. 1155, C.Civ.

³⁹⁵ « Il est ou spécial et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant. »

³⁹⁶ « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès. »

³⁹⁷ Civ. 1^{ère}, 17 janv. 1973, *Bull. civ. I*, n°25 ; Civ. 1^{ère}, 21 déc. 1976, *Bull. civ. I*, n°421, dans cet arrêt il a été décidé que pour la vente d'un immeuble, un mandat exprès est nécessaire. De fait on ne peut se contenter d'une

contractant doit donc s'attendre à un risque de dépassement de pouvoir s'il envisage d'acquérir un bien, ce qui peut le pousser à avoir recours à l'action interrogatoire.

Conséquence de l'action interrogatoire – Lorsque l'interpellation est exercée, la confirmation des pouvoirs du représentant réduit considérablement l'étendue de l'habilitation. En effet, si le mandat général permet au mandataire de faire tous les actes juridiques d'administration ou de conservation d'ans l'intérêt d'une personne, l'action interrogatoire n'en tient pas compte en ce qu'elle vise un seul acte. La réponse confirmative de l'interrogé ne peut ainsi se traduire qu'en une habilitation spéciale. Par ailleurs l'interrogé peut ne pas répondre à l'interpellation. Dans ce cas, le fait pour l'article 1158 de disposer que le représentant est « habilité à conclure l'acte » revient en notre sens à établir un mandat spécial qui est déterminé par la nature de l'acte à conclure.

Une habilitation spéciale – Le contenu de l'action interrogatoire indique de façon précise les termes du contrat à conclure. Quelle que soit la nature de l'acte envisagé, l'interpellé confirme les pouvoirs du représentant pour ce seul acte. Tout autre acte pris par le même représentant avec le même tiers sort du cadre de l'habilitation établi par l'interpellation interrogatoire. Il en est de même lorsque l'interpellé n'a pas répondu à la demande du tiers. La présomption d'habilitation porte seulement sur la conclusion du contrat qui a fait naître l'interrogation.

Par ailleurs on remarque que l'alinéa 2 de l'article 1155 du code civil, permet au représentant qui dispose d'un pouvoir spécial d'accomplir non seulement les actes pour lesquels il est habilité, mais également ceux qui en sont l'accessoire. Cependant il nous semble que, lorsqu'à la demande du tiers le représenté confirme les pouvoirs du représentant, cette disposition doit être écartée. Elle paraît en effet incompatible avec l'habilitation donnée au travers de la réponse à l'interpellation. C'est en effet que celle-ci ne concerne que ce qui a été indiqué dans la demande. En outre cette extension aux actes accessoires étend de manière potentiellement dangereuse les pouvoirs du représentant³⁹⁸. La référence à la notion indéfinie d'accessoire permettrait au représentant de réaliser, très au-delà des actes spécialement visés dans la demande interrogatoire, tous les autres actes qui s'y rapprochent ne serait-ce que par « simple rapport d'utilité »³⁹⁹. Il serait regrettable qu'une telle situation susceptible de conduire à un dépassement de pouvoirs soit admise alors même que l'objet de l'action interrogatoire est précisément de lutter contre ce dépassement.

lettre du propriétaire adressée à un agent dans laquelle il manifeste sa volonté d'aliéner son bien. Car, bien que cette volonté de vendre ne soit pas douteuse, l'existence d'un mandat à cet effet peut l'être.

³⁹⁸ WICKER G., « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », *loc.cit.*, n°27

³⁹⁹ *Ibid.*

Toutefois cette exclusion des actes accessoires ne devrait pas être appliquée lorsqu'il s'agira d'une présomption d'habilitation qui découle du défaut de réponse de l'interpellant. Car, le défaut de diligence de l'interrogé ne doit pas être retenu contre le représentant qui risque de voir son champ d'action restreint. Néanmoins, parce que les actes accessoires ne figurent pas dans la demande le représentant devrait être admis à les contester en cas de dépassement de pouvoir ce, alors même qu'il n'a pas répondu à l'interpellation.

La portée de la déchéance du droit d'exercer la nullité doit également être déterminée.

2- La portée de la déchéance du droit d'exercer l'action en nullité

A deux niveaux la mise en œuvre des actions interrogatoires aboutit à une déchéance de l'interrogé du droit de critiquer l'acte en cause lorsque qu'il ne répond pas à l'interrogation dans le délai imparti. D'une part, en matière de confirmation de nullité lorsque le délai de six s'est écoulé. Dans ce cas il ne peut plus demander la nullité. Néanmoins il nous semble qu'il puisse toujours se prévaloir de l'exception de nullité (a). D'autre part, en matière de pacte de préférence lorsqu'également le délai raisonnable s'est écoulé. Cependant si le bénéficiaire ne peut plus demander la nullité de l'acte à sa substitution au bénéficiaire, rien n'est dit sur les dommages et intérêts. Ce qui laisse penser qu'il peut toujours agir en responsabilité (b)

a- L'extension de la forclusion à l'exception de nullité

En matière de nullité lorsque le destinataire de l'action interrogatoire s'abstient au bout de six mois, son silence a pour effet la forclusion. Il est à noter que la situation juridique qui naît de cette forclusion est identique à celle de l'écoulement du délai de prescription de droit commun qui est de cinq ans. En effet le contrat nul est « réputé confirmé ». Ainsi donc il est normal que l'interrogé ne puisse pas introduire une action en nullité au-delà du délai accordé. Cependant l'action en nullité à titre principal n'est pas le seul moyen pour obtenir l'anéantissement du contrat. En effet, lorsque ce n'est pas le titulaire de l'action mais son contractant qui l'attaque en justice en raison d'une inexécution constatée du contrat, il peut alors soulever une exception de nullité⁴⁰⁰. En effet, en éteignant l'action en nullité, la

⁴⁰⁰ Sur l'exception de nullité, V. ; STORCK M., « L'exception de nullité en droit privé », *D.* 1987, p. 67 ; VICHY-LLADO D., « L'exception de nullité », *Defrénois* 30 nov. 2000, n° 37256, p. 1265, cité par DANOS F., « Exception de nullité et exécution partielle du contrat avant l'expiration du délai de prescription » *BMIS*, 2017, n° 06, p. 369

prescription rend définitive la situation issue du contrat. Cependant la prescription éteint seulement le droit d'action mais pas celui de l'opposer⁴⁰¹.

Le régime de l'exception de nullité – Lorsque la nullité est invoquée par voie d'exception, c'est qu'an plan procédural celui qui s'en prévaut est défendeur à une demande d'exécution du contrat. Le contrat n'a donc pas encore été exécuté. Un auteur justifie la survie de l'exception de nullité à la prescription en ce sens que « si la prescription jouait dans un tel cas, il suffirait au créancier de ne pas invoquer le contrat pendant le délai, puis de reparaitre en soutenant que le débiteur ne peut plus invoquer la nullité prescrite. [Ce résultat serait pour lui] inadmissible et contraire à la morale et à la bonne administration de la justice »⁴⁰². Le jeu de la prescription est donc dans ce cas écarté. L'exception de nullité devient perpétuelle. Elle peut être opposée sans limitation de durée⁴⁰³ : « la prescription d'une action en nullité ne fait pas obstacle au droit d'opposer cette nullité comme exception en défense à l'action principale »⁴⁰⁴. Cependant la perpétuité de l'exception n'est possible que lorsque le contrat n'a pas encore été exécuté. C'est ce qui ressort également de l'article 1185 du code civil. L'exception de nullité est ainsi autonome et indépendante vis-à-vis de l'action en nullité. Il n'est plus ici question, techniquement, d'obtenir la nullité du contrat qui mènerait à l'anéantissement rétroactif par voie d'exception, comme c'est le cas avant l'expiration du délai de prescription. Il s'agit plutôt d'invoquer l'exception de nullité pour faire échec à une demande d'exécution d'un acte qui était initialement entaché par une cause de nullité et qui n'a pas encore été exécuté.

L'article 1183 est muet quant à la possibilité de l'interpellé déchu de soulever une exception de nullité. On pourrait ainsi penser que l'interpellé négligent pourrait quand même invoquer l'exception en cours d'instance, du fait que l'effet de la forclusion ici est le même que celui de l'écoulement de la prescription. Néanmoins, si l'article 1183 du code civil ne dit rien sur le sujet il énonce quand même que le contrat est « réputé confirmé » à l'expiration du délai. Or l'alinéa 4 de l'article 1182 du code civil énonce que « La confirmation emporte renonciation

⁴⁰¹ C'est l'application de l'adage « *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* » : ce qui est temporaire quand l'action est perpétuelle quant à l'exception.

⁴⁰² BENABENT A., *Droit des obligations, op. cit.*, n°215

⁴⁰³ DANOS F., « Exception de nullité et exécution partielle du contrat avant l'expiration du délai de prescription », *loc. cit.*, p. 369

⁴⁰⁴ Cass. 3^e civ., 19 juill. 1984, *Bull. civ.* III, n°145. V. également, Cass. com., 8 févr. 2017, n° 14-26094, arrêt selon lequel « la règle selon laquelle l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte qui n'a pas encore été exécuté ne s'applique qu'à compter de l'expiration du délai de prescription de l'action et qu'après cette date, l'exception n'est recevable que si l'acte n'a pas commencé à être exécuté, [de sorte] que la cour d'appel, qui n'a pas relevé que l'action en nullité des conventions de cessions d'actions et de compte courant était prescrite lorsque l'exception de nullité a été soulevée, a violé [l'article 1304 du Code civil]

aux moyens et exceptions qui pouvaient être opposés, sans préjudice néanmoins des droits des tiers ».

L'anéantissement de l'exception de nullité – Ainsi il semble que l'action interrogatoire du fait qu'elle répute confirmer le contrat, supprime non seulement le droit d'action à titre principal mais également à titre incident⁴⁰⁵.

La déchéance de l'interrogé a donc ici un champ très large. Que ce soit par voie d'action ou par voie d'exception, il n'est plus fondé à demander la nullité.

Qu'en est-il de la portée de la déchéance en matière de pacte de préférence ?

b- Le recours possible du bénéficiaire contre le promettant

Lorsqu'une personne, le promettant, s'engage envers le bénéficiaire à lui donner la préférence dans l'hypothèse où il se déciderait à conclure un contrat, la violation de cet engagement peut donner lieu à l'annulation du contrat, à la substitution du tiers mais également à l'allocation de dommages et intérêts⁴⁰⁶. Si l'action préventive reconnue au tiers vise à prémunir celui-ci des deux premières sanctions, rien n'est dit sur la possibilité d'engager la responsabilité du promettant. En effet l'alinéa 4 de l'article 1123 dispose que le bénéficiaire « ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité. En ne mentionnant pas la troisième sanction, le législateur réserve la réparation du préjudice subi qui pourra être demandée au promettant oublieux de la préférence qu'il a accordée. Les effets de l'action interrogatoire en matière de pacte de préférence, en cas de négligence de l'interrogé, ne s'étendent donc pas au promettant. C'est dire que l'interpellation est conçue dans le but exclusif de protéger le tiers qui la met en œuvre. De fait elle a pour vocation de procéder à une purge seulement partielle du droit de priorité à l'endroit du tiers. Le mécanisme interpellatoire met le tiers à l'abri de tout recours du bénéficiaire de la préférence, cependant que le promettant lui, ne dispose d'aucune protection contre celui-ci. C'est comme si, nous disent certains commentateurs, « l'action interrogatoire avait opéré une exécution conforme

⁴⁰⁵ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op.cit.*, p. 339

⁴⁰⁶ V. infra ; cependant il n'est pas évident que le bénéficiaire est en droit de réclamer des dommages et intérêts au promettant en cas de violation du pacte. En effet pour la Cour de cassation, tel est le cas lorsque le pacte de préférence est consenti à un locataire en cas de vent de l'appartement qu'il occupe et que le propriétaire vend la totalité de l'immeuble, Civ. 3^e, 9 avril 2014, n°13-13.940, *RDC*. 2014, p. 336, obs. GENICON T. ; p.645, obs. SEUBE ; *JCP*, 2014, p. 1196, obs. VIRASSAMY.

du pacte de préférence pour le compte du promettant »⁴⁰⁷. Ainsi le bénéficiaire a droit à la réparation du préjudice subi en raison de la violation du pacte de préférence dans les conditions de la responsabilité contractuelle⁴⁰⁸. Il est à noter que l'étendue de ce préjudice est à déterminer. La réparation porte sur la perte de chance de contracter. Cependant la Cour de cassation ne se limite pas là. En effet elle a pu décider dans un récent arrêt⁴⁰⁹ que « le préjudice réparable du fait de la violation d'un pacte de préférence ne se limite pas à la perte de chance de contracter, quand bien même le projet de cession proposé au bénéficiaire s'analyserait comme une offre d'achat émanant du tiers candidat plutôt que comme une offre du cédant. En outre, le préjudice de concurrence déloyale invoqué par la société mère absorbante du bénéficiaire du pacte lui est personnel et ne se confond pas avec celui de la société absorbée »⁴¹⁰. Ainsi donc a été réparée en plus de la perte de chance de contracter une autre perte de chance. Il s'agit de celle de tirer des profits du contrat manqué⁴¹¹.

Au-delà, notons que les dispositions interrogatoires sont les seules à être applicables immédiatement. En cela, il est dérogatoire du principe de survie de la loi ancienne

B- Un mécanisme dérogatoire du principe de survie de la loi ancienne

Les actions interrogatoires dérogent au principe de survie de la loi ancienne. En effet, elles sont immédiatement applicables aux contrats en cours (1). Cette dérogation nous pousse à y voir un mécanisme d'ordre public (2).

1- Le caractère immédiat de l'application des actions interrogatoires

⁴⁰⁷ DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op.cit.*, p.147

⁴⁰⁸ Sur les conditions de la responsabilité contractuelle, V. LARROUMET C., BROSS S., *Traité de droit civil : Les obligations, le contrat, op.cit.*, p. 604 et s.

⁴⁰⁹ Cass. Com., 20 sept. 2016, n° 15-10.963, inédit, *Rev. sociétés* 2017., p.77, note F. PASQUALINI, G. MARAIN

⁴¹⁰ PASQUALINI F., MARAIN G., « Le préjudice né de la violation d'un pacte de préférence », *Rev. Sociétés*, 2017, p. 77

⁴¹¹ V. BARBIER H., « Les chefs de préjudice réparable en cas de violation d'un pacte de préférence après son exercice par le bénéficiaire », *RTD civ.* 2017, p. 124

L'article 9 de l'ordonnance du 10 février 2016 contient les dispositions transitoires. Aux alinéas 1 et 2 on peut y lire que « les dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2016 [et que] les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne ». Ces dispositions appliquent ainsi aux contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 le principe de survie de la loi ancienne.

Le principe de survie de la loi ancienne – « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif » dispose l'article 2 du Code civil, intact depuis sa création. Il consacre ainsi le principe de non rétroactivité de la loi ancienne. De par ce principe la loi nouvelle ne doit s'appliquer qu'à des situations juridiques qui existent au moment de son entrée en vigueur. Il en ressort qu'elle n'a donc pas vocation à régir des situations contractuelles antérieures à sa naissance.

Par ailleurs le principe signifie que la loi nouvellement entrée en vigueur n'est pas admise à remettre en cause une situation juridique déjà éteinte au moment de sa ratification. De la même manière elle ne peut revenir sur des effets juridiques antérieurs ou en cours à ce moment précis.

Le principe reconnu par la jurisprudence⁴¹², assure de ce fait une protection des parties contractuellement liées à travers une garantie de sécurité juridique, laquelle les prévient de tout bouleversement de leurs prévisions et d'égalité devant la loi. Néanmoins le principe, observé par toutes les autres dispositions, est battu en brèche par les actions interrogatoires. En effet le législateur a entendu en faire des dispositions immédiatement applicables.

L'application immédiate des actions interrogatoires – toujours à l'article 9 de l'ordonnance, on apprend que les actions interrogatoires bénéficient d'un régime transitoire dérogatoire. En effet, outre le fait qu'elles s'appliquent à compter du 1^{er} octobre 2016 à l'instar des autres dispositions, elles pourront s'appliquer aussi bien pour des contrats conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance que postérieurement à cette date. Cependant, ces exceptions⁴¹³ relatives à l'applicabilité immédiates des actions interrogatoires

⁴¹² Civ. 3^e, 3 juill. 1979, n° 77-15.552, *JCP* 1980. II. 19384, note DEKEUWER-DEFOSSEZ F.

⁴¹³ Les exceptions au principe de survie de la loi ancienne sont nombreuses en jurisprudence, en ce sens, Cass., ch. mixte, 13 mars 1981, n° 80-12.125 ; Civ. 3^e, 3 nov. 1981, n° 79-16.101 ; 13 juin 1990, n° 88-19.228, *D.* 1990. 465, note P. DUBOIS, l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage instituée par l'art. 12 de la loi du 31 déc. 1975 s'est appliquée immédiatement aux contrats en cours. ; Civ. 3^e, 15 mars 1989, n° 87-19.942 ; 22 mars 1989, n° 87-17.823, la loi du 6 janv. 1986 qui a encadré les variations de loyer en cas de renouvellement du bail après sa date d'expiration s'est appliquée à tous les renouvellements en cours. ; Com. 18 févr. 1992, n° 89-21.187, la loi du 1^{er} mars 1984 créant une obligation à la charge des établissements de crédit d'informer la caution du montant du principal, intérêt, etc., restant à courir s'est appliqué aux contrats en cours

ne font entorse qu'au « principe de survie de la loi ancienne » et non de « rétroactivité de la loi nouvelle ». En effet, la mise en œuvre des interpellations interrogatoires n'est possible à leur titulaire qu'à compter du 1er octobre 2016 et ne concernent point les effets du contrat produits avant cette date.

L'application immédiate des actions interrogatoires concerne donc les « effets légaux attachés à des situations juridiques déjà nées mais non définitivement réalisées »⁴¹⁴.

On pourrait être tenté d'illégitimer cette dérogation au principe de survie de la loi ancienne en ce sens qu'elle serait de nature à déjouer la prévision des parties ou des tiers. Cependant l'application immédiate des actions interrogatoires n'en est pas moins valable. En effet à partir du moment où la règle a la même valeur que celle à laquelle elle vient déroger, en l'occurrence l'article 2 du code civil, sa validité n'est pas contestable. Or elles ont ici toutes deux une valeur légale. C'est dire ici que ce que le législateur a fait, il est à même de le défaire. De plus, les actions interrogatoires visent à renforcer la sécurité juridique des tiers et en favorisant la stabilité de leur situation juridique. Il semble dès lors raisonnable que le législateur, armé de cet objectif, puisse imposer les règles nécessaires en ce sens.

Néanmoins, l'alinéa 4 de l'article 9 limite la portée de l'application des actions interrogatoires⁴¹⁵ dans le temps en indiquant que si une instance a été introduite avant le 1^{er} octobre 2016 mais qu'elle se prolonge après cette date, elles ne seront pas applicables en cours d'instance, que ce soit en appel ou devant la Cour de cassation.

Toutefois l'application immédiate pousse à considérer les dispositions interpellatoires comme étant d'ordre public.

2- Le caractère d'ordre public des actions interrogatoires

Actions interrogatoire et ordre public – L'ordonnance portant réforme du droit des contrats ne prévoit pas que les actions interrogatoires sont des dispositions d'ordre public. Cependant

⁴¹⁴ BARBIER H., « L'application immédiate de la loi nouvelle aux effets légaux du contrat ... un enseignement à tirer pour l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2017, p. 118.

⁴¹⁵ FRANÇOIS C., « Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 506, pour cet auteur, « La portée du dernier alinéa de l'article 9, l'alinéa 4, demeure quant à elle énigmatique (...). Cette précision semble rendue inutile par la présence de l'alinéa 2 qui énonce que les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 demeurent régis par la loi ancienne... (...). L'alinéa 4 consacrerait donc une exception à l'alinéa 3 qui consacre lui-même trois exceptions au principe de survie de la loi ancienne énoncé à l'alinéa 2... »

ce n'est pas une raison pour nous garder de cette qualification. En effet la doctrine ainsi que la jurisprudence ont pu considérer qu'une disposition légale est d'application immédiate aux contrats en cours à partir du moment où elle revêt un caractère « d'ordre public »⁴¹⁶. L'inverse n'est peut-être pas admissible en tous les cas. Cependant c'est l'interprétation que nous devons retenir. Car, l'ordre public visé dans cette hypothèse n'est pas celle de l'article 6 du code civil⁴¹⁷, mais un ordre public qui peut être qualifié de « particulièrement impérieux »⁴¹⁸. Pour être qualifiée comme telle, les dispositions de la loi doivent avoir un réel impact sur le contrat. Elles doivent ainsi « bouleverser véritablement l'économie du contrat conclu entre les parties, prévoir des éléments contractuels qui n'auraient pu être prévus directement par les parties elles-mêmes »⁴¹⁹. Or à considérer d'une part, l'objectif poursuivi par les actions interrogatoires⁴²⁰, la stabilisation des situations juridiques créées en vue d'une sécurité juridique renforcée dans le contrat vue à l'heure de la simplification du droit comme un besoin impérieux. D'autre part, les actions interrogatoires impactent fortement sur le contrat qui les font naître ainsi que sur les effets de ceux-ci. En effet, si par exemple le dépassement de pouvoirs rend par l'effet de la loi, le contrat conclu par le représentant avec un tiers inopposable au prétendu représenté voire nul, l'exercice de l'action interrogatoire pourrait aboutir à une situation où ce même représenté ne pourrait méconnaître l'acte une fois né. Cela bouleverserait sans aucun doute les prévisions de ce dernier. Cependant un besoin supérieur,

⁴¹⁶ CHEVRIER E., « Pénalités pour non-respect des délais de paiement entre entreprises », note sous arrêt, Com. 3 mars 2009, *D.* 2009. 725, « Les dispositions de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 modifiant l'article L. 441-6 du code de commerce, qui répondent à des considérations d'ordre public particulièrement impérieuses, sont applicables, dès la date d'entrée en vigueur de ce texte, aux contrats en cours. Les pénalités de retard pour non-paiement des factures sont dues de plein droit, sans rappel et sans avoir à être indiquées dans les conditions générales des contrats (cassation pour violation de l'article 2 du code civil et de l'article L. 441-6 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 15 mai 2001) »

⁴¹⁷ « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

⁴¹⁸ CHEVRIER E., « Pénalités pour non-respect des délais de paiement entre entreprises », note sous arrêt, Com. 3 mars 2009, *loc.cit.*

⁴¹⁹ MANNA L. « L'application dans le temps de la réforme du droit des obligations », *Lexbase Hebdo édition privée*, n° 661, 2016, N° Lexbase : N3402BWW

⁴²⁰ *V. infra*

impérieux d'ordre public le commande. Aussi, de ce caractère d'ordre public des actions interrogatoires, il faut tirer les conséquences.

Aménagement des actions interrogatoire par les parties – La reconnaissance des actions interrogatoires en tant que mécanisme d'ordre public imposent aux parties leur respect strict suivant les prescriptions de la loi. Ainsi les parties ne devraient pas être en mesure d'aménager à leur guise les conditions relatives à la mise en œuvre des interpellations ou même de restreindre leur exercice. Il est à noter que les interpellations en matière de pacte de préférence et de représentation conventionnelle ne posent pas à ce niveau de problème. En effet dans ces hypothèses le titulaire de l'action est un tiers au contrat de base. De fait, on ne conçoit pas par quel moyen les parties à un contrat pourrait être autoriser à priver un tiers de l'exercice d'un droit qui lui est légalement reconnu. C'est donc en matière de confirmation de nullité que la règle s'impose. Ainsi les parties ne pourraient pas dans leur convention inclure une clause par laquelle elles s'obligeraient même lorsqu'une cause de nullité relatives leur est connue, à ne pas mettre l'action interrogation en mouvement. De même le délai de six ne pourrait être ni compressible ni extensible de sorte que l'interrogé devra s'y tenir strictement. Il en est de même pour la formalité de l'écrit qui est à tire de validité. L'action interrogatoire ne pourrait en effet pas prendre une autre forme. Néanmoins, le législateur n'impose aucune condition pour la notification de l'écrit. De fait, les parties ont la possibilité – en tout cas rien ne l'interdit – de prévoir dans leur convention des modalités de notification spécifiques dont le non-respect entrainerait l'irrégularité de l'interpellation.

En toute hypothèse les actions interrogatoires s'averent etre un mecanisme qui à bien des égards pourraient rendre le contrat plus attractif parce que plus sécitaire.

Conclusion

Objet de l'analyse – L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a introduit en matière contractuelle trois nouvelles « actions interrogatoires ». Elles poursuivent toutes un objectif de sécurité juridique à travers la consolidation de la situation juridique de leurs titulaires. En ce sens elles ont pour seul but de combattre ou d'éviter les sanctions qui peuvent découler de la violation d'un pacte de préférence, d'un dépassement de pouvoirs ou encore d'une nullité relative.

Pour conduire notre réflexion on s'est posé la question de savoir si la sécurité juridique recherchée au moyen de la consolidation d'une situation contractuelle donnée peut-elle utilement être atteinte à travers les actions interrogatoires introduites par la réforme du droit des contrats dans les domaines visés par celles-ci ?

Méthode d'analyse – Pour conduire notre analyse il était primordial de partir de l'étude du mécanisme. En effet les actions interrogatoires sont un mécanisme récemment introduit en droit des contrats. De ce fait il fallait en déterminer le fonctionnement ainsi que son domaine d'application. C'est seulement à travers cette étude du mécanisme qu'il nous aura été donné la possibilité de nous prononcer sur la légitimité des actions interrogatoires. Par la suite et en vue de déterminer si les actions interrogatoires seront opératoires dans l'ordonnement juridique, il a fallu les mettre en rapport avec des situations juridiques qui pourraient réduire leur action.

Résultats de l'analyse – Aux termes de cette étude, nous avons pu en déduire que la sécurité juridique recherchée par le législateur à travers la consolidation de situations juridiques données peut bien être l'œuvre des nouvelles actions interrogatoires. Mais cela n'est possible qu'au prix de certaines modifications.

A travers l'étude du mécanisme, on a pu conclure qu'en dépit du domaine pas très net des actions interrogatoires, celle-ci sont un mécanisme dont l'usage n'ébranle pas au stade de son exercice la sécurité de l'interrogé. En effet les conditions de l'exercice du nouveau mécanisme sont telles qu'elles garantissent à l'interrogé une sécurité optimale qui lui garantit la connaissance de l'exercice de l'action à son égard.

Par ailleurs on a pu déduire de cette étude que le nouveau mécanisme, contrairement aux propos de ses détracteurs sont un mécanisme légitime. En effet son mode de fonctionnement n'est pas de nature à entraver un quelconque droit fondamental. On en a donc déduit que le raccourcissement observé des délais ne concerne vraiment que le délai de six mois. Ce raccourcissement n'a pas de conséquence sur un droit fondamental car, il n'existe pas un droit

pareil à l'écoulement de la prescription. Néanmoins il est vrai que le mécanisme sera source d'un abondant contentieux dans les années à venir. En effet on ne peut pas nier que l'instauration des délais raisonnables sont un peu lacunaire en ce sens que le législateur en a laissé la libre détermination à l'interrogeant sans préciser les éléments d'appréciation de tels délais.

On a également pu conclure que les difficultés liées à l'exercice des actions interrogatoires ne sont pas insurmontables. Une difficulté a pu résulter cependant de l'inexistence d'une offre dans le pacte de préférence. Ceci nous a conduit à suggérer que l'action interrogatoire en matière de pacte de préférence doit être réservée à la seule procédure de préférence.

La seule véritable difficulté est le caractère libre de l'exercice des actions interrogatoires. En effet on a pu déduire de cette étude qu'aussi longtemps que l'exercice des actions interrogatoires seront laissé au libre choix de leurs titulaires, le nouveau mécanisme ne sera pas efficace. Par conséquent l'objectif de sécurité que s'est fixé le législateur ne sera pas atteint. C'est en effet que des considérations d'opportunités et même de mauvaise foi peuvent pousser le titulaire d'une action interrogatoires à ne pas exercer sa « prérogative ». Nous en avons ainsi conclu que pour atteindre son objectif, l'action interrogatoire se doit d'être contraignante pour son titulaire. Elle devrait ainsi, lorsque l'existence du critère de déclenchement ne fait pas de doute, être considérée comme une incombeance à la charge de son titulaire. Ainsi le défaut d'exercice de l'action donnerait lieu à une sanction qui sera la déchéance du titulaire de l'action du droit de se prévaloir de moyens de défense. De la sorte, l'efficacité du nouveau mécanisme ne fera pas l'objet de doute.

Perspective – Le mécanisme des actions interrogatoires pourrait intégrer certaines relations contractuelles. Pour ce faire il faudrait qu'après les premières applications du mécanisme nouveau, il soit satisfaisant au regard de son objectif. L'existence des actions interrogatoires n'est pour l'instant observée que dans le pacte de préférence, la représentation conventionnelle, et la nullité relative. La consécration des interpellations interrogatoires est donc bien limitative.

Sans prétendre à une liste exhaustive des domaines susceptibles d'une extension en matière contractuelle, nous tenterons d'en voir quelques-uns.

On s'étonne que des contrats comme la promesse unilatérale n'abritent pas une interrogation de ce genre. Et pourtant la promesse unilatérale, à bien des égards, se rapproche beaucoup du pacte de préférence quant à son fonctionnement. La promesse unilatérale met en présence un

promettant et un bénéficiaire. Le premier accorde au second « le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire »⁴²¹. Le bénéficiaire dispose ainsi d'une option, c'est-à-dire de la faculté de la contracter ou de ne pas la contracter dans le délai accordé. Il est à noter qu'a l'instar du pacte de préférence, « Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul »⁴²². Là encore la situation du tiers n'est pas la même selon qu'il est de bonne ou de mauvaise foi. Dans le premier cas il n'encourt pas la nullité alors que dans le second l'acte est nul. Le tiers peut très bien ignorer l'existence de la promesse en ce sens que celle-ci n'est pas soumise à une publicité obligatoire. En effet La promesse relève de la publicité foncière facultative pour l'information des tiers⁴²³. Cette publicité n'a pas pour effet de rendre la promesse opposable aux tiers. Elle présente ainsi un intérêt limité pour le bénéficiaire. Par ailleurs, aucune obligation ne pèse sur le tiers de rechercher l'existence de la promesse unilatérale. En ce sens, on a pu juger que la publicité de la promesse unilatérale ne suffit pas à constituer le tiers de mauvaise foi dans la mesure où elle ne permet pas de présumer qu'il en a eu connaissance. C'est dire que le tiers n'est pas présumé connaître la promesse parce qu'elle a été publiée. Il en ressort qu'il serait très difficile pour le bénéficiaire de rapporter la preuve que le tiers connaissait bien l'existence de la promesse unilatérale de sorte que le prononcé de la nullité de l'acte sera peu probable. Là se fait sentir l'utilité d'une action interrogatoire. Pour s'assurer de la bonne foi du tiers il pourrait lui être reconnu la possibilité, avant de s'engager, d'interroger le bénéficiaire sur l'existence de la promesse et s'il y a lieu, sur son intention de s'en prévaloir, à charge pour ce dernier de répondre dans un délai raisonnable. A défaut de réponse il ne serait plus admis à demander la nullité du contrat.

La vente avec faculté de rachat pourrait aussi bien accueillir une action interrogatoire. Dans ce type de contrat, le vendeur se réserve le droit de reprendre la chose vendue moyennant le paiement du prix⁴²⁴. Peu importe les mains entre lesquelles le bien peut se retrouver postérieurement, le vendeur initial peut toujours le récupérer. C'est comme si les aliénations postérieures étaient toutes assorties d'une condition résolutoire. Ainsi, tous les actes dont a fait l'objet le bien se retrouvent annuler dans le cas où la faculté de rachat serait mise en œuvre. Il apparaît que la situation du tiers est de ce fait fragilisée. Pour éviter que celui-ci se

⁴²¹ Art. 1124 al. 1, C.Civ.

⁴²² Art. 1124 al. 2, C.Civ.

⁴²³ Art. 37, 1°, D. n° 55-22, 4 janv. 1955 portant réforme de la publicité foncière, *JO*, 7 janv. 1955

⁴²⁴ *V. infra*

retrouve dans cette situation, il pourrait lui être reconnu la possibilité d'interroger son vendeur sur l'existence d'une faculté de rachat dont serait titulaire le vendeur initial. De fait il choisirait d'acquérir le bien en toute connaissance de cause.

A vrai dire, une action interrogatoire pourrait être édictée partout où il y a une préférence accordée à un bénéficiaire, laquelle préférence susceptible d'être violer. Il en est de même des situations où un tiers acquéreur d'un bien méconnaît l'existence sur le même bien d'un droit reconnu à une autre personne. C'est le cas notamment des biens grevés d'une sûreté qui n'est pas soumise à une publicité obligatoire.

En tout état de cause, il est fort à parier que leur extension dans d'autres domaines du contrat n'en serait que bénéfique pour les partenaires commerciaux.

Bibliographie

OUVRAGES GENERAUX

- **AMRANI-MEKKI S., STRICKLER Y.**, *Procédure civile*, PUF, 2014
- **ARMANI MEKKI S., STRICKLER Y.**, *Procédure civile*, Puf, coll. Thémis, 2014
- **BEIGNIER B., BLERY C., THOMAS-RAYNAUD A-L.**, *Introduction au droit, Cours*, LGDJ, 5^e éd., 2016
- **BENABENT A.**, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 11e éd. 2015, n°62. ;
- **BENABENT B.**, *Les obligations*, 15^eéd, LGDJ, 2016.
- **BOUCARD H.**, *L'agrégation de la livraison dans la vente. Essai de théorie générale*, LGDJ, coll., Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers , 2005
- **BOY L., RACINE J-B., SIIRAINIEN F.**, *Sécurité juridique et droit économique, Droit Economie International*, Larcier, 2007
- **CADIET L., JEULAND E.**, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., Litec, 2013, p. 267
- **CADIET L., JEULAND E.**, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^e éd. 2016
- **CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y.**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 11e éd., Dalloz, 2000
- **CARBONNIER J.**, *Droit Civil, vol II, les biens, les obligations*, PUF, 2004
- **CARBONNIERJ.**, *Flexible droit*, LGDJ, Paris, 7^e éd., 1992, p.171
- **CASTRIES H. DE, MOLFESSIS N.**, *Sécurité juridique et initiative économique : Rapport*, Le club des juristes, Mare & Martin, 2015
- **CHANTEPIE G., LATINA M.**, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, Dalloz, Paris, 2016
- **CHENEDE F.**, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidation, Innovations, Perspectives*, Dalloz, 2016
- **COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE PH.**, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2015
- **COUTURIER G.** *La confirmation des actes nuls*, thèse, Paris, 1969
- **CROZE H.**, *Procédure civile*, LexisNexis, 5^e éd, 2014
- **DELEBECQUE P., PANSIER F-J.**, *Droit des obligations. Contrat et quasi contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013
- **DELEBECQUE P., PANSIER F-J.**, *Droit des obligations. Régime général*, LexisNexis, 8^e éd., 2016

- **DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M.**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016
- **DISSAUX N., JAMIN C.**, *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.
- **DISSAUX N., JAMIN C.**, « Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article », 2015, *D.* (suppl. du Code civil 2016)
- **DOUCHY-OUDOT M.**, *Procédure civile*, Gualino, coll. Master, 6^e éd., 2014
- **DOUVILLE T.**, *La réforme du droit des contrats Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Gualino, Hors coll. 2016
- **DUFOUR G.**, *Sécurité juridique et règles de droit : illustrations en droit des contrats*, thèse dactyl, Université de Lille 2, 2005
- **DURRY G.**, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant*, thèse Paris, 1957
- **FABRE-MAGNAN M.**, *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, Puf, 4^e éd, 2016
- **FABRE-MAGNAN M.**, *Les obligations*, PUF, 2004
- **FAGES B.**, *Droit des obligations*, LGDJ, Manuel, Droit privé, 5^eéd, 2015.
- **FRELETEAU B.**, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, LGDJ, 2017
- **GARS A. LE**, *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse, Toulouse 1, 2003,
- **GAVALDA CH., STOUFFLET J.**, *Droit bancaire*, Litec, 8^e éd., 2010
- **GHESTIN J.**, *Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3^e éd, 2012
- **GRAMMATIKAS G.**, *Théorie générale de la renonciation*, LGDJ, 1971,
- **GUINCHARD S., CHANAIS C.**, autres, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, Précis, Droit privé, 9^e éd., 2017
- **GUINCHARD S., DEBARD T.**, *Lexique des termes juridiques 2016 – 2017*, Dalloz, 24^e éd., 2016
- **HERON J., BARS T. Le**, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^e éd., 2012

- **HERON J., LE BARS T.**, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, Précis Domat, Droit privé, 6^eéd., 2016
- **JAMIN C.**, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 447
- **JEULAND E.**, *Droit des obligations*, Montchrestien, Focus droit, 3^e éd., 2009
- **JEULAND E.**, *Droit processuel général*, LGDJ, 3^e éd, 2014
- **JEULAND E.**, *Théorie relationniste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ, 1^e éd. Hors coll., 2016
- **LAROUMET C., BROS S.**, *Traité de droit civil : Les obligations, le contrat*, Economica, Corpus droit privé, 8^e éd., 2016
- **LARRIBAU-TERNEYRE V., PELLE S.**, *Quel renouveau pour le droit des contrats, une réforme entre tradition et modernité*, acte de colloque, Pau, 2016
- **LAUDE A.**, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PUAM, 1992
- **LUXEMBOURG F.**, *La déchéance des droits, Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Editions Panthéon Assas, 2008
- **MACKAAY E., ROUSSEAU S.**, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd, 2008
- **MACKAAY E., ROUSSEAU S.**, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd, 2008
- **MALAAURIE PH., AYNES L., GAUTIER P-Y.**, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 8^e éd. 2016
- **MALAAURIE PH., AYNES L., STOFFET-MUNCK P.**, *Droit des obligations*, LGDJ, 8^e éd. 2016
- **MAZEN N. J.**, *L'insécurité inhérente au système juridique*, thèse dactyl, Dijon, 1979
- **MERZOUK E. B.**, *La sécurité juridique en droit positif*, thèse dactyl, Paris II, 2003,
- **NIANE M.**, *l'exigence de sécurité juridique dans le recouvrement des créances*, thèse, Bordeaux 4, disponible sur : <http://www.theses.fr/2014BORD0116>
- **PIAZZON T.**, *La sécurité juridique*, thèse, Defrénois, Doctorat & Notariat, T. 35
- **RENAULT- BRAHINSKY C.**, *Droit des obligations*, Gualino, Momento LMD, 13^e éd., 2016
- **ROLAND H., BOYER L.**, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999,

- **ROUBIER P.**, *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 2^e éd, 1951
- **SEUBE J. B., GOUT O., KERQUELEN E., LANDEL J.**, autres *Pratiques contractuelles, ce que change la réforme*, LGDJ, coll. Editions Législatives, 2^e éd. 2017
- **SIMLER P.**, *Commentaires de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis Actualité, 2016
- **STAES O.**, *Droit judiciaire privé*, Ellipses, 2006
- **STRICKLER Y.**, *Procédure civile*, Larcier, coll. Paradigme, 6^e éd, 2015
- **TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y.**, *Droit civil les obligations*, Dalloz, Précis Droit privé, 11^e éd., 2013
- **TOUBOUL F.**, *Le principe de sécurité juridique, Essai de législation*, thèse dactyl., Paris XI, 1996
- **VALEMBOIS A-L.**, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique, en droit français*, LGDJ, coll., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 122, 2005
- **ZENATI-CASTAING F., REVET T.**, *Cours de droit civil. Contrats, théorie générale, quasi-contrat*, Puf, coll. Droit fondamental, 2014

ARTICLES :

- **ANSAULT J. J.** « La réforme du droit des obligations : La quête de l'efficacité », <https://core.ac.uk/download/pdf/46896398.pdf>,
- **AZARIAN H.**, « Sociétés par actions simplifiées. – Fonctionnement » *J. Cl. Com. Code*, Fasc. 1533,
- **BARBIER H.**, « L'application immédiate de la loi nouvelle aux effets légaux du contrat ... un enseignement à tirer pour l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2017, p. 118.
- **BARBIER H.**, « Les chefs de préjudice réparable en cas de violation d'un pacte de préférence après son exercice par le bénéficiaire », *RTD civ.* 2017, p. 124
- **BEHAR-TOUCHAIS M.**, « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001

- **BENABENT A.**, « Les nouveaux mécanismes », *RDC.*, 2016, n° Hors-série,
- **BENSAMOUN A.**, « Précisions sur la place du silence en droit » *D.* 2006, p.1025
- **BERHEIM-DESVAUX S.**, « La clause de déchéance de garantie », *CCC*, 2012, p. 43
- **CADIET L. TOURNEAU PH. LE.**, « Abus de droit », *RTD civ*, 2016
- **CASEAU-ROCHE C.**, « La clause de confidentialité » *AJCA* 2014, p.119
- **CASTELNAU M. De.**, « Précaution, prévention, responsabilité : le droit contre l'insécurité juridique » *Ajda*, 2001, p. 907
- **CAYROL N.**, « Mise en demeure. Sommation. – Régime de l'acte de mise en demeure », *JCI, Voies d'exécution*, Fasc. 223
- **COASE R.**, « The Social Cost »: *The Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960,
- **Colloque Université Toulouse I.**, « Pacte de préférence : liberté ou contrainte ? », 18 nov. 2005, *Lamy Dr. et Patrimoine*, janv. 2006, n° 144,
- **COURET A., REYGROBELLET A.**, « Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux », *Bull. Joly Sociétés* 2015, n° 14
- **CROZE H.**, « Une vision procédurale de la réforme des obligations », *Lexis360, Procédures*, 2016, étude 3
- **DANOS F.**, « Exception de nullité et exécution partielle du contrat avant l'expiration du délai de prescription » *BMIS*, 2017, n° 06, p. 369
- **DIDIER P.**, « Les origines de la représentation légale de la société », in *Mélanges M. Germain*, Lextenso, 2015
- **DJIGO A.**, « Brèves réflexions sur la lettre recommandée » *LPA* 1999, n° 42, p. 7
- **DONDERO B.**, « Capacité et représentation des société », *Bull. Joly sociétés.*, n°9, p.510
- **DONDERO B.**, « La réforme du droit des contrats et de la représentation des sociétés : premières vues », *Gaz. Pal.*, 2016, n°30, p.56
- **DUPICHOT PH.** « User des prérogatives contractuelles », *JCP E*, n° 25, 2016, 1375
- **FENOUILLET D.**, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? » *RDC*, 2011, n° 2, p. 644
- **FOREST G.**, « Essai sur la notion d'obligation en droit privé », *D.*, 2012, p. 513

- **FRANÇOIS C.**, « Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 506
- **FRICERO N.** « Délais de procédure », *JCI Procédure Civile*, 2012, Fasc. 145
- **FRISON-ROCHE M-A.**, « Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice », *JCP* 1997. 4051.
- **FROMONT M.**, « Le principe de sécurité juridique, *AJDA*, 1996, n° spéc., p178
- **GAUTIER P-Y.**, « Le leurre de la double preuve, supposée non diabolique, pour l'opposabilité du pacte de préférence au tiers : suite » *RTD civ.* 2012. 127
- **GAUTIER P-Y.**, « Vers un ordre public humaniste : la dignité du cocontractant », *RDC*, 2005, n° 2, p.523
- **GIJSBERG G.** « L'incidence des règles relatives à la nullité, à la caducité et aux restitutions » *RDI.* 2016. 342
- **GIJSBERS. C.**, « L'incidence des règles relatives à la nullité, à la caducité et aux restitutions », *RDI* 2016, p. 342
- **GRIMALDI C.**, « Le pacte de préférence et le notaire après la réforme du droit des contrats, *Defrénois*, 2016, n°20, p.1067
- **GUESTIN J., LABARTHE F.**, « Observations générales », *LPA.*, 2015, n°177, p17
- **HALLARD R.**, « L'aveu ne peut concerner un point de droit », *AJDI*, 2014, p. 276
- **HONTEBEYRIE A.**, « Prescription extinctive », *RTD. civ.*, 2016,
- **JAMIN C.**, « Le procès du solidarisme contractuel, brève réplique » *in* GRYNBAUM L., NICOD M., *Le solidarisme contractuel*, Economica, Etudes Juridiques, 2004, p. 160
- **JAOUEN M.**, « Négociations et obligation de confidentialité », *AJCA*, 2016, p.275
- **JEULAND E.**, « Les actions interrogatoires en question », *JCP E*, n° 26, 2016, 737
- **LAGARDE X.** « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », *D.* 2017. 715
- **LE GUET T.**, « Réforme du droit des contrats et des obligations : le pacte de préférence », *Lexbase Hebdo*, 2016, éd. Privée, n°646
- **LEGROS J.P.**, « Nullité de sociétés - Interrogations sur les actions interrogatoires en droit des sociétés après la réforme du droit des obligations », *RDS*, n° 1, 2017, repère 1
- **LEQUETTE S.**, « Réflexions sur la durée du pacte de préférence », *RTD civ.*, 2013. 491, spéc. n°10

- **LICARI S.**, « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *RRJ* 2002, n° 2, p. 703
- **MANGEMATIN C.** « l'action interrogatoire en matière de pacte de préférence : une incombance ? » *LamyDroit et Patrimoine*, n° 261
- **MANNA L.** « L'application dans le temps de la réforme du droit des obligations », *Lexbase Hebdo édition privée*, n°661, 2016, N° Lexbase : N3402BWW
- **MAYER L.**, « Défense des 'actions interrogatoires' introduites par la réforme du droit des contrats », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 42, p. 47
- **MAZEAUD D.**, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *in L'avenir du droit*, Mélanges Fr. Terré, *D., Juris-Classeur*, 1999, p. 617
- **MAZEAUD D.**, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *in « L'avenir du droit » Mélanges Fr. Terré, D., Juris-Classeur*, 1999
- **MAZEAUD D.**, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC.*, 2003, n° 1, p. 295
- **MAZEAUD D.**, « Mais Qui a peur du solidarisme contractuel », *D*, 2005, p. 1828
- **MEKKI M.** « Réforme des contrats et des obligations : le pacte de préférence », *JCP N*, 2016, n° 41
- **MEKKI M.**, « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe comply or explain ! » *Gaz. Pal.*, 2016, n° 01, p18
- **MEKKI M., SEMERE T.**, « Les contrats préparatoires : un peu de consolidation, beaucoup d'innovations », *JCP N*, 2015, n° 47, p. 1208
- **MOLFESSIS N.**, « La formation du contrat », *JCP G* 2015, suppl. au n° 21, p. 6 et s.,
- **MORTIER R.** « Cession de droits sociaux, Pacte de préférence : codification à droit constant et institution légale d'une action interrogatoire », *RDS.*, 2016, n° 4, comm. 53
- **MORTIER R.**, « Cession de droits sociaux - Pacte de préférence : codification à droit constant et institution légale d'une action interrogatoire », *RDS*, 2016, n° 4, comm. 53
- **PACTEAU B.**, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*, 1995, n°spéc., p151
- **PARLEANI G.**, « Les pactes d'actionnaires », *RDS*, 1991, p. 1 et s., spéc. n° 16
- **PASQUALINI F., MARAIN G.**, « Le préjudice né de la violation d'un pacte de préférence », *Rev. Sociétés*, 2017, p. 77
- **PAUL F.**, « L'ampleur de la décharge directe de la caution en raison de la faute du créancier », *Lamy Droit et Patrimoine*, 2002, n°105, p.40

- **PERROT V. R.**, « Le silence en droit judiciaire privé », *in Mélanges Raynaud*, Dalloz Sirey, 1985
- **PUIG P.**, « La phase précontractuelle » *Lamy Droit et Patrimoine*, 2016, n° 258
- **REYGROBELLET A.**, « L’anéantissement du contrat », *Bull.Joly soc.*, n°9, p.547
- **RIGUET J.**, « L’action interrogatoire : Entre innovation attendue et difficultés de mise en œuvre annoncées », <https://www.lepetitjuriste.fr/droit-civil/laction-interrogatoire-entre-innovation-attendue-difficultes-de-mise-oeuvre-annoncees/>, consultée le 09-03-17
- **ROUHETTE G.**, « La réforme du droit français des contrats en droit positif. Préface », *RDC* 2009
- **ROUVIERE F.**, in « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats » *RDC.*, n° 03 – p. 600,
- **SANA-CHAILLE DE NERE S.** « Contrats et obligations – Confirmations des actes nuls – Régime juridique » *J. Cl. Civ. Code*, Fasc. 20, n°8
- **SANA-CHAILLE DE NERE S.** « Nullités et Confirmations des actes nuls – Régime juridique » *J. Cl. Civ. Code*, Synthèse 700,
- **SERINET Y.-M.**, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », *LPA* 2015, n° 177, n° spécial
- **SOBAY G. DE** « L’attractivité du droit français des contrats : rêve ou réalité ? », 20 janv. 2017, disponible sur, <http://www.village-justice.com/articles/attractivite-droit-francais-des-contrats-reve-realite-Par-Gilles-Sorbay,24019.html>, consulté le 01 juillet 2017.
- **STORCK M.**, « L’exception de nullité en droit privé », *D.* 1987, p. 67
- **STURLESE B.**, « le juge et les standards juridiques » *RDC*, 2016, p.398 – 399
- **VALDELIÈVRE G.**, « La clause de confidentialité » *Lamy Droit civil*, 2016, N° 139
- **VEYRE L.** ; « L’action interrogatoire en matière de nullité : personnes intéressées, soyez vigilantes ! » *AJ Contrats* 2017, n°2, 75
- **VICH-Y-LLADO D.**, « L’exception de nullité », *Deffrénois*, 2000, n° 37256, p. 1265,
- **VINEY F.**, « L’expansion du raisonnable dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable », *D.* 2016. 1940, n° 5
- **VOIRIN P.**, « Le pacte de préférence », *JCP* 1954, I, 1192

- **WICKER G.**, « Le nouveau droit commun de la représentation », *D.*, 2016, p. 1942

Table des matières

SOMMAIRE	3
INTRODUCTION	4
PREMIERE PARTIE : ETUDE DU MECANISME DES ACTIONS INTERROGATOIRES	20
CHAPITRE I : UN MECANISME AMBIGU QUANT A SON FONCTIONNEMENT	20
SECTION I : UN CHAMP D'APPLICATION AUX CONTOURS FLOUS.	20
A- L'OBJET DE L'ACTION EN MATIERE DE PACTE DE PREFERENCE	20
1- Identification du pacte de préférence	21
2- L'interprétation de l'expression « s'il entend s'en prévaloir »	26
B- L'OBJET EN MATIERE DE REPRESENTATION : LA REPRESENTATION CONVENTIONNELLE.....	28
1- La notion de représentation conventionnelle	28
2- Une délimitation nécessaire de la représentation conventionnelle.....	32
C- LE DOMAINE DE L'ACTION EN MATIERE DE NULLITE	33
1- La nullité relative	33
2- L'alignement sur le domaine de la confirmation ?	36
D- L'EXISTENCE DE CRITERES NON DEFINIS DE DECLENCHEMENT DES ACTIONS INTERROGATOIRES	38
1- Le soupçon quant à l'existence d'un pacte de préférence	38
2- L'appréciation du doute quant à l'étendue des pouvoirs du représentant.....	39
3- La connaissance de la cause de nullité	40
SECTION II: L'EXERCICE CONDITIONNE DES ACTIONS INTERROGATOIRES : UNE GARANTIE DE SECURITE..	41
A- UNE VALIDITE NECESSAIREMENT ASSUJETTIE A L'OBSERVATION DE CONDITIONS STRICTES.....	41
1- Les conditions communes aux différentes actions interrogatoires	41
a- La nécessité d'un écrit	41
b- Le contenu de l'écrit : une mise en garde obligatoire.	45
2- Les conditions particulières	48
a- Le « délai raisonnable » des articles 1123 et 1158.....	48
b- Le délai de 6 mois de l'article 1183	50
c- Les règles relatives à la computation du délai.....	50
B- LES ACTIONS INTERROGATOIRES : UN MECANISME AUX EFFETS CONSOLIDATIFS.	53
1- La genèse de fin de non-recevoir.....	53
2- L'existence d'une présomption d'habilitation	55
CHAPITRE II : LES ACTIONS INTERROGATOIRES : UN MECANISME A LA LEGITIMITE DOUTEUSE..	57
SECTION I : UN MECANISME COMBATTU DANS SA LEGITIMITE	57
A- L'ILLEGITIMITE DENONCEE DU MECANISME.....	57
1- L'ambiguïté du mécanisme	58
2- Une atteinte décriée à des principes fondamentaux du droit.....	60
B- UN MECANISME PORTEUR D'INSECURITE JURIDIQUE	62
1- Le spectre de l'instrumentalisation des actions interrogatoires	62
2- Une atteinte au principe de l'effet relatif des contrats ?.....	64
3- Une atteinte au principe de l'autonomie de la volonté.....	65
SECTION II : LA REALITE DE LA LEGITIMITE DU MECANISME.....	66

A- L'ABSENCE DE FONDEMENT DES MOYENS D'UNE ILLEGITIMITE DES ACTIONS INTERROGATOIRES	
66	
1- L'inexistence d'une atteinte à des principes fondamentaux	66
2- Le régime dérogatoire de la sanction : « le silence ne vaut pas acceptation »	69
B- LE RENFORCEMENT NECESSAIRE DE LA SECURITE JURIDIQUE DANS LES RELATIONS	
CONTRACTUELLES	71
1- L'appréciation de la sécurité juridique dans les relations contractuelles	71
2- La justification du besoin de sécurité juridique dans les relations contractuelles	73
DEUXIEME PARTIE : LES DIFFICULTES D'APPLICATION DES ACTIONS INTERROGATOIRES :	
UNE EFFICACITE A CONSTRUIRE.....	76
CHAPITRE I : UN MECANISME FREINE DANS SON EFFICACITE.....	76
SECTION I : LES OBSTACLES D'ORDRE JURIDIQUE A L'EXERCICE DES ACTIONS INTERROGATOIRES.	76
A- LES OBSTACLES A L'EXERCICE DE L'INTERPELLATION	76
1- Le caractère volontaire du déclenchement des actions interrogatoires.	77
2- L'opposition à la théorie du mandat apparent	77
B- LES OBSTACLES A LA REPONSE A L'INTERPELLATION	79
1- L'intégration d'une clause de confidentialité dans le pacte de préférence.....	79
2- L'inexistence d'une offre dans le pacte de préférence	82
SECTION II : LES OBSTACLES D'OPPORTUNITE A L'EXERCICE DES ACTIONS INTERROGATOIRES.....	84
A- LA DIFFICULTE DE LA PREUVE DU PACTE DE PREFERENCE : L'IMPOSSIBILITE DE LA DOUBLE PREUVE	
DE LA CONNAISSANCE ET DE L'INTENTION DU BENEFICIAIRE PAR LE TIERS.	84
B- LE RISQUE DE REVELATION D'UNE NULLITE INCONNUE DU CONTRACTANT	87
CHAPITRE II : LA CONSTRUCTION DU CARACTERE OPERATOIRE DES ACTIONS INTERROGATOIRES :	
LA VOIE DE L'EFFICACITE	89
SECTION I : La nécessité d'une action interrogatoire contraignante à l'égard de son titulaire	89
A- L'OBLIGATION POUR LE TITULAIRE D'EXERCER L'ACTION INTERROGATOIRE : UNE INCOMBANCE	90
B- LA NECESSITE DE LA SANCTION DU MANQUEMENT DU TIERS.	92
1- L'application de la déchéance au titulaire de l'action interrogatoire	92
2- Les conditions de la déchéance	95
C- LA JUSTIFICATION DE L'INCOMBANCE	98
1- L'exigence de moralisation des relations d'affaires.....	98
a- L'exigence de la bonne foi contractuelle	98
b- L'essor du solidarisme contractuel	100
2- L'opposabilité des contrats aux tiers	102
SECTION II : LA PORTEE DE L'EXERCICE DES ACTIONS INTERROGATOIRES	104
A- LA DETERMINATION DE LA PORTEE DES EFFETS ATTACHES AUX ACTIONS INTERROGATOIRES... ..	104
1- La portée de l'interpellation du prétendu représenté.....	104
a- La portée de la confirmation des pouvoirs du représentant.....	105
b- La détermination de la nature de l'habilitation.....	107
2- La portée de la déchéance du droit d'exercer l'action en nullité	109
a- L'extension de la forclusion à l'exception de nullité	109
b- Le recours possible du bénéficiaire contre le promettant	111
B- Un mécanisme dérogatoire du principe de survie de la loi ancienne	112
1- Le caractère immédiat de l'application des actions interrogatoires	112
2- Le caractère d'ordre public des actions interrogatoires	114
Conclusion	116
Bibliographie	120
Table des matières.....	129